

Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos

**Texto, presentación y contenidos
fundamentales:**

Í. DE LA MAZA - C. PIZARRO - Á. VIDAL

Prólogo:

A. M. MORALES - N. FENOY



Derecho Privado



LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO
DE LOS CONTRATOS

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

I. DE LA MAZA - C. PIZARRO - A. VIDAL
(Coord. y Ed.)

Prólogo

A. M. MORALES MORENO - N. FENOY PICÓN

DERECHO
COLECCIÓN **13** PRIVADO

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2017

Primera edición: diciembre de 2017

El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad N.º DER2014-53972-P, en cuyo equipo de trabajo se integran D. Íñigo De la Maza Gazmuri, D. Carlos Pizarro Wilson y D. Álvaro Vidal Olivares.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Íñigo De la Maza Gazmuri, Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.boe.es/>

NIPO: 786-17-166-8

ISBN: 978-84-340-2451-9

Depósito legal: M-34345-2017

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
PRIMERA PARTE PRESENTACIÓN Y CONTENIDO	
PRESENTACIÓN	15
EL CONTENIDO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN	27
1. Introducción	27
2. La estructura de los PLDC	28
3. El contenido	31
3.1 Los principios	31
3.2 La definición de contrato y sus elementos	32
3.3 La formación del consentimiento.....	36
3.4 Vicios del consentimiento	38
3.5 La nulidad del contrato	44
3.6 El contenido del contrato	46
3.7 El cumplimiento del contrato.....	48
3.8 El límite al efecto vinculante del contrato: cambio de circunstancias y frustración de la causa del contrato	49
3.9 El incumplimiento del contrato: una noción amplia y objetiva	51
3.10 La noción de incumplimiento esencial y el hecho de los auxiliares	55
3.11 Pluralidad de medios de tutela y opción del acreedor.....	58
3.12 La pretensión de cumplimiento específico.....	64
3.13 La reducción del precio.....	66
3.14 La resolución por incumplimiento	68
3.15 La indemnización de perjuicios	70

SEGUNDA PARTE
EL TEXTO Y SUS VERSIONES

PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS.....	79
PRINCIPES LATINO-AMERICAINS DU DROIT DES CONTRATS.....	103
PRINCIPLES OF LATIN AMERICAN CONTRACT LAW	129
PRINCIPI LATINOAMERICANI DEL DIRITTO DEI CONTRATTI	153
BIBLIOGRAFÍA	177

PRÓLOGO

1. Este libro ofrece el texto en español de los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* y su traducción al inglés, francés e italiano. La intención de sus autores es darlos a conocer y someterlos a una discusión abierta, tanto en Latinoamérica como en Europa.

Conviene recordar, como indica Carlos Pizarro en su presentación, que la iniciativa surge en Francia, durante un Congreso internacional Franco-Latinoamericano, celebrado en Rennes, organizado por el profesor Thomas Genicon; y contó, desde el principio, con el apoyo de la *Fondation pour le Droit Continental*, dirigida por el profesor Grimaldi. Surge, pues, en la tierra de esa gran familia de los llamados Códigos a la que pertenecen, en su mayoría, los latinoamericanos. Implica el compromiso de repensar y trasladar a principios de *soft law* lo que hoy deban ser los rasgos identificadores del derecho de contratos latinoamericano.

El punto de partida imprescindible era conocer la verdadera situación: la realidad del derecho de contratos en una serie de sistemas que pudieran ofrecer una muestra significativa. Verificación necesaria, pues era posible que la evolución propia de cada uno de ellos los hubiera distanciado, aunque el punto de partida fuera el mismo: unos Códigos de tradición compartida, en algunos casos copiados unos de otros, con artículos idénticos.

Para esa verificación se sigue un método plausible. Los impulsores de la idea (ese pequeño grupo, que coordina este libro, que ha sido el impulsor de estos Principios) preparó un test con cuestiones concretas que debían ser respondidas por los diferentes grupos de expertos (profesores) de los países de Latinoamérica. Ese test ofrece un penetrante marco común de análisis de la situación real de cada ordenamiento. Al comparar las respuestas dadas a las mismas cuestiones se podía constatar la diversidad o confluencia de los diferentes derechos, y la existencia o inexistencia de rasgos propios caracterizadores del derecho de contratos latinoamericano.

Ese primer estudio fue fructífero. Sus resultados se plasmaron en un libro voluminoso que lleva por título, *El derecho de los contratos en Latinoamérica: Bases para unos principios de derecho de los contratos*, coordinado por Carlos Pizarro¹. Es una fotografía fiel de la realidad de los ordenamientos de latinoamericanos considerados, contada sobre pautas comunes.

A partir de ese momento comienza el proceso de preparación de los sucesivos borradores de los Principios, que dura unos cinco años. Todos ellos, una vez preparados, han ido siendo objeto de discusión, primero en reuniones o seminarios celebrados en diferentes universidades de Latinoamérica, luego en congresos internacionales más abiertos. Se han celebrado en Chile², España³ e Inglaterra⁴. El último, el más reciente, que ha tenido lugar en Valparaíso en el verano de 2017⁵, ha servido para preparar la versión definitiva de los Principios que recoge este libro.

2. Los *Principios Latinoamericanos*, como suele ocurrir en los textos de *soft law*, han sido elaborados por profesores. Esa procedencia los imbuje dosis de seriedad intelectual y rigor científico, sin privarlos de sentido práctico. Conviene no olvidar que muchos de ellos se hallan en contacto con la práctica. Además, los sucesivos congresos celebrados para su discusión han estado abiertos a juristas de cualquier perfil.

Enriquece especialmente la obra realizada no solo la diferente procedencia de los autores sino el hecho de se hayan especializado y desarrollado sus estudios de posgrado y doctorado en diferentes países europeos, con diferentes orientaciones doctrinales. Los principios son por ello un punto de equilibrio no solo de diferentes ordenamientos latinoamericanos sino de diferentes tradiciones de la doctrina europea. Carlos Pizarro da cuenta de ello.

3. La vieja relación que nos une a los firmantes de este prólogo con los profesores chilenos que estampan su firma en este libro explica que hayamos apoyado y colaborado, en todo momento esta iniciativa en sus diversas fases,

¹ C. PIZARRO WILSON (COORD.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica: Bases para unos principios de derecho de los contratos*, Fondation pour le Droit Continental (Paris)/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales (Santiago de Chile), 2012.

² A. M. MORALES MORENO, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXVII, I, 2014.

³ L. P. SAN MIGUEL PRADERA, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXIX, III, 2016.

⁴ R. MOMBERG URIBE; S. VOGENAUER (EDS.), *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017. Esta publicación corresponde a un congreso internacional celebrado Oxford.

⁵ B. GREGORACI FERNÁNDEZ, “Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Una mirada desde el Derecho europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXX, IV, 2017.

como integrantes de un equipo de investigación español. Nuestra participación académica ha contado, en España, con financiación pública estatal, a través del Proyecto de investigación: DER2014-53972-P, *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos, un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

4. Es justo agradecer a los profesores Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares e Íñigo de la Maza Gazmuri el esfuerzo realizado y, al mismo tiempo, felicitarlos por la obra concluida que nos ofrecen en este libro.

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático Emérito de Derecho civil, UAM

NIEVES FENOY PICÓN
*Profesora Titular de Derecho Civil, UAM (Acreditada como
Catedrática de Universidad)*

PRIMERA PARTE
PRESENTACIÓN Y CONTENIDO

PRESENTACIÓN

CARLOS PIZARRO WILSON*

El derecho de los contratos ha padecido una transformación relevante en diversas latitudes¹. La región latinoamericana no ha sido la excepción, aunque los esfuerzos de codificación han sido más bien mezquinos, salvo la reciente codificación argentina, el impulso ha estado en trabajos doctrinales, entre los cuales debemos destacar lo obrado por el grupo dedicado a la elaboración de Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos —PLDC—².

El origen del proyecto está en el trabajo desempeñado por un grupo de profesores de distintos países de Latinoamérica, Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay, Guatemala y Venezuela. Ha sido un proyecto ambicioso, que bajo el alero de las universidades de los miembros del grupo y con el valioso apoyo de la *Fondation pour le Droit Continental* (Francia) arrojó, luego de siete años de trabajo, 123 artículos que abarcan todo el espectro del derecho de los contratos.

La iniciativa partió a propósito de un Congreso internacional Franco-Latinoamericano realizado en la ciudad de Rennes organizado por el profesor Thomas Genicon, y en esa oportunidad se avanzó la idea de comenzar a reu-

* Profesor de derecho civil de la Universidad Diego Portales y de la Universidad de Chile e Investigador Fundación Fernando Fueyo Laneri (Chile), correo electrónico: carlos.pizarro@udp.cl

¹ Una panorámica general en *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (2012), coordinador Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental*-Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago, Universidad Diego Portales.

² El grupo de profesores que ha trabajado en la redacción de los PLDC ha variado, aunque ha existido un núcleo más estable de profesores asociados a las Universidades colombianas del Externado y el Rosario, de la República en Uruguay, Universidad de Buenos Aires en Argentina, Central de Caracas en el caso de Venezuela y de Francisco Marroquín de Guatemala, a lo que se suman profesores chilenos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, del Desarrollo (Concepción) y Diego Portales y, por último, la Universidad de Rennes de Francia.

nirse para discutir la viabilidad de redactar estos Principios. Con gran entusiasmo, el profesor Michel Grimaldi, director académico de la *Fondation pour le Droit Continental*, apoyó el Proyecto, lo que nos permitió durante años realizar encuentros periódicos o sesiones de trabajo.

Las sesiones de trabajo, en una primera etapa, fueron en mesas temáticas dedicadas a la elaboración de un diagnóstico general del estado de la cuestión en la región y luego en la preparación a partir de un cuestionario de propuestas de articulado que se fueron discutiendo en asamblea hasta lograr una redacción consensuada y definitiva. En la mayoría de los casos, casi la totalidad, el debate condujo a un consenso en la redacción y en las opciones que se ofrecían, tanto en el contenido sustantivo como en la redacción de la regla. En algunas ocasiones, sin embargo, la decisión sólo se logró por votación, para lo cual se asignó un voto por cada país participante en los PLDC. También, en determinadas ocasiones, sobre todo en la etapa de redacción, se encargó a un profesor específico una propuesta de redacción, la cual era distribuida con antelación a la sesión presencial y así en el debate se presentaban sugerencias al texto propuesto. Sin duda algunas cuestiones suscitaban más debate que otras, no sólo por interés o conocimiento de quienes participaban, sino en gran medida por la visión del derecho de los contratos que estaba en juego para el modelo propuesto. En lo esencial el mayor debate estuvo a propósito de las reglas del incumplimiento, su noción, efectos y remedios que era posible proponer a favor del acreedor, a lo que se sumaba la comprensión de la fuerza mayor como excusa de responsabilidad o, en cambio, como causa de incumplimiento.

En el inicio, también pudimos constatar que los derechos en el ámbito de los contratos en Latinoamérica son bastante desiguales. Es fácil percatarse de la diversidad no sólo de fuentes, sino de épocas a que responden los derechos nacionales. De ahí que el objetivo no podía limitarse a plantear un Código modelo o una idea de uniformidad del derecho de los contratos. Por eso el objetivo que se pensó fue que los Principios sirvieran de modelo para reformas en países que lo ameriten, por ejemplo, el caso chileno y colombiano. Estos mantienen en gran medida las reglas de los códigos originales del siglo XIX, estructurados en materia de contratos en una relación contractual basada en una cosa de especie o cuerpo cierto, con una importancia gravitante del inmueble y la idea de contratantes dispuestos en situación de igualdad que los habilitaba para decidir qué era lo mejor para ellos al momento de contratar. La urgencia de reforma en este tipo de derechos es acuciante, lo que ha llevado a que sean los jueces con influencia de la doctrina quienes han transformado de manera paulatina el derecho de los contratos por vía pretoriana. En otros casos, en cambio, se cree pertinente inspirar mejores soluciones por los tribuna-

les o jueces árbitros a título de *lex mercatoria*. Es esto lo que hemos querido reflejar en el artículo 2 que contempla las funciones en los siguientes términos «(1) Estos principios se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato. (2) También sirven como modelo para los legisladores estatales o internacionales». Se quiere así contribuir a la formación de un derecho de los contratos latinoamericano que parta de estos Principios, plasmando una moderna formulación de lo que entendemos debe ser el actual derecho que rijan los contratos. No se trata, en consecuencia, de algo necesariamente existente o, en otros términos, no se busca acá reflejar un derecho común ya afianzado en la región que permita ver los consensos en la materia, sino que partiendo de ciertas soluciones que se comparten se propone un modelo de lo que se piensa debe ser el futuro del derecho de los contratos en los países de la región latinoamericana. No hay aquí, por ende, un Código, lo que nos pareció un trabajo inabarcable y quimérico, sino que entregamos acá un trabajo más modesto, pero realista que contempla Principios o reglas generales más allá de la casuística. Eso puede generar una crítica a los mismos, pues el detalle en determinadas instituciones aparece desigual y con no pocas referencias a la buena fe en términos de cláusula general, pero que la práctica aconseja debiera avanzar a un catálogo de situaciones que permitan su aplicación más precisa. Se evitó, por otro lado, el recurso a lo razonable y se prefirió evocar la buena fe, principio rector del derecho de los contratos, algo inasible pero que debe domarse con la aplicación concreta en los derechos locales o a través de las decisiones judiciales o arbitrales.

No se busca una iteración de otros principios o procesos de armonización contractual. Eso no obsta que se hayan tenido presentes los PELC, los Principios Unidroit y el Marco Común de Referencia, pero muchas otras fuentes fueron utilizadas, destacando la propuesta de reforma al derecho de las obligaciones en España, los Proyectos franceses de reforma al derecho de las obligaciones y los contratos y la reforma misma ya aprobada, los Códigos civiles de los países de la región, y la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías etc. El objetivo de este trabajo académico, fue proponer un modelo de reglas que permitan inspirar reformas legales necesarias en la región en el área sensible de los contratos, pero, también, que en base a ellas se puedan resolver conflictos que se susciten en contratos internacionales de la región latinoamericana. Para llevarlo a cabo se intentó darle una cierta identidad, lo que no fue fácil, no sólo por las tradiciones locales, sino también por la formación jurídica de los miembros del grupo. Un cierto fantasma recorría el grupo. De qué manera el trabajo que llevaríamos a cabo, debería apartarse de la uniformidad de esos

textos de compromiso entre dos familias del derecho de los contratos. El *common law* y el derecho continental. Esto nos impulsó durante todo el proyecto a interrogarnos acerca de la supuesta identidad del derecho de los contratos en Latinoamérica, o al menos en los países que tienen profesores en el grupo de trabajo. Esa identidad ha sido esquivada, en el sentido que los Códigos civiles de la región, e incluso los más recientes o aún un Código fresco, como el argentino, se inspiran en distintas influencias del derecho europeo. Aún más, una tensión constante en el grupo ha sido reflejada por la formación académica de los profesores, quienes han obtenido sus doctorados en distintos países, Italia, Holanda, Francia, España, en lo fundamental. Uno podía pensar en mirar la «jurisprudencia» de estos países. Uno de los primeros trabajos que realizamos, fue un diagnóstico acabado a partir de un cuestionario del estado de la doctrina y jurisprudencia de cada país. Un insumo valioso, pero insuficiente, pues las diferencias entre los autores, y la inconsistencia de los fallos, no alentaban una búsqueda de coherencia por ese camino. A esto cabe agregar la influencia más o menos intensa de los tribunales constitucionales en los aspectos patrimoniales del derecho civil. Esa identidad errática, nos llevó a buscar en nuestros códigos, proyectos, locales y extranjeros, normas que satisfagan un derecho de contratos adaptado para el comercio actual en la región. Nuestro anhelo fue mantener en lo que nos unimos, aquello que compartimos y que nos identifica, funcionando de manera adecuada; innovar en aquello que carecemos de normas o que parece necesario impulsar un cambio. Es esa tensión, en la búsqueda de un trabajo original, que no sea una simple copia de otros proyectos de armonización lo que ha marcado nuestra tarea. Hemos tratado de avanzar en un texto auténtico que recoja nuestra tradición, y en aquellos aspectos en que hemos estimado necesario innovar nos hemos inspirado de variados modelos que van desde la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino, las propuestas de reforma y la reforma misma al derecho de las obligaciones en Francia, y, por cierto, instrumentos de *soft law* como los citados PECL, Unidroit y nuestros Códigos civiles.

Es cierto que los debates, por momentos arduos, se vieron facilitados por un idioma común y el respeto y amistad que animaba a los miembros del grupo de trabajo. La elaboración permitió rescatar elementos que para el grupo eran compartidos y, por lo mismo, conocidos tanto en el lenguaje como en la comprensión de ciertas instituciones. Un ejemplo, con un debate significativo, fue la mantención de la causa como elemento esencial del contrato, lo que, reviviendo un inveterado debate doctrinal, significó mantenerla, siendo aún en la región latinoamericana un requisito transversal de los contratos y más allá, un instrumento eficaz de control y justificación de variadas instituciones del dere-

cho contractual. Qué razones apoyaron su mantención. La tradición. Sin duda una institución vieja como la causa, presente en manuales, monografías, fallos y en general en el *ethos* de la cultura jurídica parecía complejo borrarla o, al menos, osado para varios de los representantes del grupo. Pero es cierto que la tradición no es un argumento suficiente y por eso la búsqueda de su utilidad fue parte del debate. Qué utilidad tiene la causa o ha tenido. Para esto debe distinguirse, como lo hacen los Principios, entre la causa de la obligación y aquella del contrato. En cuanto a la primera, la causa de la obligación, ha sido un mecanismo de control del equilibrio contractual. En Chile, Colombia y Argentina, al menos, se ha recurrido a la causa de la obligación para efectuar un control del equilibrio contractual a propósito de cláusulas penales excesivas u otros fenómenos de desproporción entre las prestaciones. La causa de la obligación justifica un equilibrio contractual, al romperse corresponde la ineficacia de la cláusula en cuestión. En Colombia, entre otras aplicaciones, se ha recurrido a ella para explicar los grupos de contratos y los efectos de ineficacia de uno de los contratos que forman parte del grupo. Así también ha ocurrido en Argentina. Las cadenas de contratos y los grupos de contratos u otros montajes contractuales a través de la causa se explican las repercusiones en los contratos que forman parte de la cadena o grupo respectivo. En Argentina, además que el nuevo Código la mantiene, en términos similares a la regla que se propone en los Principios, es decir causa objetiva y subjetiva o causa de la obligación y del contrato. La causa permite anular un contrato cuando aquella se frustra en caso de alteración de las circunstancias existentes al momento de contratar o para acoger la teoría de la imprevisión. El fundamento es la causa de la obligación. También se ha utilizado para explicar las restituciones consecutivas a la resolución, en razón que se genera un pago de lo no debido concurriendo una ausencia de causa que lo justifique. En fin, lejos de lo que se piensa, la causa goza de buena salud en los países de la región latinoamericana. Así lo muestra la jurisprudencia de nuestros países. A lo anterior se agrega su uso como control moral del contrato al atacar los motivos ilícitos del mismo. Acá se trata de la causa del contrato. Luego la pregunta que se hace la mayoría es si resulta suficiente que puedan lograrse mediante otros medios estos fines que han sido obtenidos a través de la causa. Es suficiente que se pueda recurrir al «objeto» del contrato para algunos, o a la idea de «equilibrio del contrato» para otros, o por la voz «contenido del contrato» u «objetivo». Sabemos que las palabras no son inofensivas y más aún cuando las utiliza el legislador, sólo al comienzo aparecen como neutras, pero luego hay que dotarlas de contenido, de aplicación. ¿por qué rechazar una tradición y explicación decantada a propósito de este elemento del contrato? ¿Por qué recurrir a una explicación a

través de otro elemento, como el objeto u otras nociones desconocidas para nuestros derechos y olvidar lo avanzado y aplicado a través de la noción de causa? Qué razón para excluir una palabra «cargada de experiencia social». A través de esta expresión los juristas latinoamericanos nos comunicamos, entendiendo más o menos lo mismo una vez pronunciada³. En ningún caso correspondía excluirla. La posición por la exclusión, a título personal, me pareció más bien academicista que práctica. A través de la causa se logra en el derecho de los contratos una explicación armónica durante su fase de formación y ejecución. Por esto, el grupo decidió mantener la «causa».

Así también ocurrió con la pervivencia de la nulidad absoluta y relativa o anulabilidad, que va asociada a la introducción de dichos elementos esenciales, lo que sin duda constituye una novedad en los PLDC. Si bien no se nos escapa que resulta complejo aceptar la introducción de elementos esenciales del contrato y la consecutiva sanción de nulidad absoluta, dado el carácter dispositivo de los Principios, el hecho que deba servir de modelo de armonización permite asumir este riesgo y desliz en su formulación.

El derecho de los contratos en la región ha padecido un cambio significativo desde la época de la codificación de la mano de la consolidación de los estados nacionales, en que el derecho civil en los Códigos fue un símbolo de identidad nacional, hacia, en la actualidad un decaimiento de la impronta, que se nutre de variadas influencias y, por qué no decirlo, de una tendencia más bien a la homogeneidad del derecho de los contratos⁴. Ese ha sido el trayecto en Europa, donde los esfuerzos por aunar el derecho, aunque no en forma total, han ido desencadenando un derecho de los contratos en que las coincidencias son más que las diferencias, incluso en la familia del *common law* y el derecho continental. Como lo ha sugerido el profesor Peña, «¿por qué no podría ocurrir que la globalización económica estuviera acompañada del fenómeno inverso: no de la consolidación de derechos nacionales, sino de su homogenización y por esa vía de la lenta disolución de sus límites?»⁵. Esta pregunta, esencial, que ha sido una espina constante en la elaboración de los Principios, nos ha llevado a afirmar en el puñado de artículos que presentamos, una cierta homogeneidad, pero en ningún caso total, y es ese resultado, el que ahora exponemos, como guía para futuras reformas a nuestros códigos civiles y como mo-

³ GENICON, Thomas (2015) «Défense et illustration de la cause en droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», *Dalloz*, n.º 27, pp. 1551 y ss.

⁴ CAFAGGI, Fabrizio. «Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional». *Rev. Derecho Privado* [online]. 2014, n. 26 [cited 2017-10-30], pp. 185-217. Available from: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000100006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0123-4366.

⁵ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (2014) «La unificación de principios en el derecho latinoamericano» (inédito).

delo de resolución de conflictos, y avanzar a una *lex mercatoria* latinoamericana. No es posible excluirse de ese proceso de uniformización del derecho, pero tampoco debe caerse en la banalidad de la homogeneidad de un derecho común sin contrastes. Lo que proponemos, entonces, es un derecho común de los contratos, orientado en las tendencias del nuevo derecho de la contratación, pero sin renuncia a ciertos particularismos propios a la tradición y a la práctica del derecho en la región. El derecho de los contratos en Latinoamérica ha sido y sigue siendo receptivo de normas y tradiciones que vienen de Europa y ahora, sin duda, se ha presentado, también, una cierta americanización del derecho de los contratos. Con esto me refiero a EE. UU. y su influencia en el ámbito de la contratación internacional. Sin contrapeso la técnica contractual, y con esto me refiero a cómo se escriben los contratos internacionales, van de la mano del derecho estadounidense. Menos derecho supletorio y más cláusulas contractuales, esa es la práctica en los contratos comerciales internacionales y, en no pocos casos, en los contratos más importantes desde el punto de vista económico en los países latinoamericanos en que han proliferado los estudios de abogado a la usanza de EE. UU. Ese sesgo propio al derecho continental, que el contrato mantenga sus silencios para que el legislador complete las lagunas, en forma imperativa o nada más supletoria, se atiende como un riesgo, en vez de una ventaja. Acaso Bello no llevó a cabo en el Código civil más relevante en Latinoamérica un esfuerzo de recepción del derecho común europeo. Por qué no atenemos simplemente a esta nueva tendencia y volver a ser recipientes de un cierto derecho común europeo o dejarnos tentar por el derecho norteamericano, tal como ha ocurrido en algunas materias a nivel normativo. Piénsese en el fideicomiso con autonomía de patrimonios —trust— o el deber de mitigar el daño. Si Keleman se ha planteado la interrogante acerca de la americanización del derecho europeo y japonés, no sería lo nuestro, más bien una vía indirecta de introducir tendencias o algunas de ellas por Europa desde el otro lado del Atlántico⁶ Varias de estas cuestiones o preguntas rondan las observaciones del profesor Hugh Beale⁷. El gru-

⁶ KELEMEN, Daniel, y SIBBITT, Eric C. (2005) *Lex americana. A reponse to Levi Faur*, disponible en http://fas-polisci.rutgers.edu/dkelemen/research/kelemen-sibbitt_lexamericana.pdf Destaco la tesis de estos autores, criticada por Levi Faur, al señalar que: «In a liberal economy with a multiplicity of players and few encompassing trade associations, informal, cooperative, and flexible approaches to regulation are ineffective. Political fragmentation further undermines such approaches and creates incentives for governments to mandate broad transparency and to empower private actors to enforce regulatory policies. Thus, when new policy demands are filtered through a system that combines a liberalized economy and political fragmentation, an American style approach to regulation is likely to result», p. 469.

⁷ BEALE, Hugh (2017) «The Principles of Latin American Contract Law: A Reponse from an Outsider», en *The future of contract law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, edited by Rodrigo Momberg & Stefan Vogenauer, Bloomsbury-Hart, pp. 265 y siguientes.

po de trabajo y los Principios que presentamos son un esfuerzo deliberado y consciente de plantear un derecho de los contratos uniformes que inspire las soluciones legales atado a una identidad cultural, que escape a esa tendencia de homogeneidad sin matices que aspira a un derecho global sin considerar aquellos signos distintivos de las sociedades. No es, en consecuencia, una mera cuestión funcional o instrumental orientada a la solución de conflictos contractuales, sino que hemos buscado recoger esas particularidades que en el derecho de los contratos podemos encontrar en la región. Esto, a pesar de la pluralidad de influencias foráneas y no pocas veces una genuina miscelánea normativa. El éxito de los Principios, además, dependerá, en gran medida, de su difusión y activa penetración en el foro legal a través de abogados en los países que poco a poco, pero en forma persistente vaya formando ese derecho común a título de *lex mercatoria*. En esta tarea será fundamental el rol de la universidad, a través de sus académicos que permitan la expansión y conocimiento de los Principios hasta convertirlos en un instrumento al cual recurran los abogados no sólo como argumentos *a fortiori*, sino como una especial y fundada forma de resolver los conflictos contractuales.

A diferencia del siglo XIX en que la influencia del derecho francés y aún más del Código civil francés era incontrastable, hoy las influencias en la región latinoamericana son plurales y el panorama del derecho de los contratos en la región es bastante disímil⁸. Hoy Argentina, por ejemplo, goza de un nuevo Código civil donde las fuentes son bastante plurales, y con un planteamiento propio de la década de los 80, unificó el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Es cierto que no puede torcerse la particularidad del contrato, y por eso la regla de la previsibilidad para la medida de los daños persiste, tal como apareciera ya en la obra de Pothier hace 300 años. En cambio, el derecho colombiano vive un fortalecimiento de la protección del consumidor, dictándose sólo en el año 2012 una ley de protección a los derechos de los consumidores, existiendo desde hace bastante tiempo una modernización del derecho de los contratos, a través de las reformas introducidas al Código de Comercio a partir de la década de los sesenta. A su turno, el caso venezolano es el símbolo del dirigismo contractual, el Estado interviene los contratos fijando precios y reduciendo la libertad contractual a una mera quimera. Chile, en cambio, en este ámbito, muestra una legislación inmutable en el tiempo, que refleja la delicuescencia del modelo decimonónico del derecho de los contratos. Las mis-

⁸ Véase MOMBERG, Rodrigo (2017) «The process of harmonisation of private law in latin america», en *The future of contract law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, edited by Rodrigo Momberg & Stefan Vogenauer, Bloomsbury-Hart, p. 3.

mas reglas gobiernan el derecho de los contratos desde el siglo XIX, con las lagunas y vacíos que la doctrina propone más o menos resolver por vía de la interpretación e integración contractual. Un panorama de la región muestra procesos o anhelos de reforma, en el caso chileno un derecho de los contratos que ya no se explica por los Códigos, sino más bien por las opiniones de los autores y la jurisprudencia, lo que resta en gran medida una de las fortalezas del derecho continental.

En otro ámbito, debe considerarse que en estos Principios no se hace referencia alguna a la distinción entre contratos civiles y comerciales. Se pretende que rijan en ambos tipos de acuerdos, más aún si la separación se ha vuelto cada vez más difusa. No se alude tampoco al contrato de consumo, el cual se entiende excluido del ámbito de aplicación, y no se refiere en ninguna de sus reglas a la relación de consumo. Esto sin perjuicio de que existan disposiciones que se orientan a mantener una cierta conmutatividad o equilibrio contractual. Esto entronca con la visión que en estos Principios se sugiere del contrato o del derecho de los contratos. Dejando atrás la regulación decimonónica centrada en la obligación como elemento central de la construcción del derecho que entre otras fuentes era aplicable al contrato, acá se trata de un cuerpo normativo que se erige a partir de esa fuente precisa de las obligaciones. Es la razón por la cual en los Principios se alude a los vicios del contrato, evitando el voluntarismo que los centraba en defectos propios a la voluntad.

Sin embargo, referirse a la noción del contrato es una tarea espinuda y en gran medida fluctuante al encontrarse sometida a diversas concepciones políticas y económicas. El contrato en cuanto fuente de obligaciones determina a qué se obliga el deudor, aunque el artículo que lo define es más bien una descripción que alude a la necesidad del acuerdo y el efecto del mismo, lo que muestra una definición lejos de ser rígida (artículo 8), sin que pueda, en todo caso, extrapolarse de la regla alguna noción del mismo. Debe considerarse lo relativo a los principios generales, que el grupo definió: la libertad contractual, la fuerza obligatoria y la buena fe. Por cierto, debe reconocerse la libertad de los contratantes para celebrar los contratos y fijar su contenido, con los límites usuales, no sólo el orden público o el derecho ajeno, sino también la buena fe, principio que atraviesa todos los principios. Y se recoge, por último, la obligatoriedad del contrato (artículo 6) que sin duda constituye un pilar de la contratación, pero no debe escabullirse el control al cual queda sometida esa obligatoriedad, a través de determinadas reglas que permiten extraer la noción de contrato. El derecho de los contratos no puede entenderse sin afirmar la libertad de las partes para modelar su contenido, decidir su celebración y escoger al contratante; lo mismo ocurre con la fuerza obligatoria y el principio de la

buena fe, que si bien estos últimos pueden entrar en colisión a propósito del cumplimiento específico o la revisión por circunstancias sobrevinientes, es necesario que la palabra dada sea temperada, y en general, el derecho de los contratos, se equilibra con el principio de la buena fe. Ahora bien. Una de las preocupaciones de estos principios ha sido dotar de contenido a la buena fe, que no sea un concepto amplio e inasible, dar ejemplos concretos de conductas que la contrarían y las consecuencias que acarrea su infracción. Así, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad precontractual, en que se reconoce el derecho a romper las negociaciones, pero si dicho retiro es contrario a la buena fe y causa un daño, éste debe indemnizarse. Se ejemplifica indicando en el artículo 10 la libertad en las negociaciones, una manifestación de la libertad de contratación «(1) Las partes son libres de negociar el contrato y de retirarse en cualquier momento, pero esto y aquello deben hacerlo conforme a la buena fe». Y el artículo 11 al referirse al daño que merece indemnizarse nos señala que: «(1) El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado. (2) También es obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar. (3) En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado». He aquí manifestaciones específicas de la buena fe para evitar el recurso a la misma en forma indiscriminada generando incertidumbre.

Aporta también a comprender la noción del contrato, lo que se expresa en los PLDC, señalando que «Cumplimiento es la ejecución del contrato en los términos en que fue acordado» (artículo 77), lo que es refrendado en un espejo con la noción de incumplimiento, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86: «Concepto de incumplimiento. (1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada. (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor. (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para la ejecución». Se trata de uno de los asuntos que el grupo discutió con intensidad hasta concluir en la necesidad de una noción neutra del incumplimiento. Es esta idea la que atraviesa todo el articulado erigiéndose en un pilar del sistema. De ahí que, por ejemplo, si el acreedor no recibe lo pactado o no se verifica un pago íntegro, habrá incumplimiento con independencia de la causa. Por lo mismo si la causa es una imposibilidad debida a fuerza mayor hay incumplimiento, pudiendo reclamarse la resolución o la cesión de derechos, conforme lo dispuesto en el artículo «Artículo 90 Imposibilidad total o parcial de cumplimiento. (1) La imposibilidad sobreviniente total y definitiva para cumplir una obligación contractual, causada por caso fortuito, extingue la obligación y

libera al deudor. En tal caso, el acreedor puede optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, en razón de la imposibilidad, el deudor detenta contra un tercero».

Para entender la noción de contrato que está detrás de los PLDC es necesario considerar, además, algunos factores que permiten la intervención en su contenido o su extinción. El primero refiere al tiempo en las relaciones contractuales. A diferencia del contrato en su fisonomía decimonónica, en el siglo xx una de las transformaciones cruciales en los acuerdos fue la duración en la ejecución de las obligaciones, lo que colocó en el tapete la necesidad de abordar los cambios en las circunstancias de índole sobreviniente que alteran las previsiones y situación de las partes. El segundo aspecto refiere a ciertos desequilibrios que fuera del ámbito de protección del consumidor reflejan una desigualdad en las relaciones contractuales que amerita considerar en las legislaciones contemporáneas atinentes al contrato. Si bien el artículo 8 no plantea una posición ideológica sobre qué entender por contrato, ciertas reglas permiten aseverar que el tiempo ha sido considerado como factor en la ejecución de las obligaciones y en el control de los desequilibrios entre las partes.⁹ Es esa idea, también, que debe relacionarse con evitar referirse a los defectos o vicios del consentimiento y aludir a los vicios del contrato, declinando una visión voluntarista propia a la ideología del codificador del xix. Al exponer los «vicios del contrato», el artículo 37 que lleva por título «Excesiva desproporción», permite la adaptación del contrato o alguna de sus cláusulas o incluso demanda la nulidad si nos encontramos frente a una «ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe». Existe ahí un repudio al desequilibrio del contenido del contrato que emana de una posición dominante de una parte respecto de la otra, estableciendo criterios que permitan al juez dirimir en qué casos corresponde calificar la situación como tal. No se nos escapa que la intervención del juez pueda aparecer desmedida, al facultarlo para (4) «adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe», pero la justificación de esta injerencia parte de asumir un contrato que no merece ser obligatorio, dado el desequilibrio que proporciona a un contratante la ventaja desmedida frente al otro. Más allá de la perfección del contrato, circunstancias sobrevinientes pueden afectar el equilibrio, lo que permite la revisión del acuerdo. Esto se recoge en el artículo 84 relativo al «Cambio de circunstancias», (1) «Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no

⁹ ROCHFELD, Judith (2011), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, Thémis droit-PUF, 435 y ss.

pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato. (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada. (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes». Pero no es la única regla que permite dejar sin efecto el contrato por una circunstancia sobreviniente. Los Principios admiten la frustración del contrato, inspirados en el artículo 1090 del Código Civil argentino, lo que se recoge en el artículo 85, aunque en forma más coherente se le intitula «De la frustración de la causa del contrato», entendida ésta como el propósito práctico del contrato, desprovista de subjetivismos y se indica «La frustración definitiva de la causa por un cambio de circunstancias existentes a la época de la perfección, imprevisto para las partes y que supera el riesgo asumido por aquella afectada, la autoriza a resolverlo».

La elaboración de los PLDC ha sido un trabajo arduo y enriquecedor, en el cual por momentos se pensó en la imposibilidad de llegar a buen puerto, tal como lo señalara el profesor Denis Mazeaud en una presentación en la Revue Dalloz ya hace varios años, aludiendo a esa bella canción «quizás, quizás, quizás...» y ahora podemos responderle a Denis quien nos ha acompañado también en esta aventura: Lo logramos, pudimos! Veremos ahora si, al menos estos Principios han podido reflejar la identidad de estos rincones.

EL CONTENIDO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO*
VIDAL OLIVARES, ÁLVARO**

1. INTRODUCCIÓN

Los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (en adelante, indistintamente, los PLDC o los *Principios*) constituyen un esfuerzo animado por dos propósitos. El primero de ellos corresponde a una especie de *restatement* del derecho de contratos a nivel latinoamericano. En ese *restatement* han resultado extremadamente relevantes los Códigos Civiles de los países de la región¹, especialmente el chileno y el nuevo Código Civil argentino. El segundo propósito de los PLDC, consistió en plasmar un esfuerzo emprendido por un sector de la doctrina civil latinoamericana de repensar el derecho de contratos en la región, aproximándolo a ciertos desarrollos originados a partir de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante CISG).

* Profesor Derecho civil, Universidad Diego Portales (Chile) e Investigador Fundación Fernando Fueyo Laneri (Chile), correo electrónico: inigodelamaza@udp.cl

** Profesor Derecho civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile) e Investigador Centro de Estudios de Derecho Privado Latinoamericano de la PUCV (Chile), correo electrónico: alvaro.vidal@pucv.cl

¹ El trabajo de los PLDC se inició a través de la elaboración de un cuestionario de cuarenta preguntas que pretendía abarcar las principales cuestiones jurídicas que se suscitan durante el *iter* contractual. La función del cuestionario consistía en allegar información acerca de cómo enfrentaba el derecho de los contratos de los diversos países de la región. Dicho cuestionario fue respondido a través de informes por una delegación argentina, una brasilera, una colombiana, una chilena, una paraguaya, una uruguaya y una venezolana. Ver PIZARRO C. (coord.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica* (Foundation pour le Droit Continental 2012).

Las páginas que siguen intentan ofrecer una guía de lectura de los *Principios*; una especie de mapa de su contenido. Sin embargo, no se trata de un mapa detallado que, pormenorizada y sistemáticamente, se refiera a todos los lugares que es posible encontrar en ellos. Esa es, más bien, la función de unos comentarios, que aún deben esperar. Se trata más bien —y por así decirlo— de un mapa de las principales atracciones que se pueden encontrar en los PLDC; de las novedades a las que debería prestarse atención en una primera visita.

Por otra parte, el ánimo de estas páginas no consiste en una aproximación crítica al texto, sino más bien expositiva. No es, por supuesto, que ignoremos la necesidad de una aproximación crítica, pero nos parece —ambos participamos intensamente en la preparación de los *Principios*— que debe ser realizada por alguien más lejano a ellos.

Dividimos este trabajo en dos partes. La primera de ellas presenta la estructura y, panorámicamente, el contenido de los *Principios* (I). La segunda parte se dedica, de manera más detallada a aspectos que, según nos parece, resultan especialmente interesantes (II). Comenzamos esta segunda parte del trabajo prestando atención a los principios del derecho de contratos (1); continuamos con la definición y elementos del contrato (2); en tercer lugar, prestamos atención a la formación del consentimiento (3); a continuación, nos ocupan los vicios del consentimiento (4); y luego, la nulidad (5). En sexto lugar prestamos atención al contenido del contrato (6), su cumplimiento (7) y los límites de éste (8), el incumplimiento contractual (9) y sus requisitos (10). Continuamos con una aproximación general a los remedios (11). Concluimos el trabajo con un somero examen de cada uno de ellos, es decir, la pretensión de cumplimiento específico (12), la reducción del precio (13), la resolución por incumplimiento (14) y la indemnización de perjuicios (15).

2. LA ESTRUCTURA DE LOS PLDC

Como sucede con los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (en adelante PECL) y los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (en adelante PCCI), y a diferencia de los Códigos decimonónicos, los PLDC ofrecen un tratamiento sistematizado del fenómeno contractual. El texto de los *Principios* cubre el *iter* contractual completo, desde el periodo precontractual hasta los efectos del incumplimiento. Se incluyen, además, los principios generales de la contratación.

El texto de los *Principios* se encuentra dividido en 8 capítulos que comprenden 115 artículos organizados en secciones. Y los artículos se formulan en incisos, ya sea en párrafos, aproximándose más a los instrumentos de derecho armonizado de contratos.

Comienzan los PLDC con un Capítulo Preliminar que se divide en dos secciones. En la primera «Disposiciones generales» (artículos 1 a 4) se trata su aplicación y funciones, su relación con el orden público y las normas imperativas y la aplicación, interpretación e integración de los *Principios*. La segunda sección «Principios Generales» (artículos 5 a 7) se ocupa de los principios generales de la contratación y se refiere a la libertad de contratación, la fuerza obligatoria del contrato y la buena fe.

El Capítulo 2 «Formación del contrato» se divide en cinco secciones. La primera «Definición y elementos del contrato» (artículos 8 y 9) trata sobre la definición y elementos del contrato. Su segunda sección «De la negociación del contrato» (artículos 10 a 12) se ocupa de la negociación, incluyendo normas sobre retiro de las negociaciones, el deber de confidencialidad y la indemnización por retiro contrario a la buena fe e infracción del aludido deber. La sección tercera «Del consentimiento» (artículos 13 a 26) disciplina la formación del consentimiento. Por su parte, la cuarta sección «De los vicios del contrato» (artículos 27 a 37) se ocupa de los vicios del contrato, específicamente, el error, el dolo, la intimidación y la excesiva desproporción. Finalmente, la quinta sección «Objeto, causa y solemnidades del contrato» (artículos 38 y 40) disciplina sobre el objeto, causa y solemnidad como elementos del contrato.

El Capítulo 3 «Nulidad del contrato» comienza con unas reglas generales (artículos 41 a 43) que distinguen las clases de nulidades, absoluta y relativa, total y parcial, y la forma de alegar la nulidad. El resto de las reglas se dividen en tres secciones. Su sección primera se encuentra dedicada a la nulidad absoluta (artículos 44 a 46) y la segunda a la nulidad relativa (artículos 47 a 49). Y la sección tercera se refiere a los efectos de la nulidad (artículos 50 a 53).

El Capítulo 4 «De la simulación» (artículo 54 y 55) regula de manera muy breve el instituto en dos artículos. El primero de ellos se refiere a que cualquiera de las partes puede hacer valer la declaración de voluntad disimulada. El segundo disciplina los efectos de la simulación respecto de terceros.

El Capítulo 5 que disciplina los «Efectos del contrato frente a terceros» se divide en tres secciones. Su primera sección «Representación» (artículos 56 a 65) trata, entre otras cosas, el alcance de la actuación del representante, el poder para actuar, la distinción entre representación implícita y aparente y

aquella sin poder, el conflicto de intereses y la extinción y modificación de la representación. La segunda sección que dispone sobre la «Estipulación en favor de terceros» (artículos 66 a 68) y la tercera sobre «la promesa del hecho ajeno» (artículo 69).

El Capítulo 6 «Interpretación» (artículos 70 a 77) comienza con la regla de la intención común de las partes y continúa fijando diversos criterios y reglas para precisarla o su reconstrucción más plausible, previendo una cláusula de cierre de interpretación conforme con la buena fe.

El Capítulo 7 «Cumplimiento del contrato» (artículos 78 a 86) que contiene siete artículos que disciplinan las cuestiones que, generalmente en el derecho codificado iberoamericano son tratadas a propósito del pago, destacando su concepto del artículo 78 como «ejecución del contrato conforme a lo pactado» (artículo 78) y la inclusión en este capítulo de una regla sobre alteración de las circunstancias (artículo 85) y la frustración de la causa del contrato (artículo 86).

El Capítulo 8 «Incumplimiento del Contrato» (artículos 87 a 115) se divide en 4 secciones. La primera «Del incumplimiento en general» (artículos 87 a 91) se refiere a los aspectos generales del incumplimiento del contrato, incluido su concepto amplio, carácter esencial, la conducta del acreedor como causa del incumplimiento, el caso fortuito y la fuerza mayor y la imposibilidad total o parcial de incumplimiento. Su sección segunda «Medios de tutela del acreedor» (artículos 92 a 110) destinada a los remedios del acreedor que allí se denominan «medios de tutela del acreedor». Esta sección comienza por establecer reglas generales, comunes a todo incumplimiento, como la pluralidad de remedios y la opción del acreedor, el carácter autónomo de la indemnización, la carga de comunicación de los cumplimientos imperfectos y el plazo adicional para subsanar el incumplimiento. Después ofrece una regulación para cada uno de los remedios: el cumplimiento específico, la reducción del precio, la resolución del contrato, la suspensión del cumplimiento y la indemnización de daños. Por su parte, su sección tercera «Cláusulas relativas al incumplimiento», (artículo 111 y 119) que tipifica ciertas cláusulas, las más usuales en el tráfico, cuyo objeto es modular los efectos del incumplimiento, como lo son la cláusula penal, las arras y las cláusulas que limitan o excluyen la indemnización. Finalmente, su sección quinta, «De las restituciones» (artículos 120 a 124) ofrece un régimen común para los efectos restitutorios de la nulidad y la resolución, distinguiendo la restitución en dinero de aquella en especie, dando respuesta a la hipótesis de imposibilidad de esta última, entre otros aspectos.

3. EL CONTENIDO

3.1. Los principios

Nos recuerdan Atienza y Ruiz Manero lo profusamente que se ha discutido acerca de los principios en teoría del derecho², y añaden —y esto, probablemente es parte de lo que determina la discusión— que la expresión «principio jurídico» posee diversos significados³. Así, sin pretensiones de exhaustividad, señalan que se trata de normas muy generales, o bien redactadas en términos particularmente vagos; de normas programáticas o directrices, normas que expresan valores superiores de un ordenamiento jurídico; de normas especialmente importantes, normas de elevada jerarquía⁴.

Algo de todo esto, según nos parece, encontramos en la Sección 2 del Capítulo 1 de los *Principios*, bajo el título Principios generales. Lo que allí hay es normas caracterizadas en su formulación por cierta generalidad y vaguedad que aspiran a plasmar valores superiores del ordenamiento jurídico particularmente atingentes al derecho de los contratos. Se trata, entonces, de un conjunto de enunciados que nos permite hilvanar normas diversas en torno a ciertas ideas generales que éstas pretenden realizar.

Los principios a los cuales se refieren los PLDC son la libertad de contratación, la fuerza obligatoria del contrato y la buena fe. Creemos pertinentes dos comentarios al respecto. El primero de ellos es que el derecho de contratos —al menos el derecho común— tiende a plasmar un cierto ideario liberal que reposa sobre la autonomía privada y sus abundantes consecuencias normativas. Desde luego, este influjo liberal no permite formular una dogmática monolítica de la autonomía privada como clave de comprensión del derecho de contratos, sin embargo, sin la autonomía privada, el derecho de contratos se torna ininteligible. Por eso es que nada debe extrañar en el hecho que el primero de los principios sea la libertad de contratación, la más conspicua de las manifestaciones de la autonomía privada. La misma razón explica que el segundo de esos principios sea la fuerza obligatoria del contrato. La misma razón que utilizamos para justificar la libertad exige que el agente asuma el riesgo del ejercicio de su libertad.

Esta autonomía privada, sin embargo, debe templarse. La razón es suficientemente sencilla: el derecho de contratos no se piensa en el vacío, sino que

² ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, «Sobre principios y reglas», en *Doxa*. n. 10 (1991), p. 101.

³ *Id.*, p. 103.

⁴ *Id.*, pp. 103-105.

como un instrumento que ha de resultar útil a una determinada comunidad. Por otra parte, el derecho de contratos no debe pensarse, exclusivamente, como si involucrara el ejercicio de la libertad de una persona porque lo cierto es que la utilidad de ese ejercicio exige la presencia de otras personas, aquellas con que se contrata. Y el hecho de involucrar a esas personas determina la exigencia de cierta consideración a ellas. Y esto explica que el tercero de los principios sea la buena fe, un principio que, por decirlo de alguna manera, exige consideración hacia los demás. Cuánta y cuál sea esa consideración no es algo que se pueda responder en abstracto, siendo sólo posible indicar que este principio general nos fuerza a la preguntarnos acerca de esa consideración.

3.2. La definición de contrato y sus elementos

El artículo 7 de los *Principios* define contrato como «un acuerdo por el cual dos o más partes crean, transfieren, modifican o extinguen un vínculo jurídico de contenido económico.» Por su parte, el artículo 8 dispone que: «Son elementos para la formación del contrato el consentimiento, el objeto, la causa y en ciertos casos, la solemnidad.»

Por lo que toca a la definición, vincula un acto constitutivo y una determinada relación jurídica que se constituye a través de él. La estructura de esta definición, probablemente, encuentre su origen en la noción de negocio jurídico propia de la pandectística alemana, concebido como un acto en el que la voluntad del autor está directamente orientada hacia la constitución o disolución de una relación jurídica⁵.

Se trata, además, de una definición que guarda semejanza con el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR):

II.-1:101: Meaning of «contract» and «juridical act»

- (1) A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.

O a la del *Comon European Sales Law* (en adelante, CESL): «2.a ‘contract’ means an agreement intended to give rise to obligations or other legal effects».

⁵ FERRI, Giovanni, «El negocio jurídico» (L. León, trad.), en AA. VV, *Teoría general del negocio jurídico*, ARA Editores, (2001) pp. 59-61.

Una definición que, por lo demás, guarda alguna semejanza con la del artículo 1101 del Código Civil francés⁶, al 1254 del Código Civil español⁷ o al 1438 del Código Civil chileno⁸.

Por lo que toca a los elementos, los *Principios* se alejan de otros cuerpos de *soft law* pues, en primer lugar, extrapolan la estructura de «elementos» del negocio jurídico al contrato lo que, como se verá luego, presenta un correlato en el diseño de la nulidad.

Por otra parte, consideran como elementos del contrato tanto el objeto como la causa. Y aquí se produce un alejamiento de los PECL o de los PCCI que resulta imposible de soslayar. Para comprenderlo, convendrá comenzar prestándoles atención.

De esta manera, en los PECL, el artículo 2:101, bajo el título «Conditions for the Conclusion of a Contract» dispone:

- (1) A contract is concluded if:
 - (a) the parties intend to be legally bound, and
 - (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement.
- (2) A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses.

Algo semejante en el artículo 3.1.2. de los PCCI: «A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement».

Si se presta atención al comentario de Huber respecto del artículo 3.1.2 de los PCCI, se advierte que tiene por objeto excluir, como requisito del contrato, la causa y la *consideration*⁹. Si, en cambio, la atención se desplaza hacia el artículo 9 de los PLDC, no resulta nada complicado descubrir que el propósito es, exactamente, el inverso.

Por otra parte, tanto en los PECL como en los PCCI se considera que la hipótesis de imposibilidad inicial no determina la invalidez en un contrato.

⁶ «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.»

⁷ «El contrato existe desde que una o varias personas consientes en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

⁸ «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas»

⁹ HUBER, Peter, «Commentary Article 3.1.2» in Vogenauer, S (ed.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2d ed., Oxford University Press, (2015), p. 467.

Así, el artículo 4:102 de los PECL bajo el título «*Initial Impossibility*» dispone: «A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates».

El texto del artículo 3.1.3 de los PCCI dispone, sustancialmente, lo mismo. Por su parte, el comentario del artículo 4:103 los PECL señala:

*In some legal systems a contract which, unknown to the parties, is impossible to perform, for example, because of the absence of an object or because the seller has no right to dispose of the goods it is purporting to sell, may be ineffective. Under the Principles this approach is not taken. Very often such cases will be ones of fundamental mistake under which either party affected may avoid the contract, but there may be cases when a party should be treated as taking the risk of impossibility and therefore should be treated as taking the risk of impossibility and therefore should not be entitled to avoid the contract*¹⁰.

Pues bien, al confrontar todas estas reglas se advierte lo siguiente: tanto en los PECL como en los PCCI el acuerdo (cualquier cosa que eso signifique) es suficiente para configurar un contrato. En cambio, en los *Principios*, el consentimiento de las partes no es suficiente, se requiere, además, de objeto y causa, que son considerados como elementos «esenciales» del contrato, es decir, elementos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o, quizás con mayor precisión, es nulo de nulidad absoluta¹¹.

En un escenario como este conviene preguntarse por qué los PLDC optaron por mantener tanto el objeto como la causa como elementos esenciales del contrato. Y la respuesta parece ser doble. En parte, por un cierto ánimo de hacerse cargo de las regularidades que presenta el derecho de contratos de los países de la región y, por otra parte —específicamente respecto de la causa— porque se consideró que había cumplido con algunas funciones valiosas.

Por lo que toca a las coincidencias, resulta importante recordar que, en cuanto proyecto, los PLDC tienen dos objetivos. El primero de ellos —acaso el más evidente— consiste en sistematizar las coincidencias que existen a nivel de los distintos derechos nacionales de contratos en Latinoamérica; una especie de *restatement* latinoamericano de contratos. El segundo objetivo consiste en intentar aproximar el derecho de contratos disponible en los países latinoamericanos a un paradigma como el que se origina a partir de la CISG y

¹⁰ LANDO/BEALE (2000) 228. Cursivas en el original.

¹¹ Ambigüedad de las consecuencias en los PLDC respecto del tratamiento de la nulidad

que luego se ha plasmado en algunos códigos civiles, directivas, e instrumentos de *soft law*¹².

Pues bien, lo que, parcialmente al menos, explica la presencia de estos dos elementos esenciales —el objeto y la causa— es la coincidencia. Los distintos países de la región los consideran de esta manera. Así, respecto de la causa, sucedía en el antiguo Código Civil argentino¹³, en el colombiano¹⁴, en el chileno¹⁵, en el uruguayo¹⁶ y en el venezolano¹⁷. Sin embargo, no sucede ni en el Código Civil paraguayo¹⁸ ni en el brasilero. Por lo que toca al objeto, se le considera en el antiguo Código Civil argentino¹⁹, en el brasilero²⁰, en el colombiano²¹, en el paraguayo²², en el uruguayo²³ y en el venezolano²⁴.

Sin embargo, eso no es todo. La coincidencia puede ser un argumento, pero no es decisivo. De otra manera no habría cómo explicar que en materias como los remedios frente al incumplimiento contractual, en ocasiones, los PLDC se hayan alejado —y, en ocasiones, bastante, de las disposiciones características de los países latinoamericanos y hayan optado por un modelo más cercano al de la CISG. Lo segundo es que se consideró que tanto el objeto como la causa habían prestado utilidad al derecho de contratos en Latinoamérica.

Así, por ejemplo, en las arduas discusiones que se originaron en torno a la causa se señaló que en Chile la exigencia de la causa se ha utilizado como un

¹² En palabras de PIZARRO, Carlos («Presentación» en ID (coord.) *El derecho de los contratos en Latinoamérica*, Foundation Pour le Droit Continental, Universidad Diego Portales, Fundación Fernando Fueyo Laneri, p. 16), en la presentación de un libro que se originó en un cuestionario sobre derecho de contratos que se envió a académicos de algunos de los diversos países de la región (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela), los PLACL aspiraban a «identificar nuestra identidad jurídica nacional» y «mejorar lo que se haya realizado en otras latitudes». Respecto de esto último, se refiere a los distintos instrumentos de *soft law* que han intentado armonizar el derecho de contratos europeo.

¹³ Art. 499.

¹⁴ Art. 1502.

¹⁵ Art. 1445.

¹⁶ Arts. 1261 n.º 4 y 1287.

¹⁷ Art. 1142.

¹⁸ De hecho, en el Código Civil paraguayo se explica la supresión de la causa en su exposición de motivos en los siguientes términos:

Al enumerar los requisitos —o elementos— esenciales del contrato, el anteproyecto omite la causa, cerrando el camino a las múltiples dificultades y controversias planteadas por el Código Napoleón y sus seguidores sobre el significado y alcance de este elemento. De hecho, los mismos intereses que tuteló la jurisprudencia al amparo de la imprecisión anotada, hallan su protección a través de otras normas: la moral y las buenas costumbres no quedan sin amparo al suprimirse este elemento.

¹⁹ Arts. 1169 a 1175.

²⁰ Art. 104.

²¹ Art. 1502.

²² Ver, por ejemplo, arts. 299, 357, 396, 700 y 710.

²³ Arts. 1261 n.º 4 y 1287-1289.

²⁴ Arts. 1108, 1126-1130.

mecanismo de tutela de la justicia conmutativa para prevenir, por ejemplo, cláusulas abusivas excesivas. También se señaló que en Colombia se había utilizado, entre otros usos, para explicar los grupos de contratos y los efectos del incumplimiento de uno respecto de los otros. De la misma forma, se indicó, había sido empleada en Argentina, ya sea respecto de grupos o de cadenas de contratos para explicar las repercusiones de lo que pasa como unos contratos respecto de los otros, o bien para resolver cuestiones relacionadas con la alteración sobrevinida de las circunstancias. Además, se indicó en las sesiones de discusión que la causa se había empleado para justificar ciertas restituciones cuando el contrato es resuelto. Finalmente, se añadió que la causa se había empleado como un mecanismo de control moral de los contratos cuando estos involucraban motivos ilícitos. La causa, en definitiva, había desempeñado un rol útil en lo que puede denominarse el derecho latinoamericano de los contratos.

3.3. La formación del consentimiento

Acaso una primera cuestión que debe celebrarse en la regulación de la formación del consentimiento en los *Principios* es que define tanto oferta como aceptación²⁵. La oferta es definida en los siguientes términos (art. 15): «La propuesta de celebrar un contrato constituye oferta si revela la intención del proponente de quedar obligado en caso de aceptación y resulta suficientemente precisa». Por su parte, la aceptación se define señalando que (art. 20): «Constituye aceptación toda declaración u otra conducta del destinatario que indique conformidad con la oferta».

Un segundo comentario sobre la disciplina de la formación del consentimiento en los PLDC se refiere a la poderosa influencia que sobre ella ha ejercido la CISG, ya sea respecto de la organización de la Sección (3 «Del consentimiento») como acerca de su aproximación sustantiva y las soluciones que ofrece.

Un ejemplo particularmente conspicuo de lo anterior se encuentra en el artículo 25 de los *Principios*, que abandona aquello que se ha denominado la «teoría del espejo»²⁶, según la cual la aceptación debe corresponder exactamente a la oferta, en términos que si no sucede de esta manera no se ha formado el consentimiento. Con un pragmatismo que no queda sino celebrar, la CISG se

²⁵ Esto es una ventaja respecto de los códigos de la región que no lo hacen. Así, por ejemplo, el brasileño, el chileno, el paraguayo y el uruguayo.

²⁶ Ver DURANY PINCH, Salvador, «Sobre la necesidad de que la adaptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto», en *ADC* t. XLIII-4, pp. 1011-1096.

alejó de este criterio²⁷. De esta manera, su artículo 19 establece que, si la respuesta a la oferta contiene elementos adicionales o diferentes que no alteran sustancialmente sus términos, se considerará como una aceptación. Lo mismo, prácticamente con el mismo lenguaje —aunque conservando la distancia que impone el hecho que la CISG se refiera exclusivamente al contrato de compraventa— establece el artículo 25 de los PLDC, cuyo tenor es el siguiente:

- (1) La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones constituye una contraoferta.
- (2) Sin embargo, si no alteran sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta constituye una aceptación y el contrato se entiende perfeccionado con dichas adiciones, limitaciones o modificaciones.
- (3) Aunque las limitaciones o modificaciones no alteren sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta se entiende como un rechazo si:
 - (a) La oferta expresamente exige la conformidad total o parcial con los términos propuestos.
 - (b) El oferente, sin demora, informa al destinatario su disconformidad con los cambios.

No obstante lo anterior, según creemos, en ciertas materias los PLDC avanzan respecto de la CISG. Así, por ejemplo, por lo que toca al valor del silencio. Dispone el artículo 18(1) de la CISG que «El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.» Por su parte, el artículo 21 de los *Principios*: «El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación, excepto en los casos en que la ley, la voluntad de las partes, los usos y prácticas, o los comportamientos precedentes de las partes, les otorguen tal carácter.»

Un tercer comentario general respecto de las normas sobre formación del consentimiento, se refiere al valor que adquiere la protección de la confianza suscitada por las declaraciones de voluntad, que concurre a temperar el excesivo rigor que puede imponer el voluntarismo jurídico a la disciplina de la formación del consentimiento. Así se explica, por ejemplo, la diferencia entre el retiro y la revocación de la oferta. Es esta diferencia la que nos explica que aún una oferta irrevocable pueda retirarse sin ninguna consecuencia jurídica si es que eso sucede antes que haya llegado al destinatario. Es lo que dispone el artículo 16(2) de los *Principios*.

²⁷ También los PECL (ver art. 2:208(2) y en el DCFR (ver art. II.-4:208).

La protección de la confianza suscitada por declaraciones de voluntad o conductas se manifiesta de otra manera que queremos destacar. Se trata esta vez de la oferta irrevocable. A la regla frecuente en los códigos civiles de la región según la cual la oferta irrevocable asume dicho carácter cuando el oferente se lo ha dado expresamente o bien ha fijado un plazo, se añade la valiosa disposición contenida en el artículo 18(2) conforme a la cual: «Tampoco puede revocarse [la oferta] si el destinatario ha podido confiar, conforme a la buena fe, en que era irrevocable.»

En fin, respecto al momento en que se forma el consentimiento, el artículo 13 de los *Principios* dispone que «Salvo acuerdo de las partes o ley en contrario, el contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación produce sus efectos». Por su parte, el artículo 22, relativo a los efectos de la aceptación:

- (1) El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega al oferente.
- (2) Si la aceptación consiste en una conducta, el perfeccionamiento tendrá lugar desde el momento en que el oferente la conoce.
- (3) Si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes han establecido entre ellas, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos desde que dicho acto se ejecuta.

Se trata, sustancialmente, de la misma solución por la que opta el artículo 18 de la CISG.

3.4. Vicios del consentimiento

Probablemente, la forma más elocuente de aproximarse al tratamiento de los vicios del consentimiento en los *Principios* sea a través de las siguientes palabras de Díez-Picazo que los considera:

... más que una monolítica categoría de dogmática de vicios del consentimiento contractual, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmático o, si se prefiere, una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual...²⁸

²⁸ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I., 6.^a ed., Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 186.

En segundo lugar, el artículo 27 de los PLDC dispone que «Son vicios del contrato el error, el dolo, la intimidación y la excesiva desproporción.»

Por lo que toca al error, se ha seguido de cerca la disciplina que le imponen tanto los PECL como los PCCI²⁹. Se trata, por otra parte, del vicio más desarrollado por los PLDC. Su artículo 27 lo define, el 28 indica las causales de error, el 29 un impedimento para alegar el error y el 30 regula el error en la declaración o en la transmisión³⁰.

El campo operativo del error queda configurado a través de su definición. Se trata del artículo 28 de los *Principios*, su tenor es el siguiente: «El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos».

Como puede verse, la distinción entre error esencial, substancial y accidental se ha desvanecido. La métrica del error es su entidad, y su entidad depende de que haya podido afectar severamente la voluntad de una persona razonable. Al proceder de esta manera, los PLDC ensanchan notablemente el campo operativo del error respecto de los códigos civiles. Entre otras cosas porque incorporan el error de derecho y el error en los motivos.

No obstante lo anterior, el artículo 29 contiene un doble filtro del error. En primer lugar, lo que dispone este texto es que no basta que la equivocación haya sido suficiente para determinar a una persona a contratar; es necesario, además, que se presenten una de las tres situaciones descritas por el numeral primero del precepto. La primera de ellas es que el error, haya sido provocado por la información que suministró la otra parte. La segunda situación consiste en que la otra parte haya infringido un deber de información que impone la buena fe. En fin, la tercera situación es que ambas partes hayan padecido el mismo error.

El segundo filtro se encuentra en el artículo 29(2) de los *Principios*. Aún si el error puede subsumirse en alguna de las hipótesis del artículo 29(1), todavía ha de ser el caso que sea excusable o que no haya sido asumido por quien lo padece.

Ahora bien, aun cuando el error supere los dos filtros que he indicado, su aptitud anulatoria aún depende de una restricción más. Se trata de lo dispuesto en el artículo 29. Su texto es el siguiente: «La parte que incurre en error no

²⁹ Ver arts. 3.2.2 de los PCCI por una parte y el 4:103 de los PECL.

³⁰ Explicaciones más detalladas pueden encontrarse en DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, «El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», en Vaquer, Aloy (ed.) *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contrato*, 2015 Barcelona: Atelier, pp. 789-800.

puede demandar la nulidad del contrato si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrarlo».

Se trata de una norma que se encuentra en el artículo 269 del nuevo Código Civil argentino y 3.2.3 PCCI y 4:104 PECL, y cuya racionalidad resulta difícilmente discutible. Un error involucra un conflicto de intereses, el de quien lo padeció —que desea liberarse del contrato— y el de su contraparte —que desea mantenerse en el contrato. Lo que sucede aquí es que la contraparte decide asumir el contrato como si no hubiera existido error.

Como puede verse, en los PLACL la posibilidad de que un error anule un contrato resulta más bien excepcional, pues se encuentra limitada, de una parte, por el sistema de doble filtro y, por otra, por la posibilidad que la otra parte ofrezca ejecutar el contrato como lo entendió el *errans*.

Finalmente, el artículo 31 extrapola el régimen del error vicio del consentimiento tanto al error en la declaración de voluntad, cuyo tratamiento se encuentra más bien ausente en los códigos decimonónicos³¹.

Por lo que se refiere al dolo, éste recibe su disciplina de los artículos 32 y 33. La inspiración de estos preceptos ya no se encuentra ni en los PECL ni en los PCCI, sino en los artículos 271 a 275 del CC argentino.

El primero de ellos lo define en los siguientes términos: «El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes o un tercero». Por otra parte, siguiendo de cerca el artículo 1458 del CC chileno, el numeral 2 del precepto dispone que únicamente viciará el contrato «cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado». Y añade como requisito que no haya existido dolo recíproco.

Al calibrar este primer precepto se advierten cuatro novedades respecto de la regulación más clásica del dolo en los códigos civiles de la región.

La primera de ellas es que, siguiendo la doctrina más moderna, se ha abandonado el *animus nocendi* como elemento subjetivo del dolo, reemplazándolo por la voluntad de capturar la voluntad del otro contratante³².

³¹ Sobre este error y su tratamiento en el Código Civil chileno (y, por lo tanto, colombiano), español, francés y alemán, ver MORALES MORENO, Antonio, «Error en la declaración, interpretación y responsabilidad *in contrahendo*», en Schopf, Adrián y Marín, Juan Carlos (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho, Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 455-487.

³² Actualmente parece haber un relativo acuerdo en la doctrina acerca de que el elemento subjetivo de esta especie de dolo no precisa ánimo de perjudicar al otro contratante, sino más bien, el propósito de engañarlo. Ver, por todos, MORALES MORENO, Antonio, «Comentario artículos 1.269 y 1.270», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, Manuel y Alabart, Silvia (dir.), t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, 1993, p. 382.

Por otra parte, se afirma algo que la doctrina ya tenía por cierto hace largas décadas, pero respecto de lo cual algunos códigos resultaban más bien parcos: el dolo comprende no sólo acciones, sino también omisiones³³. Sin embargo, a este respecto se echa en falta una norma como el artículo 4:107(3) de los PECL que indique a qué se debe prestar atención para determinar si una parte debía o no informar a otra³⁴.

En tercer lugar, se establece que el dolo no solo vicia el consentimiento cuando es obra de las partes, sino también cuando es obra de un tercero. Se trata de una regla recogida del artículo 274 del nuevo CC argentino.

Finalmente, en cuarto lugar, el artículo 31(2) indica que no se producirá la nulidad del contrato si el dolo es recíproco. La fuente de esta disposición se encuentra en el artículo 272 del CC argentino.

Respecto de los efectos indemnizatorios del dolo, el artículo 33 de los *Principios* dispone que «el autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados.» Queda, sin embargo, la duda acerca de cuáles perjuicios deben ser indemnizados: ¿Se trata únicamente del interés negativo o, en cambio, comprende interés positivo? Como muestran los PCCI la respuesta podría ser menos obvia de lo que aparenta³⁵.

Por otra parte, el artículo 33 dispone que: «La parte que al tiempo del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente.» La regla resulta interesante pues es una de aquellas que desarrolla los deberes precontractuales de información. En realidad, lo que sucede es que quien conoce el dolo de un tercero, debe informárselo a la otra parte, de otra manera, existe un incumplimiento doloso del deber de informar por el cual se responde.

Por lo que toca ahora a la intimidación, es tratada en los artículos 33, 34 y 35.

En primer lugar, se excluye la fuerza física. La intimidación se limita a amenazas ilícitas y graves. Por otra parte, los artículos 34 y 35 se refieren a la métrica de la gravedad de la fuerza. El primero de ellos en términos extremadamente vagos, pues, su lectura indica que cualquier circunstancia puede determinar la gravedad de la intimidación. El segundo —esto es el artículo 35— limita esas circunstancias excluyendo el ejercicio regular de un derecho y el temor reverencial.

³³ Así, por ejemplo, el chileno, el colombiano y el uruguayo (art. 1275), Sin embargo, en otros como el antiguo argentino (art. 933) brasilero (art. 147) y el paraguay (art. 290),

³⁴ Sobre este tema puede consultarse DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, «Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri n.º 11, 2009, pp. 43-72.

³⁵ Ver Comentario 2 al artículo 2.1.15 de los PCCI. UNIDROIT, UNIDROIT Principles 2010, Roma, 2010, p. 60.

En fin, no obstante dedicar tres artículos a la fuerza —y a diferencia de lo que sucede con el dolo—, no existe regla sobre indemnización a propósito de la fuerza. Cuestión que impide saber si, como sucede en el artículo 278 CC argentino, la parte que tuvo conocimiento de la amenaza del tercero responde o no.

Finalmente, la excesiva desproporción, que ya se encontraba considerada en algunos códigos de la región, constituye una novedad para otros³⁶.

Se encuentra regulada en el extenso artículo 37 de los *Principios* y su semejanza con el artículo 4:109 PECL y 3.2.7 PCCI es evidente. Se trata de un híbrido entre estrictas consideraciones de justicia conmutativa como las que alientan el régimen más clásico de la lesión enorme y otras consideraciones que podrían denominarse de carácter altruista que se refieren, por así decirlo, a la subjetividad de las partes.

En los *Principios*, la excesiva desproporción funciona, por así decirlo, en dos tiempos.

En el primero de ellos —animado por consideraciones de justicia conmutativa— resulta necesario acreditar que una de las partes ha obtenido una ventaja excesiva. He aquí una consideración de justicia conmutativa referida a lo que James Gordley ha denominado la «igualdad en el intercambio»³⁷. Las prestaciones, podríamos decir, no pueden tener un valor económico radicalmente dispar. Y una pregunta interesante es cómo se determina la lesión a una cierta conmutatividad en los términos del intercambio. O, para decirlo de otra manera, cómo se determina que la ventaja que ha obtenido una parte resulta excesiva. Esto es algo que, como tantas otras cosas, habrá que considerar en los comentarios a los PLACL.

El segundo tiempo en que procede la excesiva desproporción ya no se explica en términos de justicia conmutativa, sino que en términos de buena fe. No cualquier ventaja excesiva repugna al artículo 36, sino nada más aquellas que infringen las exigencias del principio general de la buena fe.

El artículo 37(2) dispone lo siguiente:

Para calificar esa ventaja se deben tomar en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia.

³⁶ Así, por ejemplo, no era considerada por el CC chileno ni por el colombiano, sin embargo, sí existía en el antiguo código argentino (art. 954), en el brasilero (artículo 157) y en el paraguayo (artículo 671).

³⁷ GORDLEY, James, «Equality in Exchange», *California Law Review*, vol. 69, 1981, pp. 1588-1656.

Igualmente, deberá considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato.

Como puede verse, el campo de aplicación de la excesiva desproporción depende de dos cuestiones diversas. La primera de ellas es que exista una ventaja excesiva, la segunda es que la consecución de esa ventaja resulte contraria a las exigencias de la buena fe. Se trata, entonces, de una norma cuya aplicación puede calificarse de excepcional, pues se encuentra sujeta a la satisfacción de dos requisitos que resultan excepcionales.

A continuación, habrá que advertir que ambos requisitos deben presentarse, por así decirlo, originariamente. Es decir, deben presentarse al momento del perfeccionamiento del contrato. La otra situación posible es que el desequilibrio se presente de manera sobrevenida, pero, en ese caso, ya no estaríamos frente a un caso de excesiva desproporción, sino de alteración sobrevenida de las circunstancias que se encuentra disciplinada en el artículo 84 de los *Principios*.

Descontada la nulidad, a la que se refiere el artículo 37(1), las consecuencias de la excesiva desproporción se encuentran en los numerales (3) y (4) del artículo 37. El texto es el siguiente:

- (3) A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe.
- (4) La parte contra quien se demanda la nulidad puede, igualmente, solicitar su adaptación en los términos del inciso precedente, siempre y cuando haga saber inmediatamente esta decisión a la otra parte.

El primero de ellos es prácticamente una traducción del artículo 4:109(2) PECL. El precepto, entonces, establece la posibilidad que el juez modifique el contenido del contrato. Con respecto a la métrica de esa modificación, se establece un contrafáctico: el acuerdo a que hubieran llegado las partes negociando de buena fe. Probablemente, el precepto es demasiado parco, pues no considera aquella situación en que según las circunstancias no resulta adecuado adaptar el contrato, en cuyo caso, al juez no debería quedarle otro camino que declarar su nulidad.

Finalmente, por lo que toca al numeral (4), se trata de una traducción del artículo 4:109(2) PECL. La parte contra la cual se demanda la nulidad puede enervarla solicitando al juez la adaptación del contrato. La limitación ha de ser la misma que la expuesta en el párrafo anterior.

3.5. La nulidad del contrato³⁸

Los *Principios* dedican su capítulo 3 al tratamiento de la nulidad. Se trata de un tema que sufrió extensas modificaciones si se compara con el tratamiento que le dispensaba el borrador de los *Principios* correspondiente al año 2014³⁹. En éste no existía un capítulo sobre la nulidad, sino que se trataba, exclusivamente, como una consecuencia de los vicios de la voluntad. Por otra parte, con respecto a la forma de alegarla, se establecía su carácter extrajudicial, mediante una notificación.

El texto actual de los *Principios* abandonó ambas características. De una parte, como ya ha quedado dicho, se opta por un tratamiento más sistemático de la nulidad en el capítulo 3; de otra, el texto del artículo 43 nos anuncia que el antiguo carácter extrajudicial de la nulidad ha desaparecido. Bajo el título «Forma de alegar la nulidad» dicho precepto dispone que: «La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción».

Con respecto a la estructura del capítulo, se trata de 12 artículos, divididos en tres secciones. Antes de la primera sección, sin embargo, se encuentran los artículos 41, 42 y 43. El primero de ellos distingue entre la nulidad absoluta y relativa; el segundo entre nulidad total y parcial. El tercero, como ya se ha señalado, dispone que la nulidad debe ser alegada judicialmente.

Por lo que toca al primero y último de estos tres artículos, la pregunta que cabría formularse es por qué acudir a las categorías de nulidad absoluta y relativa y a la declaración judicial. Y la pregunta es interesante pues supone un conspicuo alejamiento del tratamiento en otros cuerpos normativos que tanta relevancia han tenido en la preparación de los PLDC como los PECL o los PCCI⁴⁰. De esta manera, el artículo 4:112 de los PECL dispone que: «Avoidance must be by notice to the other party». Por su parte, el artículo 3.2.11 de los PCCI: «El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte». Por otra parte, los PCCI no regulan expresamente la nulidad absoluta y el artículo 4:101 de los PECL que inaugura su capítulo relativo a validez excluye expresamente las cuestiones que en los PLDC determinan una declaración de nulidad absoluta.

³⁸ En el tratamiento de este tema hemos utilizado el valioso trabajo de SEVERÍN FUSTER, Gonzalo, «La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales», en prensa con *Anuario de Derecho Civil*.

³⁹ Ver SEVERÍN 38, p. 13.

⁴⁰ Aunque mantiene alguna cercanía, mas no terminológica con el DCFR que se refiere a nulidad y anulación. Una versión en español del DCFR disponible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_es.pdf.

La respuesta se encuentra en una cierta fidelidad que han procurado mantener los *Principios* a las regularidades que resulta posible detectar en el tratamiento de los temas en los distintos códigos de la región⁴¹. Tanto la distinción entre nulidad absoluta y relativa como el carácter judicial de la nulidad constituyen este tipo de regularidades.

Con respecto a la distinción entre nulidad absoluta y relativa, el artículo 41 dispone lo siguiente: «La nulidad es absoluta cuando afecta el interés general y relativa cuando sólo afecta intereses particulares».

Como puede advertirse, la distinción entre la nulidad absoluta y de la nulidad relativa obedece al tipo de interés que se encuentra tutelado. La técnica parece adecuada; sin embargo, contextualizado en las demás normas del Capítulo 3 presenta, al menos, un par de dudas.

La primera de ellas se refiere a las causales. Pareciera ser que, si lo determinante es el interés comprometido, no sería necesario identificar las causales. Sin embargo, el artículo 45, siguiendo muy de cerca el artículo 386 del CC argentino, lo hace disponiendo que: «Los contratos contrarios a la ley, el orden público o a las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta.» Puede, por supuesto, afirmarse que estas tres causales son instanciaciones del interés público, sin embargo, cuando se usa un concepto general, suele hacerse, precisamente, para evitar detallarlo⁴². Por otra parte, no existe una mención a las causales de nulidad relativa.

La segunda duda se refiere al régimen de nulidad que ha de afectar a aquellos contratos que carecen de causa o de objeto. En los códigos latinoamericanos es frecuente que sea el de la nulidad absoluta, pero la razón que así sea es el criterio que se emplea para distinguir la nulidad absoluta de la relativa. Así, por ejemplo, en el ámbito chileno, se entiende que se trataría de nulidad absoluta pues el artículo 1682 CC chileno identifica como causales de nulidad absoluta aquellas que afectan a requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor del acto»⁴³.

Sin embargo, como acaba de verse, el criterio de la nulidad absoluta en los *Principios* es diverso a éste. Por lo mismo, aunque los PLDC sigan empleando el antiguo lenguaje de los «elementos del contrato» y consideren

⁴¹ La distinción —aunque, en ocasiones formulada como anulabilidad y nulidad— existe en el CC argentino (art. 386), brasilero (arts. 166 y 171), en el chileno (art. 1682), en el colombiano (art. 1740), en el paraguay (arts. 356-359) y el uruguayo (arts. 1560 y 1568).

⁴² Habrá que advertir, además, que en el CC argentino el artículo 386 encabeza la sección que se le prodiga a la nulidad.

⁴³ Prescindimos aquí de la discusión acerca de si la consecuencia jurídica de la falta de causa o de objeto sería la inexistencia.

como elementos la causa y el objeto, parece ser que la ausencia de estos no configuraría una causal de nulidad absoluta.

El siguiente comentario que nos interesa formular se refiere al artículo 49, bajo el título «Opción con otros medios de tutela». Su tenor es el siguiente: «La parte que tenga derecho a demandar la nulidad relativa del contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, puede optar entre aquella y éstos».

Se trata de una norma que viene a resolver situaciones que podríamos denominar de «superposición vertical», es decir, situaciones en las que un mismo conjunto de circunstancias configura, simultáneamente, el supuesto de hecho de algún o algunos remedios frente al incumplimiento contractual y el supuesto de hecho de alguna acción de validez.

Así, por ejemplo, puede suceder que el comprador creyese equivocadamente que el bien que se le está entregando servía para la finalidad principal que explícitamente se le asignó en el contrato. En un caso como ese podría impugnarse la validez del contrato por error en los términos del artículo 28 y siguientes de los *Principios*. Sin embargo, a la vez, podría, al abrigo de los artículos 87 a 97 de los PLDC, solicitar la nulidad relativa del negocio.

En situaciones como la descrita, los *Principios*, siguiendo la solución fijada por el artículo 4:119 de los PECL⁴⁴ y alejándose de la solución dispuesta por el artículo 3.2.4 PCCI respecto del error⁴⁵, autorizan al acreedor a canalizar su pretensión ya sea a través de la disciplina del incumplimiento o de aquella propia de los vicios del consentimiento.

3.6. El contenido del contrato

Según dispone el artículo 77 de los PLDC el contrato debe cumplirse «en los términos que fue acordado». ¿Cuál es el alcance que debe asignarse a esta expresión?

Como debe resultar evidente, aquello que ha sido acordado no se limita a aquello que ha sido explícitamente acordado por las partes. Resulta fundamen-

⁴⁴ Su texto es el siguiente: «A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy».

⁴⁵ Su texto es el siguiente: «A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance».

tal, en esta materia, la regla del artículo 76 según la cual: «En todo caso el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe»⁴⁶.

Los PLDC reiteran una norma contenida en los códigos latinoamericanos, como el nuevo Código Civil y Comercial argentino que, en su artículo 961 (buena fe) declara que:

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor⁴⁷.

Por otra parte, resulta necesario prestar atención al artículo 70 (criterios para la determinación de la intención común de las partes), en particular, los previstos por las letras c) y e), conforme los cuales:

Para determinar la común intención de las partes se deben tener en cuenta, entre otros criterios: (...) c) Las conductas anteriores, concomitantes o posteriores de las mismas partes en otros contratos sobre el mismo objeto; e) Los usos del lugar de la celebración del contrato.

Los *Principios* siguen muy de cerca, en esta materia, a los PCCI, que en su artículo 4.3 (circunstancias relevantes)⁴⁸ dispone que: «Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2 (determinar la intención común de las partes), deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: (...) b) las prácticas que ellas (las partes) hayan establecido entre sí; (...) (f) los usos». Por su parte, el artículo 964 del Código Civil y Comercial argentino prevé que:

⁴⁶ No cabe duda que antes que una regla tan amplia como la que contiene el citado artículo 76, se hubiere agradecido la inclusión de una disposición como la del artículo 1546 del Código Civil chileno o del artículo 1610 del Código Civil colombiano. O una como la del artículo 956 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, a la que aludiremos arriba.

⁴⁷ El legislador argentino conserva la norma de su antiguo artículo 1198 del Código Civil, sin embargo, la desarrolla, introduciendo la regla integración del contenido contractual de los artículos 1546 del Código Civil chileno y 1610 del Código Civil colombiano, al explicitar que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a más cosas. El artículo 1194 del Código Civil francés, en cambio, sin reconocer el principio de ejecución conforme con la buena fe, dispone, de modo similar a los artículos citados, que: «Los contratos obligan no solamente a lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley den a la obligación de acuerdo con su naturaleza». Es el artículo 1104 del Código francés el que declara como principio general que: «Los contratos deben negociarse, formarse y cumplirse de buena fe».

⁴⁸ El artículo 5.102 (circunstancias relevantes) de los PECL, recogiendo las dos reglas comentadas, considera entre las circunstancias relevantes para la interpretación del contrato, la conducta de las partes (b); los usos (f); y la buena fe y la lealtad (g).

«El contenido del contrato se integra con: (...) c) los usos y prácticas del lugar de su celebración cuando sean aplicables porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable»⁴⁹.

3.7. El cumplimiento del contrato

Siguiendo el modelo de la CISG, los PCCI y de los PECL, entre otros, los *Principios* recogen el modelo de vinculación contractual, entendida como garantía de la realización del contrato y la ulterior satisfacción del interés del acreedor⁵⁰. El deudor, al celebrarlo se obliga a su realización; el cumplimiento no refiere a obligaciones aisladas, sino al contrato en cuanto todo, a la ejecución de lo pactado.

Así se infiere del Capítulo 7 que lleva como título el «cumplimiento del contrato» y que en su artículo 77 define cumplimiento, a diferencia de la CISG, los PCCI y los PECL, que no se pronuncian sobre el particular, como «la ejecución del contrato en los términos en que fue acordado»⁵¹.

En este punto, aquello que se subentiende en los instrumentos del nuevo derecho de los contratos, se explicita en los *Principios*; el deudor se obliga a ejecutar el contrato, lo acordado por las partes en su total dimensión. En efecto, aunque los instrumentos internacionales, normas legales y propuestas de modificación, refieran formalmente el incumplimiento a obligaciones y debe-

⁴⁹ El artículo 9 de la CISG, reconoce en las prácticas y los usos comerciales reglas de interpretación integradora, al prever que: «1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate». Una regla similar la establecen los artículos 1.9 de los PCCI y 1.105 de los PECL. Estas disposiciones servirán de instrumento útil para fijar el alcance del citado artículo 70, letras c) y e) de los PLDC.

⁵⁰ «(...) integrada no sólo por los deberes de conducta del deudor (de prestación e, incluso deberes de cuidado) sino también por lo que, más allá del correcto cumplimiento de esos deberes, el deudor garantiza al acreedor en orden a la satisfacción del interés de éste. La garantía puede referirse, por ejemplo, a la existencia de hechos presupuestos en el contrato a la consecución de determinados resultados previstos en él». MORALES MORENO, Antonio, «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en González, Isabel y García, Carmen (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (Navarra, 2014), p. 27.

⁵¹ En este punto los PLDC dan la espalda a los códigos latinoamericanos, incluso el más moderno, el Código Civil y Comercial argentino, que sigue empleando la expresión «pago» y que lo define, como el cumplimiento de la prestación objeto de la prestación (artículo 865).

res de conducta, como se aprecia de la lectura del artículo 45 de la CISG «) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención», no hay duda que en este régimen y en los otros, el vínculo contractual es aquél que corresponde a una garantía de realización del contrato, y no de obligaciones.

De esta manera, los *Principios* dan un paso adelante al superar las dificultades interpretativas que pueden ofrecer los instrumentos del nuevo derecho de los contratos, incluida la CISG, al momento de discernir acerca del modelo de vinculación que ellos recogen. En los *Principios* no hay duda que el deudor se obliga a cumplir el contrato y que el incumplimiento es del contrato y no de obligaciones o deberes fragmentados.

3.8. El límite al efecto vinculante del contrato: cambio de circunstancias y frustración de la causa del contrato

El Capítulo 7 reconoce un límite a la necesidad de cumplimiento del contrato, al prever el deber de renegociarlo por cambio de las circunstancias (artículo 84) y su resolución, por esta razón y también por frustración definitiva de la causa del mismo (artículo 85).

El artículo 84 (Cambio de circunstancias) prescribe que:

- (1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato.
- (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada.
- (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habrían asumido las partes.

Los *Principios*, entonces, al igual que los PCCI y los PECL, consagran la excesiva onerosidad o teoría de la imprevisión en su significado más amplio, comprendiendo aquellos casos que, por un cambio de circunstancias imprevi-

sible, el cumplimiento se hace excesivamente más oneroso, o su utilidad disminuye significativamente.

En cuanto a los efectos del «cambio de circunstancias», los PLDC adoptan la misma solución de los artículos 6.2.3. (4), letra b) de los PCCI, 6.111, (3), letra b) de los PECL⁵², 1196, inc. 3 del Código Civil francés y 1191 del Código civil y Comercial argentino, al imponer a las partes el deber de renegociar el contrato y si ello no se logra, dentro de un plazo razonable o prudencial, se prevé como remedio, o la adaptación del contrato por el juez o su resolución⁵³.

De la comparación del artículo 84 de los PLDC y los instrumentos de derecho de contratos, destaca el primero dado que entrega criterios objetivos precisos al juez para el caso que la adaptación judicial sea procedente. Recordemos el precepto en la parte pertinente: «(...) debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes».

Por lo que toca a la frustración de la causa del contrato, el artículo 85 (De la frustración de la causa del contrato), expresa que: «Que la frustración definitiva de la causa por un cambio de las circunstancias existentes al tiempo de la perfección del contrato, imprevisible y que supera el riesgo asumido por la parte, ésta puede resolver el contrato».

En esta hipótesis, el cambio imprevisto de circunstancias hace desaparecer el motivo que determinó la celebración del contrato, justificándose así la procedencia de la resolución del contrato a requerimiento de la parte afectada. La causa constituye la base del negocio y ella desaparece debido a tal cambio imprevisto de circunstancias, justificándose, de este modo, la ineficacia del contrato.

⁵² La CISG no prevé solución para el cambio de circunstancias, excesiva onerosidad o *hardship* y pese a que durante la discusión en UNCITRAL se rechazó expresamente su inclusión, hoy la doctrina y jurisprudencia concluye que se trataría de una materia no resuelta expresamente, de una laguna, y que debe colmarse según lo dispone el artículo 7 (2), habiendo acuerdo en orden a que sería procedente el recurso al artículo 6.2.2. y 6.2.3 de los PCCI, entendiéndose que allí encontraría forma un principio general en que se basa la CISG, a saber, el del equilibrio contractual. Véase: MOMBORG URIBE, Rodrigo. «Compraventa internacional de mercaderías: el deber de renegociar en caso de excesiva onerosidad sobrevenida», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 18, 2012, pp. 95-119.

⁵³ Difiere de la solución del Código Civil de Brasil de 2002 que establece como remedio la resolución del contrato (artículo 478), a menos que la otra parte ofreciere modificar equitativamente las condiciones del contrato (artículo 479); y la del Código de comercio colombiano que ofrece como solución la adaptación judicial del contrato si ella es posible y si no lo es, su resolución (artículo 868). El inciso 3 del artículo 1195 del Código civil francés prescribe que «En caso de negativa o de fracaso de la renegociación, las partes podrán solicitar de común acuerdo al juez que proceda a la adecuación del contrato. En su defecto, una parte podrá solicitar al juez que ponga fin al contrato, en la fecha y los términos que éste estime oportunos». El artículo 1191 (imprevisión) del Código Civil y Comercial argentino, también, si las partes no adaptan el contrato de común acuerdo el contrato, el juez, a petición de parte, puede el juez o modificar el contrato o resolverlo total o parcialmente.

En este punto los *Principios*, alejándose de los PCCI y los PECL⁵⁴, siguen muy de cerca al Código Civil y Comercial argentino, cuyo artículo 1090 (frustración de la finalidad), dispone que:

La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

3.9. El incumplimiento del contrato: una noción amplia y objetiva

El capítulo 8 de los PDLC disciplina el incumplimiento del contrato. Este capítulo se divide en tres secciones, la primera refiere, en general, al incumplimiento, su definición y distintas causas; la segunda, a los medios de tutela del acreedor⁵⁵ y su ejercicio; y, la tercera, a los remedios en particular —sus condiciones de procedencia, ejercicio y efectos.

El artículo 86, norma con la que principia la Sección 1 (Del incumplimiento en general), define el incumplimiento del contrato, en los siguientes términos:

- (1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada.
- (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.
- (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para la ejecución.

El incumplimiento de contrato es el reverso de su cumplimiento. De esta manera, se incumple el contrato cuando el deudor no realiza lo acordado o lo

⁵⁴ Si bien esta regla de frustración del fin del contrato, es ajena a los PCCI, a los PECL y a los otros instrumentos de derecho de contrato, sí es conocida *Common Law*, bajo el nombre de la doctrina de la «*frustration of purpose*».

⁵⁵ Como se ha anticipado, el Grupo decide prescindir del término «remedios», principalmente, por dos razones. Una meramente ideológica de respeto a la tradición del derecho civil continental a la que tal vez es ajena, pese a que, tanto la doctrina, como la jurisprudencia de algunos de los países partícipes, es aceptada y empleada con habitualidad; y, la segunda, de fondo porque en el derecho anglo americano, donde se halla el origen del vocablo, su ámbito se extiende más allá de lo contractual, lo que en algún momento podría llevar a equívocos no deseados.

realiza imperfectamente, sea que se trate de un cumplimiento parcial, tardío, o que adolezca de alguna anomalía material o jurídica. Hay incumplimiento de contrato cuando el objeto real, lo ejecutado por el deudor, no coincide o no se conforma con el objeto ideal, lo pactado o acordado por las partes, entendido en el sentido explicado a propósito del contenido del contrato. Añadiéndose que la disposición transcrita, al conceptualizar los cumplimientos imperfectos, incorpora, aunque oblicuamente, el principio de la conformidad del cumplimiento y, además, recoge el principio según el cual el hecho del deudor comprende el de sus auxiliares o las personas que emplee para la realización del contrato, desde que integran su esfera de control

En los *Principios*, al igual que en los instrumentos de derecho uniforme, el Código Civil francés y las propuestas de reforma al Código Civil español, el incumplimiento constituye un hecho amplio y objetivo.

Por lo que toca a la amplitud, la noción de incumplimiento del contrato se identifica con la no realización de lo pactado, éste incorpora cualquiera hipótesis de desviación respecto de lo pactado, absorbiendo categorías que en la tradición decimonónica se someten a disciplinas especiales, excluyéndose del régimen general del incumplimiento, como la imposibilidad, los vicios ocultos y la evicción. La amplitud del incumplimiento, entonces, simplifica el régimen del incumplimiento y sus efectos, al aglutinar todas aquellas hipótesis que constituyen manifestación de no realización de lo acordado.

Otra manifestación del carácter amplio del incumplimiento la encontramos en la regla que los *Principios* establecen para el caso de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento, que si bien no califican de incumplimiento, los efectos que ella produce son aquéllos que le son propios. El artículo 90 (Imposibilidad total o parcial de cumplimiento), expresa que:

- (1) La imposibilidad sobrevenida total y definitiva para cumplir una obligación contractual, causada por caso fortuito, extingue la obligación y libera al deudor. En tal caso, el acreedor puede optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, en razón de la imposibilidad, el deudor detenta contra un tercero.
- (2) Si la imposibilidad es parcial o temporal, el acreedor puede suspender la contraprestación o reducirla en una proporción equivalente, salvo si, como consecuencia de la imposibilidad, se ve privado de aquello que podía sustancialmente esperar al tiempo de celebrarse el contrato. En este último supuesto rige la opción prevista en el punto (1).

De esta manera, y a diferencia los instrumentos de derecho uniforme y armonizado del derecho de contratos, los *Principios* tratan explícitamente —y no indirectamente como causal de exoneración— la cuestión de la imposibilidad sobreviniente.

Por otra parte, el tratamiento que prodiga a la cuestión el artículo 90 indica que, a diferencia de lo que sucede, con cierta frecuencia, el efecto de la imposibilidad no imputable al deudor es la resolución automática del contrato⁵⁶. Lo que, más bien sucede, es que se trata de un incumplimiento y será el acreedor quien debe decidir si resolver o no el contrato⁵⁷. Los *Principios*, entonces, tratan la imposibilidad no imputable, sea total o parcial, como un supuesto de incumplimiento o cumplimiento imperfecto, reconociéndole al acreedor, cuando la imposibilidad es total, la elección entre la resolución del contrato y el derecho a exigir al deudor la cesión de los derechos y acciones de que sea titular en contra de terceros; y para imposibilidad parcial, entre la reducción del precio, la resolución si el incumplimiento es esencial, o la cesión de derechos y acciones en contra de terceros⁵⁸.

Una tercera manifestación de la amplitud de la noción de incumplimiento se encuentra en el artículo 88 (Acción u omisión del acreedor) según el cual: «El acreedor no puede invocar el incumplimiento causado por su propia acción u omisión». El origen de esta regla puede rastrearse en los artículos 80 de la CISG, 7.1.2 de los PCCI, 1188. I de la Propuesta española, 8:101 (3) de los PECL, entre otros. La norma del artículo 88 se refiere a aquellos casos en los que el incumplimiento es absolutamente imputable al acreedor, sea que se trate de la inobservancia de un deber contractualmente pactado o que éste fluya

⁵⁶ El BGB, en su parágrafo 275 (1), prevé como solución la resolución automática del contrato por la imposibilidad de la prestación y se funda en que, en estos casos, el acreedor no tiene más alternativa a la vista de la imposibilidad del cumplimiento, sin que pueda aferrarse al mantenimiento del contrato. En todo caso, se incorporan ciertas excepciones y una de ellas refiere al caso del acreedor reclama lo que el deudor obtiene en sustitución de la prestación debida, en cuyo caso el deudor mantiene su derecho a su contraprestación, evitando la resolución de pleno de derecho. Véase: ZIMMERMAN, Reinhard., *El nuevo derecho alemán de Obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, (Trad.) Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona, S. A. Bosch 1.ª ed., 2008, pp. 75-76. También, el caso del Código Civil peruano que, en su artículo 1431, dispone expresamente, como efecto de la realización del riesgo la «resolución de pleno derecho del contrato»; el del Código Civil de Paraguay que, en su artículo 447, establece la misma regla para el caso de las obligaciones de hacer y no hacer, no así para las de dar porque su artículo 1968 recoge la regla del *res perit domino* dada la eficacia real del contrato de compraventa.

⁵⁷ En contra de la resolución automática, defendiendo aplicar la regla del incumplimiento, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, n.º 3, pp. 1731 y 1732; y Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thompson-Civitas, 6.ª ed., 2008, p. 695.

⁵⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro, «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)», en Vaquer, Aloy, Bosch, Antoni, Capdevila, Esteve y Sánchez, María Páz (eds.), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de los contratos*, Barcelona, Atelier, 1.ª ed. 2015, pp. 745-767.

de la propia naturaleza de la obligación, por aplicación del principio de la buena fe en función de interpretación integradora. Es una regla de sentido común y que es una evidente concreción de la doctrina de los actos propios, porque precisamente se está reprimiendo la contradicción de una conducta anterior propia, la del acreedor que, habiendo provocado exclusivamente el incumplimiento, ahora pretende demandar al deudor por tal incumplimiento, ejercitando un remedio o medio de tutela.

Por lo que se refiere ahora al carácter objetivo del incumplimiento, en los PLDC resulta irrelevante para definir si hay o no incumplimiento, si éste tuvo su causa en la propia conducta del deudor, del acreedor o de sus auxiliares, de un tercero o en un impedimento ajeno a la esfera de control del deudor —caso fortuito o de fuerza mayor. Cualquiera sea el caso, lo cierto es que hay incumplimiento del contrato, quedando pendiente dilucidar cuáles son los efectos que producirá, los medios de tutela que dispondrá el acreedor para ese caso concreto. Es, precisamente, en el plano de los efectos del incumplimiento en que sí incide la causa del incumplimiento, llegando a determinar la procedencia de alguno de los remedios del acreedor. Así, si la causa fue la acción u omisión del acreedor o alguno de sus auxiliares, estará privado de invocar el incumplimiento y, por ende, del ejercicio de cualquiera de los medios de tutela que le reconoce el artículo 91; en cambio, si lo fue un caso fortuito o de fuerza mayor, el acreedor podrá invocar el incumplimiento, sin embargo, se le priva del derecho a una indemnización de daños.

Así se explica, por ejemplo que el artículo 104 (indemnización de perjuicios) de los *Principios*, establezca que: «Cuando el incumplimiento cause perjuicios, el deudor debe indemnizar. Si el incumplimiento se produjo por caso fortuito, no hay lugar a indemnización». Quiere decir, entonces, que el caso fortuito o de fuerza mayor excluye el deber de indemnizar, infiriéndose que, para la procedencia de otros remedios como la resolución, resulta inocuo cuál fue la causa del incumplimiento o si éste es, o no, imputable al deudor. Y el artículo 89, sin hacer distinción, define la fuerza mayor o caso fortuito, expresando que: «Fuerza mayor o caso fortuito es un hecho ajeno al control del deudor, cuyo riesgo no asumió, y que le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento o efectos no ha podido resistir».

En este punto, conviene advertirlo, los *Principios* se alejan del nuevo derecho de los contratos, desde que éste, en lo que refiere a la exoneración o excusa del cumplimiento, adopta como modelo, con algunas modificaciones⁵⁹,

⁵⁹ Así, entre otras, el artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) de los PCCI, que prevé como causa de exoneración el «impedimento ajeno al control del deudor»

la regla del impedimento ajeno a la esfera de control del artículo 79 de la CISG⁶⁰. Los *Principios*, en cambio, reciben a este respecto la influencia del nuevo Código Civil y Comercial argentino. En su artículo 1730 (caso fortuito o fuerza mayor), dispone lo siguiente:

Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos «caso fortuito» y «fuerza mayor» como sinónimos.

Como sea que fuere, tanto en los *Principios* y en los instrumentos de derecho uniforme la solución es la misma, la excusa, como se la conciba, sólo priva al acreedor del derecho a la indemnización de daños, no así de los otros medios de tutela.

3.10. La noción de incumplimiento esencial y el hecho de los auxiliares

Durante la elaboración y discusión de los *Principios*, un punto que se discutió fue cuál era el lugar propicio para el tratamiento del incumplimiento esencial, o la sección del incumplimiento de contrato en general o aquella que disciplina la resolución del contrato y, finalmente, se optó por lo primero dado que el incumplimiento esencial no sólo constituye una condición de la resolución (artículo 97 (1)), sino también de la sustitución de la prestación no conforme al contrato (artículo 95 (2)), por lo que debía regularse con el carácter de general. Los *Principios* siguen el modelo del nuevo derecho de contratos. Así, en la CISG, el artículo 25, situado en el Capítulo I (Disposiciones generales) define el incumplimiento esencial del contrato y el artículo 46 (2) lo prevé como condición de la pretensión de sustitución de las mercaderías no conformes; y el artículo 49 (1), letra a) de la resolución, si ha mediado la entrega.

En fin, el artículo 87 (carácter esencial del incumplimiento), prevé que:

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: (a) Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento. (b) Es doloso. (c) La conducta del deudor incumplidor hace

⁶⁰ Sobre el artículo 79 de la CISG y sus funciones, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La Protección del Comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, (Valparaíso, 2006), pp. 36-47. Una relectura del caso fortuito del Código Civil chileno a partir del modelo de la CISG, véase: BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, «El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual», en *Incumplimiento contractual, Nuevas perspectivas, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección de Derecho Privado, VII, 2011, pp. 27-46.

perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato. (d) Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes al tiempo de celebrarse el contrato. (e) El deudor no cumple dentro del plazo de subsanación del artículo 93.

Los *Principios* recogen, en esta materia, el concepto de incumplimiento esencial del contrato del artículo 25 de la CISG, complementado o desarrollado, por los PCCI⁶¹, los PECL⁶², el DCFR⁶³ y el CESL⁶⁴.

El artículo 25 de la CISG define el incumplimiento esencial, expresando que:

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Junto a esta hipótesis, existe otra, no declarada, pero que igualmente hace procedente la resolución, se trata del plazo adicional o suplementario conferido por el acreedor (artículo 48) y en la subsanación propuesta por el vendedor (artículo 47). En efecto, en el artículo 49 (2), letra b) de la CISG, se lee:

- 2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace: b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable: (...) ii) después del vencimiento del plazo suplementario dado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario (plazo adicional otorgado por el comprador); o iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento» (subsanación ofrecida por el vendedor).

De cualquier modo, el artículo 7.3.1. (derecho a resolver el contrato), es la norma que recoge la tipología completa de incumplimientos esenciales,

⁶¹ Artículo 7.3.1 (derecho a resolver el contrato), (2).

⁶² Article 8:103 (fundamental breach),

⁶³ III.- 3: 502 «Termination for fundamental non-performance».

⁶⁴ Article 87 «Non performance and fundamental non performance».

y que ha sido considerada principio general subyacente de la CISG, integrador de su artículo 25 que para todos es incompleta. El precepto reza como sigue:

- (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.
- (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.
- (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5⁶⁵.

De lo expuesto podemos extraer dos conclusiones. Primero, que los *Principios* adoptan una solución que se hace cargo del carácter incompleto del artículo 25 de la CISG, al complementarla con la restante tipología que sí recogen los otros instrumentos, como los PCCI y los PECL, entre otros. Y, seguidamente, de la lectura del precepto resulta que la tipificación de esta clase de incumplimiento se sirve de tres criterios: i) lo querido por las partes (artículo 87, letra a); ii) el impacto que la infracción del contrato provoca en el interés del acreedor (artículo 87, letra d); y iii) la pérdida de confianza (artículo 87, letras b, c y e)⁶⁶.

⁶⁵ Artículo 7.1.5 (período suplementario para el cumplimiento) que es el equivalente al artículo 47 de la CISG.

⁶⁶ En Colombia, el artículo 973 del Código de Comercio, prevé para el contrato de suministro dos hipótesis de incumplimiento esencial, cuando éste causa un perjuicio grave al acreedor y, también, cuando tenga cierta importancia capaz, por sí sola, de mermar la confianza del acreedor en la exactitud del deudor para hacer los suministros sucesivos. En Chile, proponiendo una tipología de incumplimientos esenciales, a partir de la letra del Código Civil, la jurisprudencia y el modelo del nuevo derecho de contratos, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, «La noción de incumplimiento esencial en el 'Código Civil'», en *Revista de Derecho PUCV*, XXXII, 1.º semestre, 2009, pp. 221-258.

Por lo que concierne al hecho del auxiliar, convendrá recordar que según el artículo 77 (3), «El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación».

Los *Principios* generalizan una regla que se encuentra diseminada en los códigos civiles latinoamericanos, según la cual incumplimiento del deudor comprende la acción u omisión de las personas que emplee en la ejecución, total o parcial, de la prestación de sus obligaciones; o, en otros términos, que el deudor responde por el hecho de sus auxiliares.

El artículo 1189 de la Propuesta española de modificación al Código Civil⁶⁷ —equivalente al artículo 77 (3)— dispone que: «Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado el mismo».

3.11. Pluralidad de medios de tutela y opción del acreedor

El artículo 91 de los *Principios* recoge una regla, común en los instrumentos de derecho uniforme y armonizado del derecho de contratos y que plasma la segunda idea sobre la cual se construye la disciplina del incumplimiento del contrato y sus efectos, a saber, la de un sistema unitario articulado a partir del incumplimiento que confiere al acreedor la elección entre un elenco de medios de tutela, cada uno con sus propias condiciones de procedencia que configura su específico supuesto de hecho. El elemento articulador es el incumplimiento, empero para el ejercicio de uno u otro remedio hace falta constatar la concurrencia de tales condiciones, a modo ejemplar, para resolver el contrato el incumplimiento debe ser esencial (artículo 97 (1)) o haber transcurrido plazo adicional de subsanación, sin mediar el cumplimiento del deudor (artículo 93).

Así lo dispone el artículo 91 de la Sección 2 (Medios de tutela del acreedor) cuyo tenor es el siguiente:

- (1) En caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela:
 - (a) Cumplimiento específico;
 - (b) Reducción del precio;
 - (c) Resolución del contrato;

⁶⁷ Regla que también contiene el artículo 8:107 de los PECL «(Performance entrusted to another). A party which entrusts performance of the contract to another person remains responsible for performance». También, pero limitadamente a la indemnización de daños y para efectos de su exclusión, véase el artículo 79 (2) CISG. Un comentario sobre el precepto en: VIDAL OLIVARES, Álvaro, «La responsabilidad del deudor por incumplimiento de su tercero encargado en la compraventa internacional de mercaderías», en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado* (Santiago, 2006), Vol. III.

- (d) Suspensión del cumplimiento e
 - (e) Indemnización de perjuicios.
- (2) La indemnización de perjuicios puede ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela.

Aunque el hecho de identificar todos los remedios en un solo precepto resulta bastante obvio⁶⁸, el número (2) del artículo 91 lo es menos. ¿Por qué incluir esta regla? y, seguidamente, ¿que debe entenderse por ejercicio autónomo de la indemnización?

En lo que concierne a la primera pregunta, las razones que explican la inclusión de esta regla son locales y, particularmente, obedecen a la realidad local chilena que, por casi un siglo negó el carácter autónomo de la indemnización, razón por la cual, considerando la opinión doctrinal predominante y los fallos de la Corte Suprema de Chile⁶⁹, se prefirió despejar toda duda sobre el particular, declarando el carácter autónomo de la indemnización, cuestión que no admite discusión en los otros ordenamientos latinoamericanos.

Respecto al carácter autónomo de la indemnización, primero que todo, éste significa que su ejercicio no está subordinado al de otro medio de tutela del acreedor, siendo procedente que el acreedor la reclame directamente; y, en segundo lugar, que el acreedor puede pedir la indemnización plena y ella comprende aquélla que va en lugar de la prestación —la del valor o menor valor del objeto de la prestación por el defecto o falta de conformidad; y la que va al lado de la prestación —la de los daños extrínsecos como el lucro cesante y el daño moral. Así en una hipótesis de cumplimiento imperfecto, si se aplica el comentado artículo 91 (2), el acreedor podría, o pedir la reducción del precio o la reparación más indemnización (la que va al lado de la prestación); o la indemnización plena que comprende, además, aquélla que va en lugar de la prestación, quiere decir, la del menor valor por el defecto, más el lucro cesante (la que va al lado de la prestación).

⁶⁸ Ver, por ejemplo el artículo 1205 del CC francés, su tenor es el siguiente:

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut:

«-refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation;

«-poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation

«-solliciter une réduction du prix;

«-provoquer la résolution du contrat;

«-demander réparation des conséquences de l'inexécution.

« Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

⁶⁹ LÓPEZ DÍAZ, Patricia, «La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma?», en *RChDP*, n. 23, 2014, pp. 139-207. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200004&lng=es&nrm=iso

La pregunta que conviene formularse ahora es la siguiente ¿puede el acreedor elegir libre y directamente por cualquiera de los medios de tutela que enumera su artículo 91?

A estos efectos, fuera de considerar las condiciones de procedencia del remedio concreto, debe prestarse atención a dos reglas contenidas en la misma Sección 2 del Capítulo 8 de los *Principios*, las contenidas en sus artículos 92 y 93, conforme las cuales se define la fisonomía del régimen de protección del acreedor que en ellos se recoge. Tales disposiciones incorporan restricciones al ejercicio y elección de los medios de tutela del acreedor y que son manifestación de lo que en doctrina se conoce como la «razonable gestión de los efectos del incumplimiento»⁷⁰ que impone cargas al acreedor en miras a la protección del interés del deudor incumplidor. Concretamente, sobre el acreedor pesan dos cargas. De una parte, siguiendo el modelo de la CISG, el artículo 92 (Comunicación en los cumplimientos imperfectos) de los *Principios*, establece una regla muy similar a la contenida en los artículos 39⁷¹ y 44⁷² de la primera⁷³, que prescribe que:

- (1) En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor debe comunicar la disconformidad en un plazo razonable contado desde el momento en que tuvo o debió tener conocimiento.
- (2) A falta de comunicación, el acreedor no puede exigir el cumplimiento, ni resolver el contrato.

⁷⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro. (2005), «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en *Revista de derecho* (Valdivia), 18(2), 55-81. Disponible: <https://dx.doi.org/10.4067/S071809502005000200003>.

⁷¹ Su texto es el siguiente:

«1) El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

2) En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un periodo de garantía contractual.»

⁷² Su texto es el siguiente: «No obstante lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 39 y en el párrafo 1) del artículo 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.»

⁷³ La misma regla, aunque con algunos matices en el DCFR, que en su artículo III. — 3:107 expresa:

(1) If, in the case of an obligation to supply goods, other assets or services, the debtor supplies goods, other assets or services which are not in conformity with the terms regulating the obligation, the creditor may not rely on the lack of conformity unless the creditor gives notice to the debtor within a reasonable time specifying the nature of the lack of conformity. (2) The reasonable time runs from the time when the goods or other assets are supplied or the service is completed or from the time, if it is later, when the creditor discovered or could reasonably be expected to have discovered the non-conformity. (3) The debtor is not entitled to rely on paragraph (1) if the failure relates to facts which the debtor knew or could reasonably be expected to have known and which the debtor did not disclose to the creditor. (4) This Article does not apply where the creditor is a consumer.

Al comparar la regla de los *Principios* con las disposiciones de la CISG, se advierte una diferencia relevante respecto de las consecuencias de la omisión de la comunicación requerida. La CISG priva al acreedor (comprador) del derecho a invocar el incumplimiento y, por ende, del ejercicio de cualquiera de los remedios de su artículo 45, salvo la excepción del artículo 44 -cuando el comprador pueda aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación-, conforme la cual, si bien el acreedor tiene derecho a invocar la falta de conformidad, limita los remedios que puede ejercitar, pudiendo optar, o por la indemnización, excluido el lucro cesante o la reducción del precio. En cambio, en los *Principios*, si el acreedor no hace la comunicación al deudor, conserva su derecho a invocar el incumplimiento, empero se le priva del derecho al cumplimiento y la resolución del contrato, de lo que se sigue, aunque no lo exprese la norma, que sólo podrá pedir la indemnización plena de perjuicios, sin otra limitación que las de los artículos 107, 108 y 109 o la reducción del precio del artículo 96, más una indemnización.

La segunda carga que se le impone al acreedor se encuentra en el artículo 93. Alejándose del modelo de la CISG⁷⁴, los PICC⁷⁵, los PECL⁷⁶ y el DCFR⁷⁷, este precepto impone al acreedor la carga de otorgar al deudor incumplidor un plazo adicional para la subsanación de su incumplimiento, privilegiándose, de este modo, la conservación del negocio. Y sólo si el deudor no subsana, el acreedor es titular de su derecho de opción que le reconoce el comentado artículo 91. El alejamiento de los instrumentos mencionados se produce porque éstos, por un lado, reconocen al acreedor la facultad de conceder al deudor un plazo adicional para que cumpla⁷⁸ o subsane su incumplimiento; y, por otro, al deudor un derecho a subsanar su incumplimiento, proponiéndoselo al acreedor⁷⁹. Por un lado, no se impone la carga de otorgar un plazo adicional al deudor, sino que es facultad del acreedor; y, por tanto, se reconoce al deudor el derecho de subsanar.

⁷⁴ Véase artículos 47 (fijación plazo adicional) y 48 (subsanación del deudor) CISG

⁷⁵ Véase artículo 7.1.5 (fijación plazo adicional) y artículo 7.1.4 (Subsanación del cumplimiento)

⁷⁶ Véase artículos 8:106 (Notificación de la fijación de un plazo adicional de cumplimiento) y 8:104 (Medidas para la parte no cumplidora)

⁷⁷ Véase artículo III-3:103 (1) (Notice fixing additional period for performance) y el artículo III-3:202 (Cure by debtor: general rules)

⁷⁸ Sobre el plazo adicional fijado por el acreedor en el derecho informe y armonizado: FENOY PICÓN, Nieves, «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña», en *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. III, pp. 811-825.

⁷⁹ Una visión del derecho del deudor a ofrecer la subsanación del incumplimiento en CONTARDO GONZÁLEZ, Juan, «El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (right to cure: Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos», en *Ius et Praxis* 2017, vol. 23, n. 1 [citado 2017-10-29], pp. 153-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100006&lng=es&nrm=iso

En este régimen, mientras se ha otorgado el plazo adicional, o hecha la propuesta, y se encuentre pendiente el plazo para subsanar, el acreedor no puede ejercitar ningún remedio que sea incompatible con el cumplimiento del contrato, conservando, eso sí, su derecho a la indemnización de los daños, aquélla que va al lado de la prestación, según lo hemos explicado. Además, en el caso del plazo adicional fijado por el acreedor, si el deudor no cumple dentro del mismo o declara que no cumplirá antes de su expiración, el acreedor está facultado a resolver el contrato, evitándose la discusión acerca del carácter esencial del incumplimiento⁸⁰. Este efecto coincide con el del *nachfrist* del § 323 BGB⁸¹.

Finalmente, si el deudor hace una propuesta de subsanación en términos razonables el acreedor debe aceptarla, a menos que pueda invocar un interés legítimo para rechazarla. Si la rechaza sin justificación se siguen consecuencias negativas a su interés, sea porque su indemnización queda sujeta a reducción por infracción a la carga de mitigar el daño o se le prive de un derecho, como es el caso de la reducción del precio según el artículo 50 (2) de la CISG. Si el deudor ofrece la subsanación y concurre el supuesto del derecho a hacerlo, sobre el acreedor pesa una carga de aceptar la propuesta orientada a este fin.

En cambio, en los *Principios* el acreedor, salvo incumplimiento esencial, debe otorgar este plazo para que el acreedor subsane. El citado artículo 93 (Plazo de subsanación), dispone que:

- (1) Salvo incumplimiento esencial, el acreedor debe otorgar un plazo adicional de duración razonable al deudor para que subsane su incumplimiento.
- (2) Mientras se encuentre pendiente el plazo, el acreedor no puede ejercer ningún medio de tutela que sea incompatible con la subsanación, pero subsiste su derecho a la indemnización.

⁸⁰ Artículo 49 (1), letra b) CISG. El precepto conecta la resolución con el plazo adicional del artículo 47 CISG. Según López, la primera norma se aplica al incumplimiento consistente en falta de entrega de las mercaderías y considera que se aplica al inicial retraso que no constituía incumplimiento esencial. LÓPEZ, Ángel «Artículo 47, La compraventa internacional de mercaderías», *Comentario de la Convención de Viena*, Díez Picazo, Luis (Dir. y coord.), Madrid, 1998, p. 426. En el mismo sentido: HONNOLD, John, «Uniform Law Sales for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention», Boston, 1999, p. 369. En los PCCI, véase los artículos 7.1.5 y 7.3.1. y en los comentarios al primer precepto se expresa que «si el retardo en el cumplimiento no era esencial, la resolución será posible al final del período de gracia, siempre éste hubiera sido razonablemente amplio». *Comentario al artículo 7.1.5., Principios UNIDROIT*, 2010, p. 272. En los PECL, el plazo suplementario y su conexión con la resolución se extrae de los artículos 8:106 (1) y (2) — que confiere la facultad de fijar el plazo adicional — y el artículo 8:106 vincula este plazo con la resolución, si el deudor no cumple dentro del mismo. La misma regla en el DCFR, en el artículo III — 3:103 (1) y (2).

⁸¹ Cfr. HONNOLD, John (cit. supra), p. 371.

- (3) Si el deudor no subsana dentro del plazo o declara que no lo hará, el acreedor puede servirse de cualquiera medio de tutela.

Esta disposición recoge una solución similar, aunque menos compleja, que la del «*nachfrist*» característico de la disciplina de incumplimiento en el BGB, ya no limitado a la resolución, sino a todos los medios de tutela del deudor⁸².

Finalmente, entendemos que citado artículo 93 incurre en una omisión, dado que, si estamos a su tenor literal, si el deudor no subsana su incumplimiento, el acreedor podría ejercitar cualquiera de los medios del artículo 91, sin necesidad de atender a la entidad del incumplimiento, punto de especial interés en el caso de la resolución. Otros instrumentos, en cambio, como la Directiva 44/99/CE, los PICC y el CESL, excluyen la procedencia de la resolución si el incumplimiento es ínfimo o de escasa importancia. El párrafo (6) del artículo 3 de la citada directiva que prescribe: «(6) El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia»⁸³.

Entonces, surge una interrogante, pese al silencio de la norma ¿resulta posible limitar la procedencia de la resolución cuando el incumplimiento es ínfimo o insignificante? La respuesta parece afirmativa. Si se aplica la cláusula general del artículo 7 (buena fe) de los *Principios* que impone a las partes el deber de comportarse conforme a las exigencias de la buena fe, incluyendo el ejercicio de los medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento y el ejercicio de la facultad de resolver en esas circunstancias no lo es.

A modo de conclusión, no resulta posible leer la norma del artículo 91 (medios de tutela del acreedor) sin conectarla con la del transcrito artículo 93; sólo, de este modo, es posible alcanzar una correcta comprensión del sistema de remedios que en ellos se plasma, uno articulado a partir de una noción amplia de incumplimiento —como hemos explicado— que ofrece al acreedor una pluralidad de medidas, cuyo ejercicio —cualquiera sea el que elija— está condicionado a que el deudor no subsane su incumplimiento dentro del plazo adicional del citado artículo 93. Si el incumplimiento no es esencial, los *Principios* privilegian la ejecución de lo pactado, la realización del contrato, introduciendo un claro límite al ejercicio de la elección del acreedor, que no recoge la letra del referido artículo 91. Entonces ¿cómo debiera leerse su inciso 1.º en conexión con el artículo 93 (3)? Que en caso de incum-

⁸² Sobre *Nachfrist* consultar Cfr. FENOY PICÓN (cit. n. 78).

⁸³ Recogiendo el mismo criterio, el párrafo (4) del artículo 7.1.5. de los PCCI, establece que: El párrafo (3) —que reconoce la facultad de resolver el contrato— no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

plimiento no esencial, si el deudor no lo subsana según el artículo 93, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los medios de tutela que enumera la disposición. Debiendo añadirse que, el ejercicio de tales medios siempre deberá ajustarse a las exigencias de la buena fe (artículo 7 de los *Principios*).

3.12. La pretensión de cumplimiento específico⁸⁴

Los *Principios* reconocen al acreedor el derecho a hacer cumplir lo pactado cuando el deudor no cumple o lo hace imperfectamente. Este derecho procede en la medida en que la ejecución sea material y jurídicamente posible. De no serlo, al acreedor se le confiere el derecho a exigir al deudor la cesión de los derechos y acciones que detente en contra de terceros —el *commodum representationis*—⁸⁵, sin perjuicio de la resolución del contrato o la reducción del precio según el artículo 90.

El artículo 94 (cumplimiento específico), siguiendo muy de cerca los artículos 7.2.1 (cumplimiento de obligaciones dinerarias)⁸⁶ y 7.2.2 (cumplimiento de obligaciones no dinerarias)⁸⁷ de los PCCI⁸⁸, reconoce al acreedor este derecho, distinguiendo si la obligación es, o no, dineraria, fija sus condiciones y límites de procedencia. La norma expresa que:

- (1) El cumplimiento específico procede siempre en las obligaciones dinerarias.
- (2) Si se trata de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes:
 - (a) No procede cuando el cumplimiento sea imposible. Sin embargo, el acreedor puede exigir al deudor la cesión de las acciones y derechos que tuviere contra terceros.

⁸⁴ Sobre la pretensión de cumplimiento específico en los *Principios*, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, «El incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los principios latinoamericanos de Derecho de contratos (PLDC)», *El derecho común europeo de la modernización del derecho de contratos*, Atelier libros jurídicos, 2015, pp. 745-767.

⁸⁵ La misma solución la recoge el artículo 1196 de la Propuesta de modernización del Código Civil español que dispone:

Si resultare imposible la obligación de dar cosa determinada, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta. Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido.

⁸⁶ Cfr. artículo 9. 101 PECL.

⁸⁷ Cfr. artículo 9. 102 PECL.

⁸⁸ Al igual que el artículo 94, la Propuesta de Modernización del Código civil español, en una sola disposición (artículo 1192), establece condiciones y límites de la «acción de cumplimiento»

- (b) Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela.
- (c) No procede cuando su ejecución signifique una afectación a la dignidad de la persona.

Y el artículo 95 (reparación y sustitución en los cumplimientos imperfectos), en términos casi idénticos al artículo 7.2.3 de los mismos PICC⁸⁹, aunque con cierta influencia de la CISG (artículo 46 (2)⁹⁰), dispone que:

- (1) Tratándose de cumplimientos imperfectos, el cumplimiento específico comprende, con las mismas limitaciones del artículo anterior, la reparación o la corrección de la falta de conformidad o la sustitución.
- (2) La sustitución requiere siempre el incumplimiento esencial.

¿Qué aspectos destacan del régimen de la pretensión de cumplimiento específico?

En primer lugar, los *Principios* reconocen explícitamente al acreedor el derecho a la corrección del cumplimiento imperfecto —no conforme al contrato—, que puede consistir en su reparación o sustitución. Tales pretensiones son una natural consecuencia de la idea de vinculación contractual «garantía» de realización del contrato que recogen los *Principios* y que, en este caso, se manifiesta en que el deudor, al obligarse, compromete toda aquella actividad que sea razonable esperar de él, orientada a que el acreedor afectado por la infracción contractual, alcance la satisfacción de su interés, ampliando el alcance y costos de la prestación inicial convenida⁹¹.

⁸⁹ La misma disposición recogida por el artículo 1193 de la Propuesta de modernización al Código Civil español.

⁹⁰ Disposición que, junto con reconocer al comprador el derecho al cumplimiento, establece como condición de procedencia de la pretensión de sustitución de las mercaderías no conformes, que el incumplimiento sea esencial según el artículo 25 de la CISG. Müller-Chen, justificando esta exigencia, expresa que: «This reason for this requirement is that the delivery of substitute goods can be equally expensive as an avoidance of the contract: if the seller has to deliver substitute goods, he bears the whole costs as well as the risk of on transport». MÜLLER-CHEN, Markus «Art. 46, Schlechtriem & Schwenzer (Schwenzer, Ingeborg, ed.) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (4th ed.) p. 744.

⁹¹ Así se recoge en: Morales Moreno, Antonio, «Claves de la modernización del derecho de contratos, en DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, MORALES MORENO, ANTONIO y VIDAL OLIVARES, Álvaro, en Estu-

En segundo lugar, y estrechamente vinculado con lo anterior, los *Principios* fijan un límite al cumplimiento específico⁹², en términos que «éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela.» (artículo 94, (2), letra b)). Quiere decir que la pretensión no procede, si la realización de lo pactado impone al deudor costos excesivos y el acreedor dispone de otro remedio menos oneroso, pero igualmente idóneo para satisfacer su interés. El precepto recoge la regla de la desproporción relativa⁹³, que no sólo presta atención al mayor coste de la realización de lo pactado, sino también a la efectiva posibilidad de satisfacción del acreedor⁹⁴. De modo que, si no dispone de otro medio de tutela, el deudor queda obligado a cumplir cualquiera sea el costo que implique el cumplimiento. Los *Principios* resuelven un conflicto entre la fuerza obligatoria del contrato y la buena fe, atendiendo al interés del acreedor que no puede quedar insatisfecho, menos a pretexto de un mayor coste del cumplimiento. Al mismo tiempo, se delimita sinuosa frontera entre este límite económico del cumplimiento y la imprevisión o cambio de circunstancias.

3.13. La reducción del precio

A diferencia de lo que suele suceder en los códigos latinoamericanos, los *Principios*, generalizan la reducción de precio como medio de tutela del acreedor ante la falta de conformidad o el cumplimiento imperfecto.

dios de Derecho de Contratos, Formación, cumplimiento e incumplimiento (Santiago, 2014), p. 79. El autor afirma:

«Esta nueva concepción (garantía de la satisfacción del interés del acreedor) tiene importantes consecuencias: (...) La pretensión de cumplimiento ensancha su contenido. No se limita a la imposición coactiva de la obligación (...). Puede traspasar el contenido estricto del deber de prestación. Por ejemplo, estando el vendedor obligado a entregar una cosa conforme al contrato, si no cumple esa obligación, el acreedor puede exigirle (bajo ciertos presupuestos) la reparación o sustitución de la cosa entregada.»

⁹² Sobre el límite económico a la pretensión de cumplimiento específico en el derecho uniforme y armonizado de contratos, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, «La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio», *Estudios de Derecho Civil IX*, Legalpublishing Thomson Reuters, 2015, pp. 555-578.

⁹³ Para una explicación acerca de la diferencia de la regla de la desproporción absoluta y la relativa: ZOLL, Fryderyk, «Art. 111», en Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, (Germany, 2012), pág. 507.

⁹⁴ A diferencia, por ejemplo, del artículo 1192 (2.º) de la Propuesta de Modernización del código civil español que dispone: «El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, resulten excesivamente onerosos para el deudor».

El artículo 96 (Reducción del precio), adoptando una solución, casi idéntica, a la del artículo 50 de la CISG⁹⁵, aunque con influencia del artículo 1198 de la Propuesta de Modernización española⁹⁶, dispone que:

- (1) En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptarlo y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento, si hubiere existido cumplimiento.
- (2) La reducción del precio es incompatible con la indemnización del menor valor de la prestación.
- (3) En todo caso, el acreedor puede demandar la indemnización de otros perjuicios.

El precio se reduce según sea la diferencia entre el valor de la prestación imperfecta con aquél que habría tenido de haber sido conforme al contrato. Se adopta el método de la diferencia relativa de valor de la prestación ejecutada, considerando necesariamente el precio acordado⁹⁷, a diferencia de método absoluto que atiende exclusivamente a su menor valor, confundándose, de una parte, la voluntad de las partes —el precio acordado—, y el valor económico del objeto del contrato; y, de otra, la adecuación del negocio debido al defecto del objeto y la indemnización de daños. No olvidemos que el artículo 96 declara la incompatibilidad entre la reducción y la indemnización del menor valor de la prestación. Este medio de tutela, como lo afirma Müller-Chen, implica que el acreedor decide conservar la prestación no conforme ejecutada por el deudor y por esa razón el contrato debe ajustarse a esa nueva situación, reduciéndose el precio⁹⁸.

⁹⁵ «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato (...)» (Artículo 50 CISG).

⁹⁶ «La parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar danos y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizado de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir».

⁹⁷ Aludiendo sólo al carácter proporcional de la reducción, sin prever la fórmula de cálculo de la CISG, el Código civil francés prescribe:

Art. 1223.—Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.

⁹⁸ MÜLLER-CHEN, Markus Art. 50, Commentary on the UN Convention, (cit. supra), pp. 799-800.

3.14. La resolución por incumplimiento

Los *Principios* recogen un doble modelo de resolución, la judicial y aquella por comunicación. Así lo establecen sus artículos 97 y 98, según los cuales:

Artículo 97. Resolución por incumplimiento

- (1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial.
- (2) El incumplimiento recíproco no impide la resolución del contrato.
- (3) La resolución puede ser judicial o por comunicación.

Artículo 98. Resolución por comunicación

La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte y produce efectos desde su recepción.

El primero de estos artículos, junto con fijar sus condiciones, declara este doble carácter de la resolución y, el segundo, precisa cuándo se produce la resolución por comunicación escrita a la otra parte, desde que esta última la recibe. A continuación, se prestará atención a tres aspectos relevantes, las condiciones de procedencia de la resolución, la dualidad de resoluciones y un par de vacíos que dejan estas dos disposiciones. Junto a ello se prestará atención a la regulación de la cláusula resolutoria.

En sus dos primeros párrafos, el artículo 97 establece dos condiciones de procedencia de este remedio. Una positiva, que el incumplimiento invocado el acreedor para resolver tenga el carácter de esencial según el artículo 87; y, otra negativa, que el incumplimiento recíproco no impide la resolución del contrato.

Los *Principios*, dan solución sobre la incidencia de los incumplimientos recíprocos en la resolución del contrato, en la especie, se dispone que ella igualmente procede en la medida que se fundamente en un incumplimiento esencial. En cambio, en esta misma hipótesis, no será procedente, ni el cumplimiento específico, ni la indemnización de daños. La disposición del artículo 97 (2), es inédita al no recogerla ninguno de los instrumentos referidos, ni los códigos civiles latinoamericanos.

En lo que concierne a la dualidad de resoluciones — judicial y por comunicación-, en primer lugar, si bien resulta extraña en el derecho uniforme y armonizado de contratos, no lo es en el derecho latinoamericano. En el nuevo Código civil y comercial argentino, la resolución, por regla general, opera por comunicación, previo requerimiento del deudor (artículos 1087 y 1088), sin embargo, se le reconoce al acreedor la opción por demandarla judicialmente (artículo 1078).

Por lo que toca a los vacíos que deja la norma. En primer lugar, el artículo 98 únicamente se refiere a la resolución por comunicación, sin dar una regla que establezca cuándo opera la resolución judicial, por lo que no queda más que concluir que ella surtirá sus efectos desde la sentencia firme y ejecutoriada que la declare.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que sucede en los instrumentos de derecho uniforme y armonizado de contratos, tratándose de la resolución por comunicación escrita, los *Principios* no establecen un plazo para efectuar la comunicación que la declara⁹⁹.

Finalmente, los PLDC disciplinan en su artículo 101, en términos generales, las cláusulas resolutorias, dotándolas de una regulación, no prevista ni en el derecho uniforme y armonizado de contratos y ni el doméstico, excepto en el argentino e italiano.

El citado artículo 101 (Cláusula resolutoria) declara:

- (1) Las partes pueden incorporar al contrato cláusulas que confieran al acreedor la facultad de resolverlo.
- (2) La cláusula debe indicar las obligaciones cuyo incumplimiento conlleva resolución.
- (3) Estas cláusulas no privan al acreedor de la posibilidad de optar por cualquiera de los otros medios de tutela.

Por su parte, el artículo 1086 (cláusula resolutoria expresa) del nuevo Código civil y comercial argentino, que le sirvió de modelo, dispone:

Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver.

Al confrontar ambas disposiciones resulta evidente que la de los *Principios* es incompleta, pues no define la forma de ejercicio de la facultad resolutoria pactada, ni cómo opera la resolución. De esta manera, el precepto deja abierta la posibilidad de que las partes introduzcan al contrato cláusulas de resolución automática, sin necesidad de comunicación, solución que, en general, es rechazada en los distintos ordenamientos debido a los problemas que ellas originan,

⁹⁹ En general, se establece la regla que si el deudor no cumple la resolución puede comunicarse en cualquier momento y si el supuesto es de cumplimiento tardío o no conforme, el acreedor debe comunicar su decisión de resolver dentro de un plazo razonable y si no lo hace, se le priva de la facultad de resolver. Cfr. En los PICC, los artículos 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato) y 7.3.2 (Notificación de la resolución) y, en los PECL, el artículo 9.303 (Notice of termination). Aunque, sin el detalle de las disposiciones citadas, véase el artículo 1201 de la Propuesta de Modernización del Código civil español, que exige que la comunicación sea dentro de un plazo razonable cuando se trate de cumplimiento tardío o no conforme al contrato.

principalmente porque dejan entregada la suerte del contrato a la mera voluntad del deudor, quien al decidir incumplir, aniquila de pleno derecho el contrato.

Finalmente, el comentado artículo 101 (3) de los Principios dará lugar a la discusión en torno a si la cláusula resolutoria es, o no, compatible con la resolución por comunicación o por declaración judicial del artículo 97. La respuesta a esta interrogante dependerá de la interpretación de la cláusula, en orden a que deberá determinarse si la intención común de las partes fue desplazar completamente régimen supletorio de la resolución, o no. Si así fue, queda excluida la resolución judicial o por comunicación, de lo contrario, habrá que delimitar el ámbito de la resolución convencional de aquélla que opera por comunicación o declaración judicial.

3.15. La indemnización de perjuicios

El artículo 104 (Indemnización de perjuicios) impone al deudor la obligación de indemnizar cuando su incumplimiento, que no tenga su causa en un caso fortuito o de fuerza mayor, causa perjuicios al acreedor. El precepto fija las condiciones para la procedencia de la indemnización de daños y dispone que:

Quando el incumplimiento cause perjuicios, el deudor debe indemnizar.

Si el incumplimiento se produjo por caso fortuito, no hay lugar a indemnización.

Esta regla se encuentra en los PCCI y en los PECL. En ambos se establece que, a diferencia de los otros remedios, la indemnización de daños no procede si el incumplimiento se debió a una excusa que exonera al deudor de responsabilidad, quedándole a salvo al acreedor los restantes medios de tutela. Así, el artículo 7.4.1 (Derecho a resarcimiento) de los PCCI¹⁰⁰, dispone:

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente —autónomamente— o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme estos *Principios*»

Y en los Comentarios al citado artículo se lee:

«El artículo establece el principio general al resarcimiento en caso de incumplimiento, excepto cuando el incumplimiento sea excusable de acuerdo a

¹⁰⁰ Idéntica disposición a la de los PLDC, en el párrafo (1) del artículo 9.501 (damages and interest) «(1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108.»

estos *Principios*, como en el supuesto de fuerza mayor (véase el Artículo 7.1.7) o de una cláusula de exoneración (véase el Artículo 7.1.6). Excesiva onerosidad (*hardship*) (véase el Artículo 6.2.1 y siguientes), en principio no da lugar al resarcimiento del daño sufrido»¹⁰¹.

La siguiente cuestión a la que ha de prestarse atención es al contenido de la indemnización.

El artículo 105 (Perjuicios indemnizables) de los *Principios* dispone que la indemnización comprende el daño patrimonial y extrapatrimonial.

Si bien la norma despeja cualquier duda respecto de la procedencia de los daños morales en materia contractual, resulta algo escuálida. Su insuficiencia se torna evidente al compararla con su equivalente de los PCCI. Así, el artículo 7.4.2 (Reparación integral) dispone que:

- (1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios¹⁰².
- (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional¹⁰³.

Y, el artículo 7.4.3 (Certeza del daño), que, junto con regular la certeza del daño, incorpora a la indemnización contractual la «pérdida de una oportunidad», dando una regla para su evaluación:

- (1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que puede o pueda establecerse con un grado razonable de certeza.

¹⁰¹ Artículo 7.4.1, *Comentarios a los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, 2010 (Madrid, 2012), p. 313.

¹⁰² Los PICC, fuera de las diferencias en torno al mayor desarrollo del contenido de la indemnización, limitada al daño patrimonial y no patrimonial, incorpora un principio ajeno a los *Principios* y nuestra tradición, el que «La parte perjudicada no debe enriquecerse con el resarcimiento por el incumplimiento. Esta es la razón por la que el párrafo (1) también prevé que el resarcimiento debe tomar en consideración cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera podido obtener por el incumplimiento, ya por los gastos que ha evitado (vgr. al no tener que pagar el costo de alojamiento para el artista que no se presenta a escena), o las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento (vgr. en el supuesto de incumplimiento de un negocio que hubiera ocasionado pérdidas a la parte perjudicada)». Artículo 7.4.2., *Comentarios Principios UNIDROIT, sobre contratos comerciales internacionales*, 2010 (Madrid, 2012), p. 316.

¹⁰³ En los comentarios al artículo 7.4.2 (2), aparte de apuntarse que respecto del daño no pecuniario también deberá atender a su certeza (artículo 7.4.3), se lee que: «La reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria, sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de una aviso o noticia en un periódico determinado (...)». Artículo 7.4.2, *Comentarios...* (cit. supra), p. 318.

- (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.
- (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento»

El siguiente aspecto de la regulación al que debe atenderse refiere a la previsibilidad del daño y la causalidad.

El artículo 107 de los *Principios* plasma una regla comúnmente aceptada, no sólo en los códigos latinoamericanos¹⁰⁴, sino también en los instrumentos de derecho uniforme y armonizado de los contratos, como la CISG¹⁰⁵, los PCCI¹⁰⁶, PECL¹⁰⁷, la reforma francesa¹⁰⁸ y la Propuesta de Modernización del Código civil español. Dicha norma limita la indemnización a los perjuicios previsibles al tiempo de la celebración del contrato como una probable consecuencia del incumplimiento.

En la limitación confluyen dos criterios delimitadores del resarcimiento, el de la causalidad y el de la previsibilidad.

El citado artículo 107, dispone que:

- (1) El deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento.
- (2) En caso de dolo o culpa grave, el deudor responde de todos los perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento.

La previsibilidad fija el fin de protección del contrato, garantizando a ambas partes el alcance de la eventual responsabilidad que puede derivar por los daños provenientes del incumplimiento de contrato y se entiende que equivale al criterio de imputación objetiva «fin de protección de la norma», en este caso, del contrato. Como afirma Pantaleón Prieto:

«Y puesto que es el contrato mismo la fuente de la obligación de indemnizar nada más lógico que el criterio básico de imputación objetiva de daño al causante del mismo sea el de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar (...)»¹⁰⁹

¹⁰⁴ A vía ejemplar, el artículo 1558 del Código civil chileno y el artículo 1612 del Código civil colombiano.

¹⁰⁵ Artículo 74 CISG.

¹⁰⁶ Artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño).

¹⁰⁷ Article 9.503 (Foreseeability)

¹⁰⁸ Artículos 1231-3 y 1231-4 del Código civil francés.

¹⁰⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, N.º4, 1993, p. 1738.

Un principio rector en indemnización por incumplimiento es que ella no alcanzará a todos los daños que deriven de este último, comprendiendo sólo algunos —los previsibles— y excluyendo otros, pese a haberlos padecido efectivamente el acreedor —directos no previsibles—. ¹¹⁰

Esta regla, que fija la extensión de la indemnización, se ve alterada cuando el deudor incumple con dolo o culpa grave ¹¹¹, atribuyéndole responsabilidad por todos los perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento. El dolo o culpa grave del deudor desplaza el dispositivo de la previsibilidad, sometiendo a la indemnización sólo al de la causalidad como si estuviéramos situados en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. En estas hipótesis se acoge el principio de la reparación integral con todo su rigor ¹¹².

Aparte de la regla de la previsibilidad delimitadora de la extensión del daño objeto de la indemnización, los *Principios* prevén otras dos adicionales, ambas basadas en la interferencia causal de la conducta —acción u omisión— del acreedor y que originan una reducción de la indemnización de los perjuicios.

La primera, la del artículo 108 (Contribución del acreedor a su perjuicio) y, la segunda, la del artículo 109 (Mitigación de los perjuicios). Destacamos algunos aspectos de estas disposiciones. La primera, siguiendo el modelo de los PCCI, los PECL y la Propuesta de Modernización española, entre otros, dispone que:

La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó a que se produjera el perjuicio.

Los PCCI, en su artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada), ofrecen una regla más desarrollada, al establecer que:

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

Fuera de las diferencias que resulta posible apreciar entre ambas disposiciones, el problema que ofrece la regla en sí es por qué la acción u omisión del acreedor que contribuye al daño, y por ende, interfiere la cadena causal no sólo

¹¹⁰ Cfr. Díez-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio, en *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, p. 376.

¹¹¹ Excepcionalmente, no consideran la regla, entre otros, el artículo 74 CISG y el artículo 7.4.4. PCCI.

¹¹² Cit. supra, p. 378.

de éste, sino también del incumplimiento, sólo afecta a la indemnización, no así a los restantes medios de tutela del acreedor. Claramente, la solución es reducida y difiere de aquélla que ofrece el artículo 88 (Acción u omisión del acreedor), que priva al acreedor de su derecho a invocar el incumplimiento y, seguidamente, de todo medio de tutela. En cambio, si la conducta del acreedor no es causa exclusiva del incumplimiento, sino sólo su concausa, junto a la acción u omisión del deudor, los *Principios* y los otros instrumentos, sólo fijan su atención en la indemnización, quedando abierta la inquietud acerca del impacto que tal circunstancia produce en los otros remedios

Por su parte, el artículo 109 (Mitigación de los perjuicios) declara que:

- (1) La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el perjuicio. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse.
- (2) El acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas.

Si bien el modelo primario que siguen los *Principios* es el del artículo 77 de la CISG, el citado artículo 109 va más allá, al dar respuesta a las interrogantes que plantea la disposición del derecho uniforme, en particular, sobre cuándo se entiende cumplida la carga, sólo cuando el acreedor tiene éxito al adoptarlas o también cuando, adoptándolas, éstos son infructuosas; y, enseguida, si la indemnización cubre o no los gastos en que incurra el acreedor en la adopción de estas medidas. Y de la norma se lee que el acreedor cumple la carga, aunque las medidas sean infructuosas y, además, que siempre tendrá derecho a una indemnización por los costos que implique su adopción, sin importar su resultado. Desde esta perspectiva, la regla de los *Principios* resulta más cercana a la del artículo 1211 de la Propuesta de modernización española, que declara:

No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.

La misma regla sobre la indemnización de gastos la recoge el artículo 7.4.8 (Atenuación del daño) que, en su párrafo (2) expresa:

- (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño

Del contraste del párrafo (2) del artículo 109 de los *Principios* y las dos normas transcritas, aparece que la primera omite un límite importante respecto a la indemnización de los costos de mitigación, esto es, que se trate de gastos razonables, al igual que las medidas que se espera que adopte.

SEGUNDA PARTE
EL TEXTO Y SUS VERSIONES

PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS *

CAPÍTULO 1. CAPÍTULO PRELIMINAR

Sección 1. Disposiciones generales

Artículo 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

- (1) Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos internos e internacionales, pero no a los contratos de consumo.
- (2) Estos Principios se aplican cuando las partes
 - a) Se sometan total o parcialmente a ellos.
 - b) Hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Artículo 2. FUNCIONES

- (1) Estos Principios se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato.
- (2) También sirven como modelo para los legisladores estatales o internacionales.

Artículo 3. ORDEN PÚBLICO Y NORMAS IMPERATIVAS

Estos Principios no restringen la aplicación de normas imperativas ni de principios de orden público, nacional, internacional o supranacional, conforme a las normas de Derecho internacional privado.

* El texto corresponde a aquel aprobado por el grupo de profesores que han elaborado los Principios en agosto de 2016, en Santiago de Chile, junto con los cambios acordados en la reunión de agosto de 2017, en Bogotá, Colombia.

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

Artículo 4. APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

- (1) Las partes pueden modificar o excluir la aplicación de estos Principios o de algunas de sus disposiciones, salvo que se indique lo contrario.
- (2) En la interpretación de estos Principios se tendrán en cuenta su carácter internacional, y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.
- (3) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible conforme a sus principios subyacentes.

Sección 2. Principios generales

Artículo 5. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Las partes son libres para celebrar contratos y para determinar su contenido, no siendo contra el orden público o la ley.

Artículo 6. FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.

Artículo 7. BUENA FE

- (1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe.
- (2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno.

CAPÍTULO 2. FORMACIÓN DEL CONTRATO

Sección 1. Definición y elementos del contrato

Artículo 8. DEFINICIÓN DE CONTRATO

El contrato es un acuerdo por el cual dos o más partes crean, transfieren, modifican o extinguen un vínculo jurídico de contenido económico.

Artículo 9. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Son elementos para la formación del contrato, el consentimiento, el objeto, la causa y en ciertos casos, la solemnidad.

Sección 2. De la negociación del contrato

Artículo 10. LIBERTAD EN LAS NEGOCIACIONES

Las partes son libres de negociar el contrato y de retirarse en cualquier momento, pero esto y aquello deben hacerlo conforme a la buena fe.

Artículo 11. DE LOS DAÑOS EN LA NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

- (1) El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado.
- (2) También es obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar.
- (3) En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado.

Artículo 12. DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

Quien recibe información confidencial con ocasión de las negociaciones del contrato no puede usarla ni revelarla, so pena de indemnizar los daños y restituir los beneficios obtenidos.

Sección 3. Del consentimiento

Artículo 13. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Salvo acuerdo de las partes o ley en contrario, el contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación produce sus efectos.

Artículo 14. CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

El consentimiento de las partes se manifiesta por declaraciones o conductas.

Artículo 15. DEFINICIÓN DE OFERTA

- (1) La propuesta de celebrar un contrato constituye oferta si revela la intención del proponente de quedar obligado en caso de aceptación y resulta suficientemente precisa.
- (2) La oferta puede ser dirigida a una o más personas determinadas o al público en general.

Artículo 16. EFECTO Y RETIRO DE LA OFERTA

- (1) La oferta produce efectos desde que llega a su destinatario.
- (2) La oferta puede retirarse hasta antes de que llegue al destinatario.

Artículo 17. REVOCACIÓN DE LA OFERTA

- (1) La oferta puede revocarse hasta que el destinatario haya enviado su aceptación.
- (2) Si la aceptación consiste en una conducta distinta de la declaración, puede revocarse hasta el perfeccionamiento del contrato.

Artículo 18. IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA

La oferta es irrevocable si:

- (1) El oferente le ha atribuido ese carácter.
- (2) El oferente le ha fijado un plazo para la aceptación, sin reserva expresa de la facultad de revocarla.
- (3) El destinatario hubiera, conforme a la buena fe, podido confiar en su irrevocabilidad.

Artículo 19. CADUCIDAD DE LA OFERTA

La oferta, aun irrevocable, caduca si:

- (1) Fue rechazada por el destinatario. La caducidad opera desde que el rechazo llega al oferente.
- (2) La respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones que alteren sustancialmente los términos de la oferta.
- (3) El oferente fallece o se incapacita antes de la recepción de la aceptación.
- (4) No es aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, en ausencia de plazo, dentro de aquel esperable conforme a la buena fe.

Artículo 20. DEFINICIÓN DE ACEPTACIÓN

Constituye aceptación toda declaración u otra conducta del destinatario que indique conformidad con la oferta.

Artículo 21. SILENCIO COMO ACEPTACIÓN

El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación, excepto en los casos en que la ley, la voluntad de las partes, los usos y prácticas, o los comportamientos precedentes de las partes, les otorguen tal carácter.

Artículo 22. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN

- (1) El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega al oferente.
- (2) Si la aceptación consiste en una conducta, el perfeccionamiento tendrá lugar desde el momento en que el oferente la conoce.
- (3) Si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes han establecido entre ellas, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos desde que dicho acto se ejecuta.

Artículo 23. OPORTUNIDAD DE LA ACEPTACIÓN

- (1) La aceptación, cualquiera sea su forma, produce efectos si llega al oferente dentro del término fijado, y a falta de plazo, dentro del que resulte conforme a la buena fe, atendidas las circunstancias de la negociación y los medios de comunicación empleados por el oferente.
- (2) La aceptación de las ofertas verbales debe ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Artículo 24. ACEPTACIÓN TARDÍA

La aceptación tardía produce efectos si:

- (1) El oferente, sin demora, hace llegar su conformidad al destinatario.
- (2) De la comunicación escrita que contiene la aceptación tardía se desprende que debería haber llegado al oferente dentro del plazo.

Artículo 25. CONFORMIDAD CON LOS TÉRMINOS DE LA OFERTA

- (1) La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones constituye una contraoferta.
- (2) Sin embargo, si no alteran sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta constituye una aceptación y el contrato se entiende perfeccionado con dichas adiciones, limitaciones o modificaciones.
- (3) Aunque las limitaciones o modificaciones no alteren sustancialmente los términos de la oferta, la respuesta se entiende como un rechazo si:
 - (a) La oferta expresamente exige la conformidad total o parcial con los términos propuestos.
 - (b) El oferente, sin demora, informa al destinatario su disconformidad con los cambios.

Artículo 26. RETIRO DE LA ACEPTACIÓN

La aceptación puede ser retirada hasta antes de que produzca efectos.

Sección 4. De los vicios del contrato

Artículo 27. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Son vicios del contrato el error, el dolo, la intimidación y la excesiva desproporción.

Artículo 28. ERROR

El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud, que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado, o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos.

Artículo 29. RÉGIMEN DEL ERROR

- (1) El error vicia el contrato si:
 - (a) Es provocado por información suministrada por la otra parte.
 - (b) La otra parte lo conoció o debió conocerlo y no lo informó, de acuerdo con lo dispuesto por la buena fe.
 - (c) Ambas partes han padecido el mismo error.
- (2) En estos casos, hay nulidad si el error es excusable o el riesgo de su existencia no fue o debió ser asumido por quien lo padece.

Artículo 30. IMPEDIMENTO PARA ALEGAR EL ERROR

La parte que padece el error no puede demandar la nulidad del contrato si la otra ofrece cumplir en la forma en que aquella entendió celebrarlo.

Artículo 31. ERROR EN LA DECLARACIÓN Y TRANSMISIÓN DE VOLUNTAD

Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión.

Artículo 32. DOLO

- (1) El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes o un tercero.

- (2) El dolo vicia el contrato cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado y no ha habido dolo recíproco.

Artículo 33. EFECTOS INDEMNIZATORIOS DEL DOLO

- (1) El autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados.
- (2) La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente.

Artículo 34. INTIMIDACIÓN

El contrato puede anularse si una parte fue inducida a celebrarlo mediante la amenaza ilícita de un mal inminente y grave.

Artículo 35. CALIFICACIÓN DE LA INTIMIDACIÓN

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, género, condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir gravemente respecto de ella.

Artículo 36. CASOS QUE NO CONSTITUYEN INTIMIDACIÓN

La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el contrato.

Artículo 37. EXCESIVA DESPROPORCIÓN

- (1) Una parte puede demandar la adaptación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, o su nulidad, si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe.
- (2) Para calificar lo excesivo de la ventaja deben tomarse en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia.
Igualmente debe considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato.
- (3) A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe.

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- (4) La parte contra quien se demanda la nulidad puede, igualmente, solicitar su adaptación en los términos del inciso precedente, siempre y cuando haga saber inmediatamente esta decisión a la otra parte.

Sección 5. Objeto, causa y solemnidad del contrato

Artículo 38. OBJETO DEL CONTRATO

- (1) El objeto del contrato debe ser determinado o determinable, posible y lícito.
- (2) Es ilícito el prohibido por la ley, el contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Artículo 39. CAUSA DEL CONTRATO Y DE LA OBLIGACIÓN

- (1) Toda obligación requiere una causa. Aunque no se exprese, se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.
- (2) La causa del contrato debe ser lícita.

Artículo 40. SOLEMNIDAD

- (1) Un contrato es válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que lo rige o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.
- (2) Si las personas se encuentran en Estados distintos al tiempo de la celebración del contrato, el lugar de celebración se entiende como aquel en el cual el contrato se perfeccionó, de conformidad con estos Principios.

CAPÍTULO 3. NULIDAD DEL CONTRATO

Artículo 41. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

La nulidad es absoluta cuando afecta el interés general y relativa cuando sólo afecta intereses particulares.

Artículo 42. NULIDAD TOTAL Y PARCIAL

- (1) Si se pronuncia la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato, éste subsiste con las restantes, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este caso, el juez debe pronunciar la nulidad total del contrato.

- (2) En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el tribunal puede adaptar el contrato observando las exigencias de la buena fe.

Artículo 43. FORMA DE ALEGAR LA NULIDAD

La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción.

Sección 1. De la nulidad absoluta

Artículo 44. TITULARES

La nulidad absoluta debe ser pronunciada por el juez, aun sin mediar petición de parte. Puede también ser alegada por cualquier interesado, aunque no haya sido parte en el contrato.

Artículo 45. CAUSALES

Los contratos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta.

Artículo 46. IMPOSIBILIDAD DE CONVALIDACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA

El contrato nulo de nulidad absoluta no admite convalidación.

Sección 2. De la nulidad relativa

Artículo 47. TITULARES

La nulidad relativa sólo puede ser alegada por aquél en cuyo beneficio se establece.

Artículo 48. CONVALIDACIÓN Y PRESCRIPCIÓN

- (1) Hay convalidación cuando el contratante que puede demandar la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al contrato por válido.
El acto de convalidación no requiere la conformidad de la otra parte.
- (2) El contrato convalidado se entiende válido desde su celebración, sin perjuicio de los terceros de buena fe.
- (3) La acción de nulidad relativa se extingue por prescripción.

Artículo 49. OPCIÓN CON LOS MEDIOS DE TUTELA

La parte que tenga derecho a demandar la nulidad relativa del contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, puede optar entre aquella y éstos.

Sección 3. De los efectos de la nulidad

Artículo 50. EFECTOS DE LA NULIDAD ENTRE LAS PARTES

- (1) La nulidad, salvo la parcial, produce la extinción del contrato.
- (2) Las restituciones proceden de acuerdo con lo establecido en los artículos 119 a 123.

Artículo 51. EFECTOS FRENTE A TERCEROS

La nulidad es oponible a los terceros, salvo cuando hayan adquirido a título oneroso y de buena fe.

Artículo 52. IMPOSIBILIDAD DE RESTITUCIONES POR OBJETO O CAUSA ILÍCITA

No habrá lugar a la restitución de lo que se hubiere dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas.

CAPÍTULO 4. DE LA SIMULACIÓN

Artículo 53. SIMULACIÓN ENTRE LAS PARTES

La declaración privada de los contratantes disconforme con lo convenido de forma ostensible puede hacerse valer por cualquiera de ellas.

Artículo 54. SIMULACIÓN FRENTE A TERCEROS

- (1) Los terceros de buena fe pueden hacer valer la declaración privada o lo convenido de forma ostensible, según su conveniencia.
- (2) Los terceros pueden pedir la declaración de simulación en la medida en que la declaración simulada afecte sus intereses.
- (3) En caso de conflicto entre terceros son preferidos aquellos de buena fe que hagan valer el acto ostensible.

CAPÍTULO 5. EFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

Sección 1. Representación

Artículo 55. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Esta sección no regula la representación conferida por la ley, ni la que resulta de la designación hecha por autoridad pública o judicial.

Artículo 56. ALCANCE DE LA ACTUACIÓN

- (1) Aquello que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ésta para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo, siempre que el tercero con quien se contrata hubiere sabido o debido saber de tal calidad.
- (2) Cuando quiera que el representante actúe a nombre propio, los efectos de los contratos que celebre con terceros recaerán directamente sobre él.

Artículo 57. PODER PARA ACTUAR

- (1) El poder determina el alcance de las facultades del representante, sin perjuicio de aquellas que se deduzcan de la naturaleza misma de la labor encomendada.
- (2) El poder otorgado en términos generales faculta al representante para efectuar los actos de administración ordinaria de los negocios que se han encargado.
- (3) Todos los demás actos requieren poder especial.

El poder puede ser conferido de manera expresa o tácita.

Artículo 58. REPRESENTACIÓN IMPLÍCITA

Quien obra como dependiente en un establecimiento abierto al público, o en otras circunstancias semejantes, se entiende que tiene poder de representación para los actos que ordinariamente allí se realizan.

Artículo 59. REPRESENTACIÓN APARENTE

El acto celebrado por quien actúa sin poder o excediendo el poder que le fue conferido no vincula al representado con el tercero, a menos que éste haya podido confiar, por el comportamiento del representado, que existía la representación.

Artículo 60. ACTUACIÓN SIN PODER

- (1) Quien actúa sin poder, o excediendo el que le fue conferido, debe indemnizar al tercero los perjuicios que le haya causado, a menos que el tercero supiera o hubiera debido saber que aquél obraba sin poder o excediendo sus límites.
- (2) El representado puede ratificar lo actuado por quien lo ha hecho sin poder o excediendo sus límites, caso en el cual se entiende obligado desde la fecha misma del acto, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 61. SUSTITUCIÓN

- (1) Salvo pacto en contrario, el representante puede sustituir el poder en otro, caso en el cual responde por éste.
- (2) El representante no responde por el sustituto si éste ha sido designado por el representado.

Artículo 62. PLURALIDAD DE REPRESENTANTES.

En caso de pluralidad de representantes se entiende que todos ellos actúan indistintamente, salvo que se haya dispuesto otra cosa.

Artículo 63. CONFLICTO DE INTERESES.

- (1) El representante no puede contratar consigo mismo, ni con aquéllos con los que se pudiera presentar un conflicto de intereses con el representado, a menos que éste lo autorice o que por la misma naturaleza del acto no pueda haber menoscabo para sus intereses. Tampoco puede contratar por cuenta de dos partes a las que representa.
- (2) El contrato celebrado en contravención a la presente disposición puede ser anulado.

Artículo 64. EXTINCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN.

- (1) La extinción o modificación del poder, cualquiera sea su causa, no es oponible a terceros sino en cuanto éstos la conozcan o debieran haberla conocido.
- (2) No obstante la extinción de su poder, el representante debe realizar aquellos actos necesarios para evitar perjuicio a los intereses del representado, para lo cual continúa facultado.

Sección 2. Estipulación a favor de otro

Artículo 65. ÁMBITO DE APLICACIÓN

- (1) Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona y tanto el estipulante como el beneficiario pueden demandar lo estipulado.
- (2) Si el tercero rechaza el beneficio, se considera que nunca adquirió el derecho.

Artículo 66. DERECHO DE REVOCACIÓN

- (1) El estipulante puede revocar la estipulación o sustituir al tercero mientras éste no haya aceptado. La aceptación del beneficiario hace irrevocable su derecho.
- (2) En caso de revocación o falta de aceptación, el derecho quedará a favor del estipulante, a no ser que del contrato resulte otra cosa.

Artículo 67. EXCEPCIONES

El promitente puede oponer al tercero todas las excepciones que se funden en el contrato celebrado con el estipulante.

Sección 3. Promesa del hecho ajeno

Artículo 68. PROMESA DEL HECHO AJENO

Quien promete que un tercero se obligue debe indemnizar al otro contratante si el tercero rehúsa obligarse.

CAPÍTULO 6. INTERPRETACIÓN

Artículo 69. INTENCIÓN COMÚN DE LAS PARTES

El contrato debe interpretarse de acuerdo con la intención común de las partes.

Artículo 70. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INTENCIÓN COMÚN DE LAS PARTES

Para determinar la común intención de las partes se deben tener en cuenta, entre otros criterios:

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- a) Las reglas de interpretación acordadas por las partes.
- b) La conducta de las partes durante las etapas de formación, perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- c) Las conductas anteriores, concomitantes o posteriores de las mismas partes en otros contratos sobre el mismo objeto.
- d) La calificación, el objeto y la causa del contrato.
- e) Los usos del lugar de la celebración del contrato.

Artículo 71. SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS TÉCNICAS

Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se toman en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han usado en sentido diferente.

Artículo 72. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por las otras, de forma de darles el sentido que más convenga al contrato en su totalidad.

Artículo 73. INTERPRETACIÓN ÚTIL DEL CONTRATO

El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, debe preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Artículo 74. CLÁUSULAS AMBIGUAS

Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor de la parte que contrató bajo la influencia dominante de la otra, teniendo en consideración para esta calificación la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia, falta de experiencia o de habilidad en la negociación.

Artículo 75. CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS

Las cláusulas no negociadas deben interpretarse contra la parte que las hubiere redactado.

Artículo 76. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA BUENA FE

En todo caso el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe.

CAPÍTULO 7. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Artículo 77. CONCEPTO DE CUMPLIMIENTO

Cumplimiento es la ejecución del contrato en los términos en que fue acordado.

Artículo 78. LUGAR DEL CUMPLIMIENTO

- (1) El contrato debe cumplirse en el lugar que éste determine, expresa o tácitamente, o que sea determinable conforme a éste.
- (2) Si la regla precedente no resulta aplicable, lugar de cumplimiento es:
 - (a) El domicilio del acreedor, para las obligaciones dinerarias.
 - (b) El lugar en donde se encontraba la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato, para las obligaciones cuyo objeto es una especie o cuerpo cierto.
 - (c) El domicilio del deudor, para los demás casos.

Si el deudor cambia de domicilio, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

Artículo 79. MOMENTO DEL CUMPLIMIENTO

- (1) El contrato debe cumplirse en el momento que éste determine, y si no lo dispusiere, se debe estar a las siguientes reglas:
 - (a) Si puede ejecutarse inmediatamente, su cumplimiento debe tener lugar en el más breve plazo posible desde que se perfeccionó.
 - (b) Si por su naturaleza supone necesariamente un lapso para su ejecución, debe cumplirse en el más breve plazo posible desde que se perfeccionó.
- (2) Si no fuere posible establecer el momento de cumplimiento de acuerdo con esas pautas, se debe estar al que resulte de su naturaleza, los usos o la buena fe.

Artículo 80. CUMPLIMIENTO ANTICIPADO

- (1) El deudor puede anticipar el cumplimiento, a menos que perjudique gravemente los intereses de la otra parte. El cumplimiento anticipado no afecta la ejecución de las obligaciones de la otra parte.
- (2) El acreedor puede renunciar al plazo establecido en su favor.

Artículo 81. EXIGIBILIDAD ANTICIPADA DE LA OBLIGACIÓN

El cumplimiento del contrato no puede exigirse antes de expirar el plazo, excepto cuando:

- (a) El deudor haya sido constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia.
- (b) El deudor no haya constituido las garantías prometidas o éstas hayan disminuido, considerablemente, por un hecho que le sea imputable.
- (c) El plazo esté establecido sólo en favor del acreedor.

Artículo 82. CUMPLIMIENTO POR UN TERCERO

- (1) El contrato también puede ser cumplido por un tercero, excepto cuando se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere oposición conjunta del acreedor y del deudor.
- (2) Es tercer interesado a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial.

Artículo 83. GASTOS

- (1) Salvo acuerdo en contrario, cada parte debe asumir los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.
- (2) Si el acreedor ha incurrido en mora corresponde a éste soportar los gastos que deriven de ella.

Artículo 84. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

- (1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato.
- (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada.
- (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes.

Artículo 85. DE LA FRUSTRACIÓN DE LA CAUSA DEL CONTRATO

La frustración definitiva de la causa por (...) un cambio de las circunstancias existentes al tiempo de la perfección del contrato, imprevisible y que supera el riesgo asumido por la parte, ésta puede resolver el contrato.

CAPÍTULO 8. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**Sección 1. Del incumplimiento en general****Artículo 86. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO**

- (1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada.
- (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.
- (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para la ejecución.

Artículo 87. CARÁCTER ESENCIAL DEL INCUMPLIMIENTO

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando:

- (a) Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento.
- (b) Es doloso.
- (c) La conducta del deudor incumplidor hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato.
- (d) Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes al tiempo de celebrarse el contrato.
- (e) El deudor no cumple dentro del plazo de subsanación del artículo 93.

Artículo 88. ACCIÓN U OMISIÓN DEL ACREEDOR

El acreedor no puede invocar el incumplimiento causado por su propia acción u omisión.

Artículo 89. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Fuerza mayor o caso fortuito es un hecho ajeno al control del deudor, cuyo riesgo no asumió, y que le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento o efectos no ha podido resistir.

Artículo 90. IMPOSIBILIDAD TOTAL O PARCIAL DE CUMPLIMIENTO

- (1) La imposibilidad sobreviniente total y definitiva para cumplir una obligación contractual, causada por caso fortuito, extingue la obligación y libera al deudor. En tal caso, el acreedor puede optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, en razón de la imposibilidad, el deudor detenta contra un tercero.
- (2) Si la imposibilidad es parcial o temporal, el acreedor puede suspender la contraprestación o reducirla en una proporción equivalente, salvo si, como consecuencia de la imposibilidad, se ve privado de aquello que podía sustancialmente esperar al tiempo de celebrarse el contrato. En este último supuesto rige la opción prevista en el punto (1).

Sección 2. Medios de tutela del acreedor

Artículo 91. DE LOS MEDIOS DE TUTELA

- (1) En caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela:
 - (a) Cumplimiento específico;
 - (b) Reducción del precio;
 - (c) Resolución del contrato;
 - (d) Suspensión del cumplimiento, e
 - (e) Indemnización de perjuicios.
- (2) La indemnización de perjuicios puede ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela.

Artículo 92. COMUNICACIÓN EN LOS CUMPLIMIENTOS IMPERFECTOS

- (1) En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor debe comunicar la disconformidad en un plazo razonable contado desde el momento en que tuvo o debió tener conocimiento.
- (2) A falta de comunicación, el acreedor no puede exigir el cumplimiento, ni resolver el contrato.

Artículo 93. PLAZO DE SUBSANACIÓN

- (1) Salvo incumplimiento esencial, el acreedor debe otorgar un plazo adicional de duración razonable al deudor para que subsane su incumplimiento.

- (2) Mientras se encuentre pendiente el plazo, el acreedor no puede ejercer ningún medio de tutela que sea incompatible con la subsanación, pero subsiste su derecho a la indemnización.
- (3) Si el deudor no subsana dentro del plazo o declara que no lo hará, el acreedor puede servirse de cualquiera medio de tutela.

Artículo 94. CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

- (1) El cumplimiento específico procede siempre en las obligaciones dinerarias.
- (2) Si se trata de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes:
 - (a) No procede cuando el cumplimiento sea imposible. Sin embargo, el acreedor puede exigir al deudor la cesión de las acciones y derechos que tuviere contra terceros.
 - (b) Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela.
 - (c) No procede cuando su ejecución signifique una afectación a la dignidad de la persona.

Artículo 95. REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN EN LOS CUMPLIMIENTOS IMPERFECTOS

- (1) Tratándose de cumplimientos imperfectos, el cumplimiento específico comprende, con las mismas limitaciones del artículo anterior, la reparación o la corrección de la falta de conformidad o la sustitución.
- (2) La sustitución requiere siempre el incumplimiento esencial.

Artículo 96. REDUCCIÓN DEL PRECIO

- (1) En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptarlo y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento, si hubiere existido cumplimiento.
- (2) La reducción del precio es incompatible con la indemnización del menor valor de la prestación.
- (3) En todo caso, el acreedor puede demandar la indemnización de otros perjuicios.

Artículo 97. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

- (1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial.
- (2) El incumplimiento recíproco no impide la resolución del contrato.
- (3) La resolución puede ser judicial o por comunicación.

Artículo 98. RESOLUCIÓN POR COMUNICACIÓN

La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte y produce efectos desde su recepción.

Artículo 99. DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

- (1) La resolución produce la extinción del contrato, salvo que sea parcial. Empero, no afecta las cláusulas que las partes hayan previsto para la solución de controversias, las relativas al incumplimiento mismo o cualquier otra cláusula destinada a surtir efecto aun después de la resolución del contrato.
- (2) Las restituciones proceden conforme los artículos 119 a 123.

Artículo 100. EFECTO RESPECTO DE TERCEROS

Lo dicho en el artículo 51 sobre los efectos respecto de terceros se aplica a la resolución.

Artículo 101. CLÁUSULAS RESOLUTORIAS

- (1) Las partes pueden incorporar al contrato cláusulas que confieran al acreedor la facultad de resolverlo.
- (2) La cláusula debe indicar las obligaciones cuyo incumplimiento conlleva resolución.
- (3) Estas cláusulas no privan al acreedor de la posibilidad de optar por cualquiera de los otros medios de tutela.

Artículo 102. SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO

Cada parte puede negarse a ejecutar el contrato si la otra no lo ejecuta, a menos que por su naturaleza o por acuerdo de las partes el cumplimiento de una deba anteceder al de la otra.

Artículo 103. SUSPENSIÓN ANTICIPADA DEL CUMPLIMIENTO

Una parte puede negarse a ejecutar el contrato cuando, antes de la fecha de cumplimiento, sea evidente que el deudor no podrá cumplirlo. La suspensión cesa si el deudor cumple o da garantías suficientes para el cumplimiento.

Artículo 104. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Cuando el incumplimiento cause perjuicios, el deudor debe indemnizar. Si el incumplimiento se produjo por caso fortuito, no hay lugar a indemnización.

Artículo 105. PERJUICIOS INDEMNIZABLES

Los perjuicios comprenden el daño patrimonial y extrapatrimonial.

Artículo 106. INTERESES E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El incumplimiento de una obligación dineraria da lugar al pago de los intereses, sin perjuicio de la indemnización de otros perjuicios.

Artículo 107. DE LA PREVISIBILIDAD DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE

- (1) El deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento.
- (2) En caso de dolo o culpa grave, el deudor responde de todos los perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento.

Artículo 108. CONTRIBUCIÓN DEL ACREEDOR A SU PERJUICIO

La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó a que se produjera el perjuicio.

Artículo 109. MITIGACIÓN DE PERJUICIOS

- (1) La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el perjuicio. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse.
- (2) El acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas.

Sección 3. Cláusulas relativas al incumplimiento**Artículo 110. CLÁUSULA PENAL**

La cláusula penal es aquella en que una de las partes se obliga para con la otra a pagar una suma de dinero en caso de incumplimiento.

Artículo 111. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL

- (1) La cláusula penal asegura el fiel y oportuno cumplimiento y puede avaluar anticipadamente los perjuicios.
- (2) La pena puede consistir en la sustitución de la indemnización del valor del objeto de la prestación, de los perjuicios que van más allá del valor de la prestación o de los derivados del mero retardo del cumplimiento.

Artículo 112. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

La pena puede exigirse sin necesidad de probar perjuicios. La fuerza mayor excluye el pago de la pena, salvo pacto en contrario.

Artículo 113. MODIFICACIÓN DE LA PENA

El juez, a petición de parte, puede reducir la pena cuando ésta resulte manifiestamente excesiva respecto del valor de las prestaciones, la naturaleza y finalidad del contrato y otras circunstancias relevantes.

Artículo 114. REBAJA POR CUMPLIMIENTO IMPERFECTO DEL CONTRATO

Si el cumplimiento es imperfecto y el acreedor lo acepta, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena, salvo acuerdo en contrario.

Artículo 115. CLÁUSULA PENAL Y PLAZO SUPLEMENTARIO

El plazo de subsanación del artículo 93 no priva al acreedor del derecho a exigir la pena por el valor de la prestación, cuando las partes estipularon que ésta sea compatible con el cumplimiento.

Artículo 116. COMPATIBILIDAD DE LA PENA Y LOS MEDIOS DE TUTELA

Salvo acuerdo en contrario, el acreedor:

- (1) Puede optar entre la pena y la indemnización.
- (2) Puede acumular el cumplimiento con la pena por los perjuicios superiores al valor de la prestación o a los derivados del retardo.
- (3) Puede acumular la pena por los perjuicios que van más allá del valor de la prestación, con la rebaja del precio.
- (4) No puede acumular la pena por el valor de la prestación con el cumplimiento.

- (5) No puede pedir el cumplimiento o la resolución más la pena por el valor de la prestación, sino una u otra.

Artículo 117. DE LAS ARRAS

- (1) Si se celebra el contrato con arras, se entiende que cada uno de los contratantes puede retractarse, el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas con otro tanto de su valor.
- (2) Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse perdiendo las arras, sólo pueden hacerlo hasta antes del inicio de la ejecución del contrato.
- (3) Si los contratantes no ejercen la facultad de retracto, las arras se imputan a la ejecución del contrato o se restituyen, según corresponda.

Artículo 118. CLÁUSULAS QUE LIMITAN O EXCLUYEN LA INDEMNIZACIÓN

- (1) Las partes pueden incorporar al contrato cláusulas que limiten o excluyan la indemnización.
- (2) No tendrán efecto estas cláusulas si el incumplimiento se debe a dolo o culpa grave.
- (3) Los perjuicios causados en bienes indisponibles del acreedor no admiten limitación o exoneración alguna.

Sección 4. De las restituciones

Artículo 119. RESTITUCIONES EN LA NULIDAD Y LA RESOLUCIÓN

- (1) Anulado o resuelto el contrato, las partes deben restituirse lo que hubieren recibido en virtud del mismo, junto con los frutos percibidos, de manera simultánea o dentro del plazo que fijen ellas mismas o, en su defecto, el juez.
- (2) Las prestaciones ejecutadas que hayan sido útiles y equivalentes no dan lugar a restitución, a menos que, atendida la finalidad del contrato, se requiera su ejecución total. La utilidad se apreciará conforme a la finalidad del contrato.
- (3) Si las prestaciones ejecutadas no fueron útiles, se estará a lo dispuesto en el numeral 1.º
- (4) Si las prestaciones no son equivalentes, La restitución queda limitada al valor de la diferencia.

Artículo 120. RESTITUCIÓN EN DINERO

- (1) La restitución en dinero comprende el reajuste y los intereses legales hasta el pago efectivo.
- (2) Si quien lo recibió el dinero actuó de mala fe, los intereses se deben desde el pago. Aquél que ha recibido de buena fe debe los intereses desde la notificación de la demanda o de la resolución.

Artículo 121. IMPOSIBILIDAD DE RESTITUCIÓN

- (1) Para el caso que no sea posible la restitución, habrá derecho al valor de la prestación fijado en el momento de la restitución.
- (2) Las partes pueden optar entre lo dispuesto en el numeral anterior o exigir a la otra la cesión de los derechos o acciones que tuviere en contra de terceros.

Artículo 122. SUSPENSIÓN DE LAS RESTITUCIONES

Mientras uno de los contratantes no cumpla con la restitución a la que está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir lo que le corresponda.

Artículo 123. GARANTÍAS

Las garantías del contrato se extienden a la obligación de restitución hasta el plazo convenido, salvo aquéllas otorgadas por terceros.

PRINCIPES LATINO-AMERICAINS DU DROIT DES CONTRATS *

CHAPITRE 1. CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Section 1. Dispositions générales

Article 1. CHAMP D'APPLICATION

- (1) Les Principes établissent des règles générales applicables aux contrats nationaux et internationaux, autres que des contrats de consommation.
- (2) Les Principes sont applicables lorsque les parties:
 - a) Se soumettent à ses dispositions, totalement ou partiellement;
 - b) Conviennent que le contrat sera assujéti aux principes généraux du Droit, à la *Lex Mercatoria* ou d'autres expressions similaires.

Article 2. FONCTIONS

- (1) Les Principes servent à interpréter les instruments internationaux de droit uniforme et de droit national, qui régissent le contrat.
- (2) Les Principes servent aussi de modèle aux législateurs nationaux et internationaux.

Article 3. ORDRE PUBLIC ET DISPOSITIONS IMPÉRATIVES

Conformément aux normes de Droit International Privé, les Principes ne sauraient restreindre l'application de dispositions impératives et de

* Ce texte a été approuvé par le groupe de professeurs qui a élaboré les Principes d'août 2016, à Santiago du Chili, en incorporant les modifications accordées lors de la réunion de Bogota (Colombie) du mois d'août 2017. La traduction a été faite par Sara Moreno Fernández, professeur de droit commercial à l'université Finis Terrae (Santiago du Chili) et elle a été révisée par Carlos Pizarro Wilson, professeur de droit à l'université Diego Portales (Santiago du Chili).

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

principes d'ordre public, nationaux, internationaux ou supra-nationaux.

Article 4. APPLICATION, INTERPRÉTATION ET INTÉGRATION DES PRINCIPES

- (1) Les parties peuvent modifier ou exclure l'application des Principes ou de certaines de ses dispositions, sauf disposition contraire.
- (2) En ce qui concerne l'interprétation des Principes, il sera tenu spécialement compte de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir leur application uniforme dans les différentes juridictions.
- (3) Les matières comprises dans le champ d'application des Principes, mais que ceux-ci ne régulent pas expressément, seront, dans la mesure du possible, traités en conformité avec leurs principes généraux.

Section 2. Principes Généraux

Article 5. LA LIBERTÉ DE CONTRACTER

Les parties sont libres de conclure les contrats et de déterminer leurs contenus, dans les limites fixées par les règles intéressant l'ordre public et la loi.

Article 6. LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Tout contrat légalement formé est obligatoire pour les parties.

Article 7. LA BONNE FOI

- (1) Les parties doivent se comporter de bonne foi.
- (2) Les limitations conventionnelles contraires à la bonne foi ne produisent aucun effet.

CHAPITRE 2. LA FORMATION DU CONTRAT

Section 1. Définition et éléments du contrat

Article 8. DÉFINITION DU CONTRAT

Le contrat est un accord en vertu duquel deux ou plusieurs personnes, créent, transfèrent, modifient ou éteignent une relation juridique ayant pour fin, la réalisation juridique patrimoniale.

Article 9. LES ÉLÉMENTS DU CONTRAT

Les éléments nécessaires à la formation du contrat sont, le consentement, l'objet, la cause et dans certains cas, le respect d'une forme.

Section 2. La négociation du contrat

Article 10. LA LIBERTÉ DE NÉGOCIATION

Les parties sont libres de négocier le contrat et d'interrompre les négociations à tout moment. Les parties doivent agir de bonne foi tant pendant les négociations que lors de leur rupture.

Article 11. DU PRÉJUDICE CAUSÉ LORS DE LA NÉGOCIATION DU CONTRAT

- (1) Le préjudice causé par la rupture de mauvaise foi des négociations engagées, devra être indemnisé.
- (2) Celui qui entame ou poursuit des négociations en sachant qu'il n'a pas l'intention de parvenir à un accord, ou que celui-ci est impossible, sera également tenu de réparer le préjudice causé.
- (3) Les gains espérés par les parties du contrat non conclu, ne seront pas indemnisés.

Article 12. LE DEVOIR DE CONFIDENTIALITÉ

Celui qui reçoit une information confidentielle au cours des négociations du contrat ne pourra ni en faire usage, ni la révéler. Le manquement à ce devoir donnera lieu à l'indemnisation des préjudices subis, et à la restitution des bénéfices obtenus.

Section 3. Du consentement

Article 13. LA FORMATION DU CONTRAT

Sauf stipulation des parties ou loi contraire, le contrat est légalement formé dès que l'acceptation produit ses effets.

Article 14. LE CONSENTEMENT DES PARTIES

Le consentement des parties peut se manifester par une déclaration ou par un comportement.

Article 15. LA DÉFINITION DE L'OFFRE

- (1) La proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation et si elle est suffisamment précise.
- (2) L'offre peut être adressée à une ou plusieurs personnes ou au public général.

Article 16. L'EFFET DE L'OFFRE ET LA RÉTRACTATION

- (1) L'offre prend effet dès qu'elle parvient au destinataire.
- (2) L'offre peut être rétractée jusqu'à la réception de celle-ci par son destinataire.

Article 17. LA RÉVOCATION DE L'OFFRE

- (1) L'offre peut être révoquée jusqu'à l'expédition de l'acceptation par son destinataire.
- (2) Si l'acceptation se manifeste par un comportement et non une déclaration, l'offre peut être révoquée jusqu'à la conclusion du contrat.

Article 18. L'IRRÉVOCABILITÉ DE L'OFFRE

L'offre sera considérée comme irrévocable si :

- (1) Son auteur lui a attribué un tel caractère d'irrévocable.
- (2) Son auteur indique un délai fixe d'acceptation, sans mention expresse de sa faculté de la révoquer.
- (3) Si le destinataire pouvait, de bonne foi, être raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable.

Article 19. LA CADUCITÉ DE L'OFFRE

L'offre, même irrévocable, est caduque lorsque :

- (1) Elle a été rejetée par le destinataire. La caducité opère dès que le rejet parvient à son auteur.
- (2) La réponse du destinataire contient des additions, limitations ou autres modifications qui en altèrent substantiellement les termes.
- (3) Son auteur décède ou est frappé d'incapacité avant la réception de l'acceptation.

- (4) Elle est acceptée hors du délai d'acceptation fixé par l'auteur, ou à défaut d'une telle stipulation, hors d'un délai raisonnable conformément à la bonne foi.

Article 20. DÉFINITION DE L'ACCEPTATION

Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement qui indique que le destinataire acquiesce à l'offre.

Article 21. LE SILENCE COMME ACCEPTATION

Le silence ou l'inaction ne peuvent, à eux seuls, valoir acceptation, sauf dans les cas prévus par la loi, par les coutumes et la pratique, lorsque les parties le stipulent, ou lorsque leurs agissements antérieurs peuvent indiquer qu'il en est ainsi.

Article 22. LES EFFETS DE L'ACCEPTATION

- (1) Le contrat est conclu dès que l'auteur de l'offre reçoit l'acceptation.
- (2) Si l'acceptation est manifestée par une conduite, le contrat est conclu dès que l'auteur de l'offre prend connaissance de ladite conduite.
- (3) Si en vertu de l'offre, ou de la relation habituelle entre les parties, le destinataire peut indiquer son acquiescement par l'exécution d'un acte sans notification de celui-ci à l'auteur de l'offre, l'acceptation prend effet dès l'exécution de l'acte en question.

Article 23. LE MOMENT DE L'ACCEPTATION

- (1) L'acceptation, quelque soit sa forme, produit ses effets si elle parvient à l'auteur de l'offre dans le délai fixé, ou à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable conformément à la bonne foi, compte tenu des circonstances, notamment de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre.

Article 24. ACCEPTATION TARDIVE

L'acceptation tardive produit effet si:

- (1) L'auteur de l'offre fait parvenir sans délai son acquiescement au destinataire.
- (2) La communication écrite qui contient l'acceptation permet d'établir que celle-ci aurait dû parvenir à l'auteur de l'offre dans les délais convenus.

Article 25. LA CONFORMITÉ AVEC LES TERMES DE L'OFFRE

- (1) La réponse à une offre qui contient des additions, des limitations ou des modifications est une contre-offre.
- (2) Cependant, si celles-ci n'altèrent pas substantiellement les termes de l'offre, la réponse tiendra lieu d'acceptation et le contrat sera conclu avec lesdites additions, limitations ou modifications.
- (3) Toutefois, même si les limites ou modifications n'altèrent pas substantiellement les termes de l'offre, la réponse constituera un refus si :
 - (a) L'offre exige expressément un acquiescement total ou partiel des termes proposés.
 - (b) L'auteur de l'offre, sans retard indu, exprime son désaccord sur ces éléments.

Article 26. LA RÉTRACTATION DE L'ACCEPTATION

L'acceptation peut être rétractée tant qu'elle n'a pas produit d'effet.

Section 4. Des vices du contrat

Article 27. CHAMP D'APPLICATION

L'erreur, le dol, la violence et la avantage excessive, sont des vices du contrat.

Article 28. L'ERREUR

L'erreur est l'ignorance ou la représentation inexacte des faits ou du droit, d'une telle envergure, qu'une personne raisonnable placé dans la même situation n'aurait pas conclu le contrat, ou l'aurait fait dans des termes substantiellement différents.

Article 29. LE RÉGIME DE L'ERREUR

- (1) L'erreur vicie le contrat si :
 - (a) Elle est induite par l'information donnée par l'autre partie.
 - (b) L'autre partie en avait connaissance ou aurait dû en avoir connaissance, et manquant aux exigences de bonne foi, s'est abstenue de l'informer.
 - (c) Les deux parties ont commis la même erreur.

- (2) Dans ces cas, il y a nullité si l'erreur est excusable ou le risque de son existence n'a pas été ou aurait dû être assumé par celui qui commet l'erreur.

Article 30. EMPÊCHEMENT POUR SE PRÉVALOIR DE L'ERREUR

La partie qui commet l'erreur ne peut demander la nullité du contrat si l'autre contractant offre d'exécuter le contrat dans les termes dans lesquelles elle avait entendu le conclure.

Article 31. L'ERREUR DANS LA DÉCLARATION ET LA TRANSMISSION DE VOLONTÉ

Les dispositions des articles ci-dessus sont applicables à l'erreur dans la déclaration de volonté et sa transmission.

Article 32. LE DOL

- (1) Le dol est l'obtention de la conclusion du contrat par des tromperies frauduleuses, qui peuvent être des agissements par action ou omission d'une des parties, ou d'un tiers.
- (2) Le dol vicie le contrat lorsqu'il est clairement établi que sans celui-ci, les parties n'auraient pas conclu le contrat et qu'il n'y a pas eu de dol réciproque.

Article 33. L'INDEMNISATION DU DOL

- (1) L'auteur du dol doit en indemniser les préjudices.
- (2) La partie qui, au moment de la célébration du contrat, avait eu connaissance du dol d'un tiers, en sera solidairement responsable.

Article 34. LA VIOLENCE

Le contrat peut être annulé si une partie a été amenée à le conclure sous la menace illicite d'un mal imminent et grave.

Article 35. QUALIFICATION DE VIOLENCE

Pour qualifier la violence il sera tenu compte de l'âge, le genre, de la condition de la personne et de toutes circonstances de nature à faire gravement impression sur elle.

Article 36. CAS EXCLUS

La menace d'exercer légitimement un droit ou la simple crainte révérencielle ne peuvent être une cause de nullité du contrat.

Article 37. L'AVANTAGE EXCESSIVE

- (1) Une partie peut demander l'adaptation du contrat ou de l'une de ses clauses, ou bien sa nullité, si ce contrat ou ces clauses à l'autre partie un avantage excessif, contraire aux exigences de la bonne foi.
- (2) Pour la qualification du caractère excessif de l'avantage, il sera tenu compte de toutes les circonstances, et en particulier de la dépendance de la partie qui en souffre le préjudice, ses difficultés économiques, l'urgence de ses besoins, son ignorance ou son manque d'expérience.
Il sera également tenu compte de la relation de confiance existant entre les parties, de la nature du contrat et de sa finalité.
- (3) À la demande de la partie lésée, le juge peut adapter le contrat afin de l'ajuster à l'accord qui aurait pu être conclu, conformément à la bonne foi.
- (4) La partie qui demande la nullité du contrat peut également en demander l'adaptation dans les termes indiqués à l'alinéa précédent, à condition d'en avoir informé immédiatement l'autre partie.

Section 5. Objet, cause et forme du contrat

Article 38. OBJET DU CONTRAT

- (1) L'objet du contrat doit être déterminé ou déterminable, possible et licite.
- (2) Est illicite l'objet interdit par la loi, contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Article 39. CAUSE DU CONTRAT ET DE L'OBLIGATION

- (1) Toute obligation doit avoir une cause. Si celle-ci n'est pas expressément formulée, elle sera présumée jusqu'à preuve du contraire.
- (2) La cause du contrat doit être licite.

Article 40. SOLENNITÉ

- (1) Un contrat est valable s'il réunit toutes les conditions de formes requises par le droit qui lui est applicable ou par le droit de l'Etat dans lequel il a été conclu, ou par le droit du lieu de son exécution.

- (2) Si les personnes se trouvent dans des Etats différents au moment de la conclusion du contrat, le lieu de conclusion sera déterminé conformément aux règles de présents Principes.

CHAPITRE 3. LA NULLITÉ DU CONTRAT

Article 41. LA NULLITÉ ABSOLUE ET LA NULLITÉ RELATIVE

La nullité est absolue lorsqu'est l'intérêt général est lésé, et relative lorsqu'il s'agit d'intérêts particuliers.

Article 42. LA NULLITÉ TOTALE ET LA NULLITÉ PARTIELLE

- (1) Si la nullité d'une ou de plusieurs clauses du contrat est déclarée, celui-ci subsiste avec les clauses restantes, à moins que la nature même du contrat ou l'intention d'origine des cocontractants ne l'empêche. Dans ce cas, le juge devra prononcer la nullité totale du contrat.
- (2) En cas de nullité partielle, le juge pourra adapter le contrat conformément à la bonne foi, si cela s'avère nécessaire.

Article 43. INVOCATION DE NULLITÉ

La nullité peut être invoquée par voie d'action ou par voie d'exception.

Section 1. De la nullité absolue

Article 44. TITULAIRES

La nullité absolue peut être prononcée d'office par le juge. Elle peut également être demandée par toute personne intéressée, y compris par un tiers au contrat.

Article 45. CAUSES

Les contrats dont l'objet ou la cause sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, sont frappés de nullité absolue.

Article 46. IMPOSSIBILITÉ DE CONFIRMER LA NULLITÉ ABSOLUE

Le contrat frappé de nullité absolue ne peut être confirmé.

Section 2. De la nullité relative

Article 47. TITULAIRES

Seules les personnes que la loi entend protéger peuvent invoquer la nullité relative.

Article 48. LA CONFIRMATION ET LA PRESCRIPTION

- (1) La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité manifeste sa volonté expresse ou tacite de considérer le contrat valable.
L'acte de confirmation n'a pas à être approuvé par l'autre partie.
- (2) Le contrat confirmé est considéré comme valable dès sa conclusion, sans préjudice du droit des tiers.
- (3) L'action en nullité relative est soumise à un délai de prescription.

Article 49. L'OPTION AVEC D'AUTRES SANCTIONS

La partie qui peut se prévaloir de la nullité relative du contrat et en même temps, de sanctions de l'inexécution de celui-ci, peut choisir entre celle-là et celles-ci.

Section 3. Des effets de la nullité

Article 50. LES EFFETS DE LA NULLITÉ ENTRE LES PARTIES

- (1) Sauf nullité partielle, toute nullité emporte extinction du contrat.
- (2) Il y aura lieu à restitution en conformément aux dispositions des articles 119 à 123.

Article 51. LES DROITS DES TIERS

La nullité est opposable aux tiers, sauf en cas d'acquisition à titre onéreux et de bonne foi.

Article 52. ILLICÉITÉ DE L'OBJET OU DE LA CAUSE ET IMPOSSIBILITÉ DE RESTITUTION

Il n'y aura pas lieu à restitution de ce qui a été donné ou payé en exécution d'un contrat dont l'objet ou la cause illicite seraient connues des parties.

CHAPITRE 4. DE LA SIMULATION

Article 53. LA SIMULATION ENTRE LES PARTIES

Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte auquel il n'est pas conforme, ce dernier peut être invoqué par n'importe laquelle d'entre elles.

Article 54. LA SIMULATION ET LES TIERS

- (1) Les tiers de bonne foi peuvent faire valoir le contrat occulte ou le contrat simulé, à leur convenance.
- (2) Les tiers dont les intérêts sont lésés par le contrat simulé peuvent agir en déclaration de simulation.
- (3) En cas de conflits entre tiers, seront préférés ceux qui agissent de bonne foi et se prévalent du contrat simulé.

CHAPITRE 5. LES EFFETS DU CONTRAT A L'ÉGARD DES TIERS

Section 1. La représentation

Article 55. LE CHAMP D'APPLICATION

Les dispositions de cette section ne concernent ni la représentation légale par la loi, ni celle qui résulterait d'une désignation faite par une autorité publique ou judiciaire.

Article 56. LA PORTÉE DE LA REPRÉSENTATION

- (1) Tout acte fait au nom d'autrui, par une personne en ayant reçu le pouvoir, produit pour le représenté les mêmes effets que s'il l'avait exécuté lui-même, à condition que le tiers avec qui le contrat est conclu ait eu connaissance ou aurait dû avoir eu connaissance de cette qualité.
- (2) Lorsque le représentant agit en son nom propre, les effets des contrats qu'il conclut se produisent à son égard.

Article 57. LE POUVOIR D'AGIR

- (1) Le pouvoir détermine la portée des facultés du représentant, sans préjudice de celles qui peuvent être déduites de la nature même de la mission confiée.

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- (2) Le pouvoir octroyé en des termes généraux autorise le représentant à exécuter les actes d'administration ordinaires des affaires qui lui ont été confiées.
- (3) Tous les autres actes requièrent un pouvoir spécial.

Le pouvoir peut être octroyé de manière expresse ou tacite.

Article 58. REPRÉSENTATION IMPLICITE

Il est entendu que celui qui agit comme préposé d'un établissement ouvert au public, ou dans des circonstances similaires, a un pouvoir de représentation pour exécuter tous les actes correspondants à l'activité dudit établissement.

Article 59. REPRÉSENTATION APPARENTE

L'acte effectué par celui qui agit sans le pouvoir nécessaire, ou en outrepassant le pouvoir dont il est investi, ne saurait créer un lien entre le représenté et les tiers, à moins que, au vu du comportement du représenté, ceux-ci aient pu croire qu'il existait une représentation.

Article 60. AGISSEMENT SANS POUVOIR

- (1) Celui qui agit sans le pouvoir nécessaire, ou en outrepassant le pouvoir dont il est investi, s'oblige à indemniser les tiers des préjudices causés, à moins que le tiers en question ait eu connaissance ou aurait eu dû avoir connaissance d'une telle situation.
- (2) Le représenté peut ratifier les actes réalisés sans pouvoir, ou en outrepassant les limites du pouvoir octroyé. Dans ce cas, il est entendu que le représenté est obligé dès la date de l'acte, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi.

Article 61. SUBSTITUTION

- (1) Sauf stipulation contraire, le représentant peut confier à un tiers l'accomplissement de sa mission, auquel cas il répondra des agissements de la personne qu'il s'est substitué.
- (2) Le représentant ne saurait être responsable de la personne si celle a été désigné par le représenté.

Article 62. LA PLURALITÉ DE REPRÉSENTANTS

En cas de pluralité de représentants, ceux-ci pourront agir indistinctement, sauf stipulation contraire.

Article 63. LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

- (1) Le représentant ne peut conclure un contrat avec lui même, ni avec les personnes qui pourraient avoir un conflit d'intérêt avec le représenté, à moins que celui-ci l'y autorise ou que compte tenu de la nature même de l'acte, ses intérêts ne puissent être lésés. Le représentant ne peut non plus conclure un contrat en représentation de deux parties à la fois.
- (2) Le contrat conclu en infraction aux présentes dispositions pourra être frappé de nullité.

Article 64. EXTINCTION ET MODIFICATION DE LA REPRÉSENTATION

- (1) L'extinction ou la modification du pouvoir, quelle qu'en soit la raison, n'est opposable aux tiers que si ceux-ci en avaient ou auraient dû en avoir connaissance.
- (2) Une fois le pouvoir éteint, le représentant doit exécuter les actes nécessaires afin d'éviter tout préjudice aux intérêts du représenté.

Section 2. La stipulation en faveur d'autrui**Article 65. CHAMP D'APPLICATION**

- (1) Toute personne peut stipuler en faveur d'un tiers. Cette stipulation confère au tiers bénéficiaire et au stipulant le droit d'exiger l'exécution de l'obligation promise.
- (2) Si le tiers refuse le bénéfice, il est réputé n'avoir jamais acquis le droit en question.

Article 66. LE DROIT DE RÉVOCATION

- (1) Le stipulant peut révoquer la stipulation ou modifier la désignation du tiers, tant que celui-ci n'a pas accepté. Si le bénéficiaire a accepté la stipulation, son droit devient irrévocable.
- (2) En cas de révocation ou lorsque le bénéficiaire n'a pas manifesté son acceptation, le droit sera conservé par le stipulant, sauf disposition contraire.

Article 67. EXCEPTIONS

Le promettant peut opposer au tiers toutes les exceptions résultant du contrat conclu avec le stipulant.

Section 3. La promesse du fait d'autrui

Article 68. LA PROMESSE DU FAIT D'AUTRUI

Celui qui promet qu'un tiers s'engagera à exécuter une obligation, est tenu d'indemniser son cocontractant du préjudice qu'il pourrait subir si le tiers refuse de s'engager.

CHAPITRE 6. INTERPRÉTATION

Article 69. L'INTENTION COMMUNE DES PARTIES

Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties.

Article 70. LES CRITÈRES DE DÉTERMINATION DE LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES

Pour déterminer la commune intention des parties, il sera tenu compte, entre autres:

- a) Des règles d'interprétation convenues par les parties.
- b) Du comportement des parties lors de la formation du contrat, sa conclusion et son exécution.
- c) Du comportement précédent, concomitant ou postérieurs des parties en question lors d'autres contrats portant sur le même objet.
- d) De la qualification, l'objet et la cause du contrat.
- e) Des usages du lieu de célébration du contrat.

Article 71. DÉFINITION DES TERMES TECHNIQUES

Les termes techniques de toute science ou art doivent être entendus dans le sens que lui confèrent les professionnels du domaine concerné, à moins qu'il soit clairement stipulé qu'ils ont été utilisés dans un sens différent.

Article 72. INTERPRÉTATION SYSTÉMATIQUE

Les clauses du contrat doivent être interprétées dans leur ensemble, de façon à leur donner le sens qui convienne le mieux au contrat en sa totalité.

Article 73. INTERPRÉTATION UTILE DU CONTRAT

Lorsque l'interprétation d'une clause produit quelque effet, celle-ci doit être préférée à une interprétation qui ne produirait aucun effet.

Article 74. CLAUSES AMBIGUËS

Les clauses ambiguës doivent être interprétées en faveur de la partie qui a conclu le contrat sous l'influence dominante de l'autre, en tenant compte pour cette qualification, de la dépendance de la partie qui souffre le préjudice, des difficultés économiques extraordinaires qui l'affligent, de l'urgence de ses besoins, de son ignorance, de son manque d'expérience ou de l'expertise dans la négociation.

Article 75. LES CLAUSES NON NÉGOCIÉES

Les clauses non négociées doivent être interprétées en défaveur de la partie qui les a rédigées.

Article 76. INTERPRÉTATION DE BONNE FOI

Dans tous les cas, le contrat doit être interprété de bonne foi.

CHAPITRE 7. L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Article 77. LE CONCEPT D'EXÉCUTION

L'exécution est l'accomplissement du contrat dans les termes convenus par les parties.

Article 78. LE LIEU DE L'EXÉCUTION

- (1) Le contrat doit être exécuté au lieu déterminé par celui-ci, de manière expresse ou tacite, ou au lieu qui est déterminable en conformité aux stipulations du contrat.
- (2) Si la règle précédente n'est pas applicable, le contrat pourra s'exécuter :
 - (a) Au domicile du créancier pour les obligations de sommes d'argent.
 - (b) Au lieu où se trouve la chose au moment de la formation du contrat, pour les obligations dont l'objet est un corps certain.
 - (c) Au domicile du débiteur, pour les autres cas.

Si le débiteur change de domicile, le créancier peut exiger le paiement au lieu actuel ou au lieu précédent. Le débiteur aura la même option lorsque le lieu de paiement est le domicile du créancier.

Article 79. LE MOMENT DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

- (1) Le contrat doit être exécuté au moment déterminé par celui-ci. À défaut, seront applicables les règles suivantes :
 - (a) Si le contrat peut être exécuté de manière immédiate, il doit alors être réalisé dans les plus brefs délais à partir de la date de sa conclusion.
 - (b) Si par sa nature, le contrat suppose nécessairement un délai d'exécution, il doit alors être réalisé dans les plus brefs délais à partir de la date de sa conclusion.
- (2) Si les critères ci-dessus ne permettent pas d'établir le moment d'exécution du contrat, il devra alors être déterminé en tenant compte de sa nature, des usages ou de la bonne foi.

Article 80. L'EXÉCUTION ANTICIPÉE

- (1) Le débiteur peut anticiper l'exécution, à moins que ceci porte gravement préjudice à l'autre partie. L'exécution anticipé d'une obligation n'altère en rien l'exécution de l'obligation réciproque.
- (2) Le créancier peut renoncer au délai établi en sa faveur.

Article 81. EXIGIBILITÉ ANTICIPÉE DE L'OBLIGATION

L'accomplissement de l'obligation ne peut être exigée avant l'expiration du délai, sauf lorsque:

- (a) Le débiteur est déclaré en faillite ou en situation manifeste d'insolvabilité ;
- (b) Le débiteur n'a pas constitué les garanties promises ou a vu diminuer les sûretés qu'il avait accordées, par un fait qui lui est imputable;
- (c) Lorsque le délai a été établi seulement en faveur du créancier.

Article 82. EXÉCUTION PAR UN TIERS

- (1) Le contrat peut également être exécuté par un tiers, sauf si le contrat a été conclu en considération des qualités spéciales du débiteur, ou si le créancier comme le débiteur s'y opposent conjointement.
- (2) Tiers intéressé est toute personne à qui du fait de l'inexécution peut subir un préjudice.

Article 83. FRAIS

- (1) Sauf stipulation contraire, chaque partie devra prendre en charge les frais de réalisation de son obligation.
- (2) Si le créancier est en retard de paiement, celui-ci devra prendre en charge les frais qui y sont associés.

Article 84. LES CHANGEMENTS DE CIRCONSTANCES

- (1) Si, après sa conclusion, l'exécution du contrat devient excessivement onéreuse ou si son utilité diminue de manière significative, du fait de changements de circonstances dont l'avènement et la portée ne pouvaient être raisonnablement prévues et dont le risque n'a pas été assumé par la partie lésée, celle-ci pourra demander à ce que le contrat soit renégocié.
- (2) La renégociation ne suspend pas l'exécution du contrat, sauf lorsque celle-ci porterait irréparablement préjudice à la partie lésée.
- (3) Si après le délai raisonnable, les mêmes parties n'ont pas adapté le contrat, elles pourront individuellement demander au juge qu'il l'adapte ou le résolve, en tenant compte de la distribution des risques et des coûts assumés par les parties.

Article 85. DE LA FRUSTRATION DE LA CAUSE DU CONTRAT

La disparition définitive de la cause par un changement de circonstances existantes au moment de la conclusion du contrat, imprévu pour les parties et dont le risque n'a pas été assumé par la partie lésée, autorise cette dernière à résoudre le contrat.

CHAPITRE 8. L'INEXÉCUTION DU CONTRAT**Section 1. De l'inexécution en général****Article 86. CONCEPT D'INEXÉCUTION**

- (1) L'inexécution est un manquement de l'exécution du contrat tel qu'il avait été convenu.
- (2) Toute dissemblance entre ce qui a été convenu et ce qui a été exécuté par le débiteur est une exécution imparfaite du contrat.
- (3) L'inexécution du débiteur comprend le fait des personnes qu'il emploie pour exécuter sa prestation.

Article 87. CARACTÈRE ESSENTIEL DE L'INEXÉCUTION

L'inexécution est essentielle lorsque :

- (a) les parties ont stipulé le caractère essentiel des obligations déterminées ou des hypothèses spécifiques d'inexécution ;
- (b) l'inexécution est dolosive ;
- (c) lorsque, compte tenu de la conduite du débiteur en défaut, le créancier a pu raisonnablement perdre confiance en une future exécution du contrat ;
- (d) le créancier se voit substantiellement privé de ce que les parties pouvaient espérer du contrat, au moment de sa conclusion ;
- (e) le débiteur n'a pas exécuté le contrat dans le délai prévu par l'article 93.

Article 88. ACTION OU OMISSION DU CRÉANCIER

Le créancier ne peut se prévaloir de l'inexécution si elle est causée par sa propre action ou par omission.

Article 89. FORCE MAJEURE OU CAS FORTUIT

La force majeure ou cas fortuit, est un fait échappant au contrôle du débiteur, dont il n'a pu empêcher ni l'avènement ni les effets, et qui sans être un risque à sa charge, l'empêche d'accomplir son obligation, temporairement ou définitivement.

Article 90. IMPOSSIBILITÉ TOTALE OU PARTIELLE D'EXÉCUTION

- (1) L'impossibilité totale ou définitive d'exécuter l'obligation contractuelle, causée par un cas fortuit, éteint l'obligation et libère le débiteur. Dans ce cas, le créancier pourra choisir entre la résolution du contrat ou la cession des droits et actions que pourrait avoir le débiteur contre un tiers, du fait de l'impossibilité.
- (2) Si l'impossibilité est partielle ou temporaire, le créancier peut suspendre la contreprestation ou la réduire dans une proportion équivalente, sauf si, en conséquence de l'impossibilité, il se voit privé de ce qu'il pouvait substantiellement espérer obtenir du contrat, au moment de sa conclusion. Dans ce cas, le créancier pourra choisir entre les options indiquées au premier alinéa de cet article.

Section 2. Des sanction à l'inexécution du contrat

Article 91. DES SANCTIONS

- (1) En cas d'inexécution contractuelle, le créancier pourra, au choix et selon le cas, demander l'une des sanctions suivantes :
 - (a) L'exécution forcée ;
 - (b) La réduction du prix ;
 - (c) La résolution du contrat ;
 - (d) La suspension d'exécution et,
 - (e) Les dommages-intérêts.
- (2) Les dommages-intérêts peuvent être demandés de manière autonome, ou conjointement avec les autres sanctions.

Article 92. OBLIGATION DE COMMUNICATION EN CAS D'EXÉCUTION IMPARFAITE DU CONTRAT

- (1) En cas d'exécution imparfaite du contrat, le créancier devra notifier sa non-conformité dans un délai raisonnable, à compter du moment où il en a eu, ou aurait dû en avoir connaissance.
- (2) À défaut de notification, le créancier ne pourra pas exiger l'exécution, ni résoudre le contrat.

Article 93. DÉLAI DE CORRECTION

- (1) Sauf en cas d'inexécution essentielle, le créancier doit octroyer au débiteur, un délai supplémentaire de durée raisonnable pour corriger son exécution.
- (2) Tant que le délai n'est pas expiré, le créancier ne peut exercer aucune sanction qui incompatible avec la correction du contrat, mais il ne perd en aucun cas son droit à être indemnisé de ses préjudices.
- (3) Si le débiteur ne corrige pas l'inexécution dans le délai ou s'il manifeste sa volonté de ne pas le faire, le créancier peut alors recourir à n'importe quelle sanction.

Article 94. L'EXÉCUTION FORCÉE

- (1) L'exécution forcée est toujours possible pour les obligations de payer une somme d'argent.

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- (2) En ce qui concerne les obligations autres que de sommes d'argent, l'exécution forcée est sujette aux limitations suivantes :
 - (a) Lorsque l'exécution est impossible. Néanmoins, le créancier peut exiger du débiteur la cession des actions et des droits qu'il a contre les tiers ;
 - (b) Même si l'exécution forcée est possible, celle-ci ne peut être demandée si elle produit des effets extrêmement lourds pour le débiteur, compte tenu du fait que le créancier peut satisfaire son intérêt par d'autre sanction;
 - (c) Elle ne peut pas non plus être demandée lorsqu'elle porterait atteinte à la dignité de la personne.

Article 95. RÉPARATION ET SUBSTITUTION DANS LES CAS D'EXÉCUTION IMPARFAITE

- (1) En cas d'exécution imparfaite, l'exécution forcée comprend la réparation, la correction de la non-conformité ou la substitution, dans les limites énumérées par l'article précédent.
- (2) La substitution ne peut être requise qu'en cas d'exécution essentielle.

Article 96. LA RÉDUCTION DU PRIX

- (1) En cas d'exécution imparfaite, le créancier peut l'accepter et réduire le prix à proportion de la différence entre la valeur qu'avait la prestation exécutée au moment où elle a été réalisée et celle qu'elle aurait eu à ce même moment, si elle avait été réalisée.
- (2) La réduction du prix est incompatible avec l'indemnisation de la dévalorisation de la prestation.
- (3) Dans tous les cas, le créancier peut demander l'indemnisation d'autres préjudices.

Article 97. RÉOLUTION POUR INEXÉCUTION

- (1) Toute partie au contrat peut demander la résolution du contrat, lorsque l'autre partie a commis une inexécution essentielle.
- (2) L'inexécution réciproque ne fait pas obstacle à la résolution du contrat.
- (3) La résolution peut être judiciaire ou faite par notification.

Article 98. RÉOLUTION PAR NOTIFICATION

La résolution se fait par notification écrite au cocontractant, et elle produira ses effets dès sa réception.

Article 99. DES EFFETS DE LA RÉOLUTION

- (1) La résolution éteint les effets du contrat, sauf lorsque celle-ci n'est que partielle. Néanmoins, elle ne porte pas atteinte aux clauses que les parties ont prévu pour la résolution des litiges, aux dispositions relatives à l'inexécution ou tout autre clause destinée à produire ses effets même après la résolution du contrat.
- (2) Les restitutions se feront en conformité aux articles 119 à 123.

Article 100. LES EFFETS DE LA RÉOLUTION À L'ÉGARD DES TIERS

Les dispositions de l'article 51 sont applicables à la résolution.

Article 101. LES CLAUSES RÉSOLUTOIRES

- (1) Les parties pourront stipuler des clauses qui octroient au créancier la faculté de le résoudre.
- (2) Les clauses doivent indiquer les obligations dont le manquement entraîne la résolution.
- (3) Ces clauses ne privent pas le créancier de la possibilité de choisir une autre action.

Article 102. EXCEPTION D'INEXÉCUTION

Chaque partie peut refuser d'exécuter sa prestation si l'autre n'exécute pas la sienne, sauf si, du fait de la nature du contrat ou par accord des parties l'accomplissement de l'une des prestations doit être antérieure à l'autre.

Article 103. EXCEPTION D'INEXÉCUTION ANTICIPÉE

Une partie peut refuser d'exécuter sa prestation lorsque, avant la date de exécution, il est évident que le débiteur ne peut pas accomplir la sienne. La suspension cesse si le débiteur s'exécute ou donne des garanties suffisantes d'exécution.

Article 104. LES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Si l'inexécution cause des dommages, le débiteur est tenu de les indemniser.

Si l'inexécution relève de la force majeure, il n'y aura pas lieu à dommages-intérêts.

Article 105. LES PRÉJUDICES INDEMNISABLES

Les dommages-intérêts comprennent tant le dommage patrimonial ultra-nationalistes.

Article 106. INTÉRÊTS ET INDEMNISATION DES PRÉJUDICES

Le manquement à une obligation de payer oblige le débiteur au paiement des intérêts, en plus de l'indemnisation des autres dommages.

Article 107. DE LA PRÉVISIBILITÉ DU PRÉJUDICE INDEMNISABLE

- (1) Le débiteur devra réparer les dommages prévisibles au moment de la conclusion du contrat, causés par son inexécution.
- (2) Dans les cas de dol ou de faute grave, le débiteur est obligé d'indemniser de tous les dommages causés par son manquement.

Article 108. DU FAIT DU CRÉANCIER

L'indemnisation doit être réduite si le créancier, par son action ou son omission, a contribué à l'inexécution.

Article 109. RÉDUCTION DES PRÉJUDICES

- (1) L'indemnisation est sujette à réduction si le créancier n'a pas pris les mesures qui, de bonne foi, étaient raisonnablement nécessaires pour réduire les préjudices. La réduction correspondra alors au montant des pertes qui auraient pu être réduites.
- (2) Le créancier, dans tous les cas, aura le droit d'être indemnisé des frais correspondants aux mesures de réduction des dommages, même si celles-ci ont été infructueuses.

Section 3. Les clauses relatives à l'inexécution

Article 110. LA CLAUSE PÉNALE

La clause pénale oblige l'une des parties à payer une somme d'argent en cas d'inexécution.

Article 111. LES FONCTIONS DE LA CLAUSE PÉNALE

- (1) La clause pénale assure la fidèle et opportune réalisation du contrat et peut estimer les préjudices de manière anticipée.

- (2) La peine peut être égale à la valeur même de la prestation, aux préjudices qui vont au-delà de la valeur de la prestation ou bien encore au préjudice résultant du simple retard dans l'exécution.

Article 112. EXIGIBILITÉ DE LA CLAUSE PÉNALE

La peine peut être exigée en dehors de toute preuve de préjudice. La force majeure exclut le paiement de la peine, sauf stipulation contraire.

Article 113. MODIFICATION DE LA PEINE

Le juge, à la demande des parties, peut réduire la peine lorsque celle-ci 'avère manifestement excessive compte tenu de la valeur des prestations, de la nature et de la finalité du contrat et de toute autres circonstances importantes.

Article 114. RÉDUCTION POUR EXÉCUTION PARTIELLE

Si l'exécution est imparfaite et que le créancier l'accepte, le débiteur a le droit d'obtenir la réduction proportionnelle de la peine stipulée pour un manquement à une obligation.

Article 115. CLAUSE PÉNALE ET DÉLAI SUPPLÉMENTAIRE

Le délai de correction de l'article 93 ne prive pas le créancier de son droit à exiger la peine correspondant à la valeur totale de la prestation, lorsque les parties ont stipulé que celle-ci n'est pas incompatible avec l'exécution.

Article 116. LA COMPATIBILITÉ DE LA PEINE ET LES SANCTIONS À L'INEXÉCUTION

Sauf stipulation contraire, le créancier :

- (1) Peut obtenir la peine et l'indemnisation.
- (2) Peut cumuler l'exécution avec la peine correspondante aux préjudices excédant la valeur de la prestation ou l'indemnisation correspondant au simple retard d'exécution.
- (3) Peut cumuler la peine correspondant aux préjudices excédants la valeur de la prestation, avec la réduction du prix.
- (4) Ne peut cumuler la peine correspondante à la valeur de la prestation avec l'exécution.
- (5) Ne peut cumuler l'exécution ou la résolution avec la peine correspondante à la valeur de la prestation, mais doit choisir entre l'une et l'autre.

Article 117. DES ARRHES

- (1) Si le contrat est conclu avec des arrhes, il est entendu que chaque cocontractant peut se rétracter, celui qui a donné les arrhes en les perdant, et celui qui les reçoit en les restituant au double.
- (2) Si les cocontractants n'ont pas fixé de délai de rétractation en payant les arrhes, les parties pourront le faire jusqu'à l'exécution du contrat.
- (3) Si les cocontractants n'exercent pas la faculté de rétractation, les arrhes seront soit imputés sur l'exécution du contrat, soit restituées, selon le cas.

Article 118. LES CLAUSES LIMITATIVES OU EXCLUSIVES DE RESPONSABILITÉ

- (1) Les parties peuvent intégrer au contrat des clauses qui limitent ou excluent l'indemnisation.
- (2) Ces clauses ne seront pas applicables si le manquement est dû au dol ou à une faute grave.
- (3) Les préjudices causés en biens indisponibles du créancier ne sauraient être limités ou faire l'objet d'exonération.

Section 4. Des restitutions

Article 119. LES RESTITUTIONS DANS LA NULLITÉ ET LA RÉSOLUTION

- (1) Une fois le contrat annulé ou résolu, les parties doivent restituer ce qu'elles ont reçu en exécution de celui-ci, ce qui inclut les fruits perçus, de manière immédiate, ou bien dans le délai stipulé par les parties, ou à défaut, décidé par le juge.
- (2) Les prestations exécutées qui ont été utiles et équivalentes ne peuvent être restituées, à moins que, compte tenu de la finalité du contrat, son exécution totale soit requise. L'utilité sera appréciée en tenant compte de la finalité du contrat.
- (3) Si les prestations exécutées n'ont pas été utiles, les dispositions du premier alinéa de cet article seront alors applicables.
- (4) Si les prestations ne sont pas équivalentes, la restitution sera alors limitée à la valeur de la différence.

Article 120. LA RESTITUTION D'UNE SOMME D'ARGENT

- (1) La restitution d'une somme d'argent se calcule en tentant compte de sa réévaluation et des intérêts au taux légal, considérés jusqu'à la date de paiement effectif.

- (2) Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande ou de la résolution.

Article 121. L'IMPOSSIBILITÉ DE RESTITUER

- (1) Si la restitution n'est pas possible, le remboursement sera fait en valeur, estimée au jour de la restitution.
- (2) Les parties peuvent choisir entre les dispositions de l'alinéa précédent ou exiger de l'autre la cession des droits ou actions envers les tiers.

Article 122. LA SUSPENSION DES RESTITUTIONS

Tant que l'un des cocontractants n'a pas réalisé la restitution à laquelle il est obligé, l'autre ne pourra être contraint à restituer ce qu'il doit.

Article 123. LES GARANTIES

Les garanties du contrat s'étendent à l'obligation de restitution jusqu'au terme du délai convenu, exception faite des garanties octroyées par des tiers.

PRINCIPLES OF LATIN AMERICAN CONTRACT LAW*

CHAPTER 1. PREAMBLE

Section 1. General provisions

Article 1. SCOPE OF APPLICATION

- (1) These principles set forth general rules applicable to domestic and international contracts.

Consumer contracts are not governed by these Principles.

- (2) These principles apply when:
 - a) The parties subject themselves to them, in part or in full.
 - b) The parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria*, or the like.

Article 2. FUNCTIONS

- (1) These Principles apply to interpret international uniform law instruments and domestic law governing the contract.
- (2) These Principles may also be used as a model for national or international legislators.

* Translation updated and revised by Rodrigo Momberg and Stefan Vogenauer. The original translation was published as an annex to *The Future of Contract Law in Latin America*, Momberg, R. and Vogenauer, S. (Eds.), Hart Oxford, 2017. It was based on the text approved by the drafting committee in October 2014 and was a revision of an earlier version that had been provided by Adriana Maestas and Manuel Alcalde of Linklaters LLP New York.

Article 3. PUBLIC POLICY AND MANDATORY RULES

Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules or the operation of principles that are protected by public policy, whether of national, international, or supranational origin, which are applicable in accordance with the rules of private international law.

Article 4. APPLICATION, INTERPRETATION AND SUPPLEMENTATION OF THE PRINCIPLES

- (1) The parties may vary, derogate from, or exclude the application of these Principles or any of their provisions, except as otherwise provided.
- (2) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and the need to promote uniformity in their application.
- (3) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.

Section 2. General Principles

Article 5. FREEDOM OF CONTRACT

The parties are free to enter into contracts and to determine their content, so long as this does not violate public policy or the law.

Article 6. BINDING FORCE OF CONTRACT

A contract validly entered into is binding upon the parties.

Article 7. GOOD FAITH

- (1) The parties must act in accordance with the requirements of good faith.
- (2) Agreements limiting good faith shall have no effect whatsoever.

CHAPTER 2. FORMATION OF THE CONTRACT

Section 1. Definition and elements of the contract

Article 8. DEFINITION OF CONTRACT

A contract is an agreement by means of which two or more parties create, transfer, modify, or extinguish a legal relationship of an economic nature.

Article 9. ELEMENTS OF A CONTRACT

Consent, subject-matter, cause, and in certain cases, formalities, are the elements required to form a contract.

Section 2. Contract negotiation**Article 10. FREEDOM OF AND WITHDRAWAL FROM NEGOTIATION**

The parties are free to negotiate the contract and to withdraw from the negotiations at any time, in accordance with good faith.

Article 11. WITHDRAWAL AGAINST GOOD FAITH

- (1) Compensation must be provided for the loss caused by withdrawing from negotiations in bad faith.
- (2) A party that initiates or continues negotiations when not able or not intending to reach an agreement is also required to provide this compensation.
- (3) In no event shall compensation be provided for the loss of expected benefits under a contract that is not concluded.

Article 12. DUTY OF CONFIDENTIALITY

- (1) A party receiving confidential information in the course of negotiating a contract may not use or disclose such confidential information, subject to compensation for the losses and restitution of benefits received.

Section 3. Consent**Article 13. CONCLUSION OF THE CONTRACT**

Contracts are concluded at the time of valid acceptance, unless the parties agree otherwise or unless otherwise provided by law.

Article 14. CONSENT OF THE PARTIES

The consent of the parties is demonstrated by their statements or conduct.

Article 15. DEFINITION OF OFFER

- (1) A proposal for the conclusion of a contract constitutes an offer if it indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance and if it is sufficiently definite

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- (2) An offer may be made to one or more specific persons or to the public at large.

Article 16. EFFECT AND WITHDRAWAL OF OFFER

- (1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.
- (2) An offer may be withdrawn before it reaches the offeree.

Article 17. REVOCATION OF OFFER

- (1) An offer may be revoked before the offeree has dispatched an acceptance.
- (2) If acceptance consists of a conduct differing from a declaration of acceptance, it may be revoked until the contract is concluded.

Article 18. IRREVOCABLE OFFER

An offer is irrevocable if:

- (1) The offeror has indicated that it is irrevocable
- (2) The offeror has fixed a time for its acceptance and the offeror does not expressly reserve the power to revoke it.
- (3) The offeree has been able to rely, in good faith, on the offer being irrevocable.

Article 19. EXPIRATION OF THE OFFER

The offer will expire in the following cases, even if it is irrevocable:

- (1) When rejected by the offeree. Expiration will be effective at the time the rejection reaches the offeror.
- (2) When the offeree's reply contains additions, limitations, or other modifications that materially alter the terms of the offer.
- (3) When the offeror dies or is incapacitated prior to receiving the acceptance.
- (4) When it is not accepted within the time fixed by the offeror or, if no time is fixed, within a time that may be expected in good faith.

Article 20. ACCEPTANCE

Any statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer constitutes acceptance.

Article 21. SILENCE AS ACCEPTANCE

Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance, except when it is considered to be an acceptance by operation of law, the intention of the parties, customs and usages, or the prior conduct of the parties.

Article 22. EFFECTS OF ACCEPTANCE

- (1) A contract is concluded at the time the acceptance reaches the offeror.
- (2) When acceptance consists of a conduct, conclusion of the contract will take place at the time the offeror becomes aware of such conduct.
- (3) If by virtue of the offer or as a result of practices that the parties have established between themselves, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, acceptance will be effective at the moment the act is performed.

Article 23. TIME OF ACCEPTANCE

- (1) Any form of acceptance is effective when it reaches the offeror within the fixed time or, if no time is fixed, within a time period that is in accordance with good faith, having regard to the circumstances of the negotiation and to the means of communication employed by the offeror.
- (2) An oral offer must be accepted immediately, unless the circumstances indicate otherwise.

Article 24. LATE ACCEPTANCE

A late acceptance is effective if:

- (1) The offeror immediately notifies the offeree to that effect.
- (2) The written communication containing the late acceptance shows that it should have reached the offeror within the fixed time.

Article 25. AGREEMENT WITH THE TERMS OF THE OFFER

- (1) A reply to an offer that contains additions, limitations, or modifications constitutes a counteroffer.
- (2) However, if the terms of the offer are not materially altered, the reply constitutes an acceptance, and the contract will be concluded with such additions, limitations or modifications.
- (3) Even when the limitations or modifications do not materially alter the terms of the offer, the reply will be understood as a rejection in the following cases:

- (a) When the offer expressly demands full or partial acceptance of the proposed terms.
- (b) When the offeror without delay informs the offeree of its objection to the changes.

Article 26. WITHDRAWAL OF ACCEPTANCE

Acceptance may be withdrawn until the time at which it becomes effective.

Section 4. Defects of the contract

Article 27. SCOPE OF APPLICATION

The defects of the contract are mistake, fraud, threat, and gross disparity.

Article 28. MISTAKE

Mistake means ignorance or an erroneous assumption relating to facts or to law when of such importance that a reasonable person in the same situation would not have concluded the contract or would have done so on significantly different terms.

Article 29. GROUNDS FOR MISTAKE

- (1) Mistake vitiates a contract when:
 - (a) It is caused by information supplied by the other party.
 - (b) The other party knew or should have known of the mistake and did not disclose it against good faith.
 - (c) Both parties made the same mistake.
- (2) In these cases, the contract is null if the mistake can be excused or the risk of its existence was not or ought not to have been assumed by the person who made it.

Article 30. IMPEDIMENT TO INVOKING MISTAKE

A mistaken party may not claim nullity of the contract if the counterparty offers to perform it in the manner and with the content according to which the mistaken party had intended to form the contract.

Article 31. MISTAKE IN EXPRESSION OR TRANSMISSION

The provisions of the foregoing articles apply to mistakes in expressing and transmitting intention.

Article 32. FRAUD

- (1) Fraud is the deceitful inducement to conclude a contract by means of an act or omission of a party thereto or of a third party.
- (2) Fraud vitiates the contract when it is clear that in its absence the parties would not have concluded the contract and there has been no reciprocal fraud.

Article 33. COMPENSATION FOR FRAUD

- (1) The defrauding party is liable for damages.
- (2) The party that was, at the time the contract was concluded, aware of the fraud committed by a third person is jointly and severally liable.

Article 34. THREAT

A contract may be annulled if a party has been led to conclude it by an unlawful threat of an imminent and serious harm.

Article 35. DETERMINATION OF THREAT

Consideration must be given to the age, gender, personal condition, and other circumstances of the party in question that might have a bearing on the seriousness of the threat.

Article 36. EVENTS NOT CONSTITUTING THREAT

Threatening the regular exercise of a right and simple reverential fear are not grounds for annulling a contract.

Article 37. GROSS DISPARITY

- (1) A party may seek the adaptation of a contract or any of its clauses, or to annul the contract, if it or they give the other party an excessive advantage in contravention of the requirements of good faith.
- (2) All circumstances must be taken into account when considering the excessiveness of an advantage, in particular the dependence of the ag-

grieved party and its extraordinary economic distress, urgent needs, ignorance or lack of experience.

Likewise, the relationship of trust existing between the parties as well as the nature and purpose of the contract must be taken into consideration.

- (3) Upon request of the aggrieved party, the court may adapt the contract in order to make it consistent with the agreement that would have been reached by the parties in accordance with good faith.
- (4) The party against which an action of nullity is brought may also request adaptation in accordance with the previous paragraph, provided it promptly informs the other party of this decision.

Section 5. Subject-matter, cause and formal requirements of the contract

Article 38. SUBJECT-MATTER OF THE CONTRACT

- (1) The subject-matter of a contract must be ascertained or ascertainable, possible, and lawful.
- (2) It is unlawful when it is prohibited by law or when it is contrary to good morals or to public policy.

Article 39. CAUSE OF THE CONTRACT AND OBLIGATION

- (1) All obligations require a cause. A cause is presumed to exist as long as it is not proven otherwise, even if it is not expressed.
- (2) The cause of the contract must be lawful.

Article 40. FORMAL REQUIREMENTS

- (1) As to form, a contract is valid when it complies with the requirements of the law that govern it, or the legal requirements of the State in which it is concluded, or the law of the place where it is to be performed.
- (2) When persons are located in different States at the time a contract is concluded, the place of conclusion shall be understood as the place where the contract is concluded in accordance with these Principles.

CHAPTER 3. NULLITY OF CONTRACT

Article 41. ABSOLUTE AND RELATIVE NULLITY

Nullity is absolute when the public interest is affected; and relative when only private interests are affected.

Article 42. TOTAL OR PARTIAL NULLITY

- (1) Where one or more individual terms of a contract are found to be null, the remaining terms of the contract will continue in effect, unless this is not possible due to the nature of the contract or the original intention of the parties. In the event of the latter, a court must rule on the nullity of the entire contract.
- (2) As to partial nullity, if necessary, a court may adapt the contract in accordance with the requirements of good faith.

Article 43. INVOKING NULLITY

Nullity may be invoked through an action or a defense.

Section 1. Absolute nullity**Article 44. STANDING**

Absolute nullity must be determined by a court, and may be undertaken at the own motion of the court. It may also be invoked by any interested party, even when such party is not party to the contract.

Article 45. GROUNDS FOR NULLITY

Contracts that violate the law, public policy, or good morals incur absolute nullity.

Article 46. CONFIRMATION UNDER ABSOLUTE NULLITY NOT POSSIBLE

A contract affected by absolute nullity cannot be confirmed.

Section 2. Relative nullity**Article 47. STANDING**

Relative nullity may only be invoked by the person for whose benefit it is established.

Article 48. CONFIRMATION AND PRESCRIPTION

- (1) The party with the right to invoke relative nullity may confirm the contract by explicitly or implicitly expressing its intention to uphold the contract as valid.

- The act of validation does not require the consent of the other party.
- (2) The confirmed contract will be understood as valid as of its conclusion and in no way will it impair third parties in good faith.
 - (3) The action to invoke relative nullity is extinguished by prescription.

Article 49. OPTION WITH THE MEANS OF RELIEF

The party with the right to invoke the relative nullity of the contract or exercise one of the means of relief for non-performance may choose between these options.

Section 3. Effects of nullity

Article 50. EFFECTS OF NULLITY BETWEEN THE PARTIES

- (1) The nullity results in the extinction of the contract, unless is the nullity is partial.
- (2) Restitutions are governed by the rules provided in articles 119 and 123.

Article 51. EFFECT ON THIRD PERSONS

Nullity may be upheld against third persons, except when they have acquired rights through the payment of valuable consideration and in good faith.

Article 52. RESTITUTION NOT POSSIBLE DUE TO UNLAWFUL SUBJECT-MATTER OR CAUSE

Restitution is not possible with regard to transfers or payments knowingly proceeding from an unlawful subject matter or cause.

CHAPTER 4. SIMULATION

Article 53. SIMULATION BETWEEN THE PARTIES

A private declaration by the parties that is inconsistent with that which they have overtly contracted for may be enforced by either party.

Article 54. SIMULATION AND THIRD PERSONS

- (1) Third persons in good faith may enforce the private declaration or that which they have apparently contracted for, at their discretion.

- (2) Third persons may seek a declaration of simulation to the extent the declaration affects their interests.
- (3) In the event of a dispute between third persons, preference will be given to the third persons in good faith that enforce the overt act.

CHAPTER 5. EFFECTS OF A CONTRACT ON THIRD PARTIES

Section 1. Representation

Article 55. SCOPE OF APPLICATION

This section does not govern representation conferred by law, or as a result of an appointment made by a public or judicial authority.

Article 56. SCOPE OF THE AUTHORITY

- (1) The acts that one person performs in the name of another, within the scope of its authority, produce the same effects as if it had been done by the principal; so long as the third party knew, or ought to have known that the representative was acting in that capacity.
- (2) When the principal authorizes the representative to act in its own name, the effects of the contract entered into by the representative with a third party will directly affect the representative.

Article 57. AUTHORITY TO ACT

- (1) The scope of the representative's authority is determined by the grant, notwithstanding the authority that is implied from the nature of the transaction entrusted.
- (2) The authority granted in general terms, authorizes the agent to perform the acts of ordinary administration related with the entrusted transactions.
- (3) All other acts require the conferral of special authority.
Authority may be conferred either expressly or implicitly.

Article 58. IMPLICIT REPRESENTATION

When a party acts as an employee of a business, or under other analogous circumstances, it is to be understood that they have authority to perform the acts that are ordinarily performed in the course of that business.

Article 59. APPARENT AUTHORITY

The act performed by a party that acts without authority, or exceeding its authority, does not bind the principal with the third party, unless the third party had believed, because of the principal's behavior, that the representative had authority to act.

Article 60. ACTS PERFORMED WITHOUT AUTHORITY

- (1) The person that acts without authority, or exceeding its authority, shall be liable for damages to the third party, unless the third party knew, or ought to have known, that the person acted without authority, or exceeding its authority.
- (2) The principal may ratify the acts performed by the person that acted without authority, or exceeding its authority, in which case the principal is bound as of the date of the act, notwithstanding the rights of third persons in good faith.

Article 61. DELEGATION OF AUTHORITY

- (1) Unless otherwise agreed, the representative has authority to delegate authority to another person, in which case the representative is liable for the acts of the delegate.
- (2) The representative is not liable for the acts of the delegate, if the delegate has been appointed by the principal.

Article 62. SEVERAL REPRESENTATIVES

Where several representatives have authority, it is to be understood that all of them act separately, unless otherwise agreed.

Article 63. CONFLICT OF INTERESTS

- (1) The representative cannot enter into self-contracting, or conclude a contract with third parties that could involve the representative a conflict of interest with the principal, unless the principal authorizes it, or if due to the nature of the act, no detriment to the interests of the principal is caused. The representative is also precluded from entering into contracts, when also acting as a representative for the third party.
- (2) The contract concluded in violation of this provision may be annulled.

Article 64. TERMINATION AND MODIFICATION OF THE AUTHORITY

- (1) Termination or modification of the authority, for whatever cause, shall not be upheld against third parties, unless they knew or ought to have known of it.
- (2) Notwithstanding the extinction of authority, the representative remains authorised and shall perform those acts that are necessary to prevent harm to the principal's interests.

Section 2. Contracts in favour of third parties**Article 65. SCOPE OF APPLICATION**

- (1) Any party may contract in favour of a third party, and both the promisee and the beneficiary may demand what has been contracted.
- (2) If the third party renounces the benefit, it will be considered as having never acquired the right.

Article 66. RIGHT OF REVOCATION

- (1) The promisee may revoke the contract or substitute the third party as long as the third party has not accepted it. The acceptance of the beneficiary renders the right conferred irrevocable.
- (2) In the event of revocation or of lack of acceptance, the right will remain with the promisee, unless the contract indicates otherwise.

Article 67. DEFENCES

The promisor may assert against the third party all defences arising out of the contract concluded with the promisee.

Section 3. Promise that the third party will do something**Section 68. PROMISE THAT THE THIRD PARTY WILL DO SOMETHING**

A party that has promised that a third party will assume an obligation will be liable for compensating the counterparty if the third party refuses to be bound.

CHAPTER 6. INTERPRETATION

Article 69. COMMON INTENTION OF PARTIES

A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties.

Article 70. CRITERIA FOR DETERMINING THE COMMON INTENTION OF THE PARTIES

When determining the common intention of the parties, regard shall be had, among others, to the following criteria:

- (a) The rules of interpretation agreed upon by the parties.
- (b) The conduct of the parties during the formation, conclusion and performance of the contract.
- (c) Prior, concurrent, or subsequent conduct of the same parties in other contracts of the same nature.
- (d) The type, subject-matter and cause of the contract.
- (e) The usages of the place where the contract is concluded.

Article 71. MEANING OF TECHNICAL WORDS

Technical words and terms of art shall have the meaning assigned to them by those practising in the respective field, unless it is evident they have been assigned a different meaning.

Article 72. SYSTEMATIC INTERPRETATION

The clauses of a contract shall be interpreted one by another, so as to give them the meaning that most conforms to the contract in its entirety.

Article 73. USEFUL INTERPRETATION OF THE CONTRACT

The interpretation of a clause that is able to produce some effect shall be preferred to the interpretation of a clause that is not capable of producing any effect.

Article 74. AMBIGUOUS CLAUSES

Ambiguous clauses shall be interpreted in favour of the party that has contracted under the dominant influence of the other party, taking into consideration the dependence of the affected party, its extraordinary eco-

conomic distress, its imperative urgent needs, its ignorance, its lack of experience, or its lack of bargaining skill.

Article 75. NON-NEGOTIATED CLAUSES

Non-negotiated clauses must be interpreted against the party that proposed them.

Article 76. INTERPRETATION IN ACCORDANCE WITH GOOD FAITH

Contracts must always be interpreted in accordance with good faith.

CHAPTER 7. PERFORMANCE OF CONTRACT

Article 77. PERFORMANCE DEFINED

Performance is the fulfilment of an obligation according to its terms.

Article 78. PLACE OF PERFORMANCE

- (1) An obligation must be performed at the place expressly or implicitly fixed by, or determinable from the contract.
- (2) If the previous rule does not apply, the place of performance shall be:
 - (a) For monetary obligations, at the address of the obligee.
 - (b) For obligations, the subject-matter of which are specific goods, at the place where the goods were located when the contract was concluded.
 - (c) For all other obligations, at the address of the obligor.

If the obligor moves, the obligee has the right to demand payment at the current or previous address. The obligor has the same option when the place of payment is the address of the obligee.

Article 79. TIME OF PERFORMANCE

- (1) The contract must be performed at the time fixed by the contract, and in the absence of any provision, the following rules shall apply:
 - (a) If performance can take place immediately, it shall take place within the shortest time possible after the conclusion of the contract.

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- (b) If a lapse of time is required due to the nature of the performance, it shall be performed within the shortest time possible after the conclusion of the contract.
- (2) If it is not possible to fix the time of performance in accordance with these rules, the contract must be performed at the time resulting from its nature, usages, or good faith.

Article 80. EARLIER PERFORMANCE

- (1) The obligor may perform early, unless this seriously harms the interests of the other party. Earlier performance does not affect the performance of the reciprocal obligation.
- (2) The obligee may waive the lapse of time established in its favour.

Article 81. EARLY ENFORCEABILITY OF THE OBLIGATION

Performance of the contract cannot be demanded prior to the lapse of the time agreed, except:

- (a) If the obligor has been declared bankrupt or insolvent.
- (b) If the obligor has not established the promised guarantees or the guarantees have suffered a considerable reduction due to a cause attributable to the obligor.
- (c) If the time period is only fixed in favour of the obligee.

Article 82. PERFORMANCE BY THIRD PARTY

- (1) The contract may also be performed by a third party, except when special conditions of the obligor have been considered or the obligee and obligor both oppose this.
- (2) An interested third party is a person for whom the failure of the obligor to perform may cause economic damage.

Article 83. COSTS

- (1) Unless otherwise agreed, each party shall bear the costs of performing its obligations.
- (2) An obligee is liable for the costs arising out of a default attributable to it.

Article 84. CHANGE OF CIRCUMSTANCES

- (1) If after its conclusion, performance of the contract becomes excessively onerous or the utility of the performance considerably decreases, due to

a change of circumstances, the event or magnitude of which could not have been reasonably foreseen, and if the risk of the change of circumstances has not been assumed by the affected party, the latter may request the renegotiation of the contract.

- (2) Performance of the contract is not suspended during the renegotiation, unless such performance causes irreparable harm to the affected party.
- (3) If, after a reasonable time, the parties have not adapted the contract, either party may request the court to adapt or terminate the contract. In adapting the contract, the court has to take into consideration the distribution of risk and the costs assumed by the parties.

Article 85. FRUSTRATION OF THE CAUSE OF THE CONTRACT

The definitive frustration of the contract's cause, due to a change of the circumstances existing at the time of its conclusion, unforeseen by the parties and that exceeds the risks assumed by the affected party, authorizes the latter to terminate the contract.

CHAPTER 8. NON-PERFORMANCE OF THE CONTRACT

Section 1. Non-performance in general

Article 86. NON-PERFORMANCE DEFINED

- (1) Non-performance is a failure to perform the contract in the agreed manner.
- (2) Defective performance includes all forms of non-conformity between that which was agreed and that which was performed by the obligor.
- (3) Non-performance by the obligor includes the persons it employs to perform the obligation.

Article 87. FUNDAMENTAL NON-PERFORMANCE

Non-performance shall be understood as fundamental when:

- (a) The parties have agreed that it is with respect to specific obligations or specific events of non-performance.
- (b) The non-performance is intentional.
- (c) The conduct of the non-performing party gives the obligee reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.
- (d) It substantially deprives the obligee of what it was entitled to expect according to that which was foreseeable for the parties at the time the contract was concluded.

- (e) The obligor does not perform within the term for cure, as set forth in article 93.

Article 88. ACTS OR OMISSIONS OF THE OBLIGEE

The obligee may not invoke non-performance due to its own acts or omissions.

Article 89. FORCE MAJEURE OR ACTS OF GOD

Force majeure or an act of God is an event beyond the control of the obligor that temporarily or permanently impedes it from performing an obligation at no risk to it and the occurrence and effects of which it could not have avoided.

Article 90. TOTAL OR PARTIAL IMPOSSIBILITY TO PERFORMANCE

- (1) The total and final supervening impossibility to performing a contractual obligation due to an act of God extinguishes the obligation and releases the obligor. In this event, the obligee may choose to terminate the contract or require the assignment of the rights and actions that, due to the impossibility, the obligor held against a third party.
- (2) When the impossibility is partial or temporary, the obligee may suspend performance or reduce it by an equal proportion, unless, as a result of the impossibility, it substantially deprives it of what it was entitled to expect according to that which was foreseeable at the time the contract was concluded. In the event of the latter, the option set forth in paragraph (1) shall apply.

Section 2. Means of relief for the obligee

Article 91. MEANS OF RELIEF

- (1) In the event of non-performance, the obligee may, at its discretion and as appropriate, exercise one of the following means of relief for the non-performance:
 - (a) Specific performance;
 - (b) Price reduction;
 - (c) Termination of the contract;
 - (d) Suspension of performance; and
 - (e) Damages.

- (2) Damages may be claimed separately or in conjunction with the remaining means of relief.

Article 92. NOTICE OF DEFECTIVE PERFORMANCE

- (1) In the event of defective performance, the obligee shall give notice of the non-conforming performance within a reasonable time after it should have become aware of it.
- (2) If notice is not given, the obligee may not demand performance or terminate the contract.

Article 93. PERIOD FOR CURE

- (1) Unless non-performance is fundamental, the obligee must allow an additional period of reasonable length for cure non-performance.
- (2) During the additional period, the obligee cannot exercise any mean of relief incompatible with the cure, notwithstanding its right to claim damages.
- (3) If the obligor fails to effect cure within the time allowed, or declares that non-performance shall not be cured, the creditor may exercise any of the means of relief.

Article 94. SPECIFIC PERFORMANCE

- (1) Specific performance can always be demanded for monetary obligations.
- (2) In the case of non-monetary obligations, specific performance is subject to the following limitations:
 - (a) It may not be demanded when performance is impossible. However, the obligee may require that the non-performing party assign its rights and actions against third parties;
 - (b) Even though it is possible, specific performance may not be demanded when it is extremely burdensome for the obligor, taking into consideration that the obligee may satisfy its interest by choosing another means of relief.
 - (c) It may not be demanded when it represents an injury to personal dignity.

Article 95. REPAIR AND REPLACEMENT OF DEFECTIVE PERFORMANCE

- (1) Regarding defective performance, specific performance includes the repair or cure of the non-conformity or replacement, subject to the limitations contained in the previous article.
- (2) Replacement always requires fundamental non-performance.

Article 96. PRICE REDUCTION

- (1) In the event of defective performance, the obligee may accept this and reduce the price in proportion with the difference between the value of the performance at the time it was carried out and the value it would have had at that same time if the performance had occurred.
- (2) Reduction in price is not compatible with compensation for reduction in the value of performance.
- (3) In any case, the obligee may demand compensation for other damages.

Article 97. TERMINATION DUE TO NON-PERFORMANCE

- (1) Any party to a contract may terminate it when the other party incurs fundamental non-performance.
- (2) Reciprocal non-performance shall not prevent the termination of the contract.
- (3) A contract may be terminated by a court or by notice.

Article 98. TERMINATION BY NOTICE

Termination exercised by written notice to the other party shall be effective upon receipt.

Article 99. EFFECTS OF TERMINATION

- (1) Termination extinguishes the effects of a contract. Notwithstanding, it does not affect the clauses agreed to by the parties for the settlement of disputes or those related to non-performance itself, or any other clause which is to operate even after the termination.
- (2) Restitutions may be demanded in accordance with articles 119 and 123.

Article 100. EFFECTS ON THIRD PARTIES

The rules provided in article 51 regarding third parties, are applicable as per termination.

Article 101. TERMINATION CLAUSES

- (1) The parties may incorporate into the contract clauses that provide the aggrieved party with the power to terminate it.
- (2) The clauses must indicate the obligations, if not performed, causes termination.
- (3) These clauses shall not deprive the aggrieved party of the possibility to choose any other means of relief.

Article 102. SUSPENSION OF PERFORMANCE

Each party may refuse to perform if the other does not perform, unless performance by one must take place prior to performance by the other due to the nature of the contract or an agreement between the parties.

Article 103. EARLIER SUSPENSION OF PERFORMANCE

A party may refuse to perform the contract when, prior to the date of performance, it is evident that the obligor will not perform. Suspension shall cease if the obligor performs or adequately guarantees performance.

Article 104. DAMAGES

When non-performance results in damages, the obligor is liable for compensation.

If non-performance is the result of an act of God, there shall be no grounds for damages.

Article 105. DAMAGES SUBJECT TO COMPENSATION

The recovery of damages covers monetary and non-monetary harm.

Article 106. INTEREST AND DAMAGES

Non-performance of a monetary obligation requires the obligor to pay interest, notwithstanding compensation for other harm.

Article 107. FORESEEABILITY OF HARM

- (1) The non-performing party shall be liable for harm it could have foreseen at the time of the conclusion of the contract and that results from its non-performance.
- (2) In the event of fraud or gross negligence, the obligor shall be liable for all harm that results from its non-performance.

Article 108. CONTRIBUTION OF THE OBLIGEE TO ITS HARM

Compensation is subject to reduction when the obligee has contributed to the non-performance by way of its acts or omissions.

Article 109. MITIGATION OF LOSS

- (1) Compensation is subject to reduction when the obligee has failed to take reasonable measures to mitigate loss in good faith. Reduction shall correspond to the amount by which the loss could have been mitigated.
- (2) The obligee is entitled to compensation for what it has allocated towards mitigating the loss, even if these measures have been ineffective.

Section 3. Clauses regarding non-performance

Article 110. PENALTY CLAUSE

A penalty clause is that in which one of the parties is to pay a sum of money to the other in case of non-performance.

Article 111. FUNCTIONS OF THE PENALTY CLAUSE

- (1) The penalty clause guarantees the exact and timely performance, and estimate the damages with anticipation.
- (2) The penalty may be agreed in substitution of compensation for the value of the object of the obligation, of the damages beyond the value of the object, or of those derived from mere delay on performance.

Article 112. ENFORCEABILITY OF THE PENALTY CLAUSE

The penalty may be requested with no proof of harm. Force majeure excludes payment of the penalty, unless otherwise agreed.

Article 113. MODIFICATION OF THE PENALTY

A court may, upon request by a party, reduce the penalty when it is manifestly excessive, taking into consideration the value of the performance, the nature and purpose of the contract, and other relevant circumstances.

Article 114. REDUCTION DUE TO DEFECTIVE PERFORMANCE

If performance is defective and the obligee accepts it, the obligor will be entitled to proportionally reduce the penalty, unless otherwise agreed.

Article 115. PENALTY CLAUSE AND PERIOD FOR CURE

The period of cure provided in article 93 does not preclude the obligee from the right to request the penalty for the value of the performance,

when the parties have agreed that the penalty will be compatible with the specific performance of the contract.

Article 116. COMPATIBILITY BETWEEN PENALTIES AND MEANS OF RELIEF

Unless otherwise agreed, the obligee:

- (1) May choose between the penalty or damages.
- (2) May accumulate specific performance with the penalty for damages that exceed the value of the performance or of those derived from delayed performance.
- (3) May accumulate the penalty with damages that exceed the value of the performance with the price reduction.
- (4) May not accumulate the penalty agreed for the value of the performance with specific performance.
- (5) May not request specific performance or termination along with the penalty agreed for the value of the performance, but either one or the other.

Article 117. EARNEST MONEY

- (1) If the contract is entered into considering earnest money, each party may withdraw from the contract. As a result, the party that has provided earnest money loses it, and the party that has received the earnest money, has to return it plus an equivalent amount.
- (2) If the parties have not agreed a time for the withdrawal that causes the loss of the earnest money, they may only withdraw prior to the beginning of the performance of the contract.
- (3) If parties do not exercise their right to withdraw, the earnest money shall be applied to the performance of the contract, or be returned, as appropriate.

Article 118. LIMITATION AND EXCLUSION CLAUSES

- (1) The parties may incorporate into the contract clauses that limit or exclude damages.
- (2) These clauses shall have no effect, if non-performance is intentional or grossly negligence.
- (3) Damages caused to inalienable rights of the obligee do not admit limitation or exclusion whatsoever.

Section 4. Restitutions

Article 119. RESTITUTION IN CASE OF NULLITY AND TERMINATION

- (1) If the contract is annulled or terminated, restitution shall be made for performance that has taken place and any fruits received, concurrently or within the time agreed by the parties, or otherwise, by the court.
- (2) Restitution of useful and equivalent performances that has taken place is not required, unless the purpose of the contract requires its complete performance. Utility shall be considered in accordance to the purpose of the contract.
- (3) When performances have not been useful, the provision set forth in paragraph number 1 shall be applied.
- (4) When performances are not equivalent, restitution shall be limited to the value of the difference.

Article 120. RESTITUTION OF A SUM OF MONEY

- (1) Restitution of a sum of money include indexation and legal interests, accrued until complete payment.
- (2) Interests are accrued from payment if the party that has received has acted in bad faith. If a party that has received a sum of money has acted in good faith, interests are accrued from the time of notice of the lawsuit, or from the time of termination.

Article 121. RESTITUTION NOT POSSIBLE

- (1) When restitution is not possible, the obligee shall be entitled to the value of the performance fixed at the time of impossibility.
- (2) Each party may choose between which has been set forth in the previous paragraph or to demand that the other party assign its rights or actions against third parties.

Article 122. SUSPENSION OF RESTITUTION

A party shall not be compelled to comply with its restitutionary obligations whilst the other does not comply with its own restitutionary obligations.

Article 123. GUARANTEES

The contract's guarantees shall be extended to the obligation of restitution, until the agreed time, with the exception for those granted by third parties.

PRINCIPI LATINOAMERICANI DEL DIRITTO DEI CONTRATTI^{*,**}

CAPITOLO 1. CAPITOLO PRELIMINARE

Sezione 1. Disposizioni generali

Articolo 1. AMBITO DI APPLICAZIONE

- (1) Questi Principi stabiliscono norme generali applicabili nella contrattazione nazionale ed internazionale, però no ai contratti di consumo.
- (2) Questi Principi si applicano quando le parti:
 - a) Si sottopongono ad essi in tutto o in parte.
 - b) Abbiano stabilito che il loro contratto, sia regolato dai Principi generali del diritto, la *lex mercatoria* o espressioni simili.

Articolo 2. FUNZIONI

- (1) Questi Principi si applicano per interpretare gli strumenti internazionali di diritto uniforme ed il diritto nazionale applicabile al contratto.
- (2) Serviranno inoltre come modello per i legislatori nazionali o internazionali.

Articolo 3. ORDINE PUBBLICO E NORME IMPERATIVE

Questi Principi non limitano l'applicazione di norme imperative né l'attuazione dei Principi protetti dall'ordine pubblico, nazionale, internazionale o sovranazionale, applicabile secondo le norme di diritto internazionale privato.

* Il testo corrisponde a quello approvato dal gruppo dei professori che hanno elaborato i Principi nell'agosto 2016, in Santiago de Chile, insieme ai cambi accordati nella riunione dell'agosto del 2017 a Bogotá, Colombia.

** Traducción de Alfredo Ferrante, Profesor en Derecho Civil de la Universidad Alberto Hurtado. Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: aferrante@uahurtado.cl.

Articolo 4. ATTUAZIONE, INTERPRETAZIONE ED INTEGRAZIONE DEI PRINCIPI

- (1) Le parti possono modificare, revocare o escludere l'applicazione di questi Principi o di alcune delle sue disposizioni, se non diversamente indicato.
- (2) Nell'interpretazione di questi Principi si terrà conto del suo carattere internazionale e della necessità di promuovere l'uniformità nella sua applicazione.
- (3) Le questioni che rientrano nell'ambito d'applicazione di questi Principi, ma non espressamente risolte da questi ultimi, si risolveranno per quel che è possibile in accordo con i principi generali sottostanti.

Sezione 2. Principi generali

Articolo 5. LIBERTÀ CONTRATTUALE

Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto quando non è contrario all'ordine pubblico o alla legge.

Articolo 6. FORZA OBBLIGATORIA DEL CONTRATTO

Qualsiasi contratto validamente concluso è vincolante per le parti.

Articolo 7. BUONA FEDE

- (1) Le parti devono agire alla stregua delle esigenze imposte dalla buona fede.
- (2) Le clausole limitative contrarie alla buona fede non producono nessun effetto.

CAPITOLO 2. FORMAZIONE DEL CONTRATTO

Sezione 1. Definizione ed elementi del contratto

Articolo 8. DEFINIZIONE DEL CONTRATTO

Il contratto è un accordo con il quale due o più parti creano, trasferiscono, modificano o estinguono un rapporto giuridico di contenuto economico.

Articolo 9. REQUISITI DEL CONTRATTO

Sono requisiti per la formazione del contratto: l'accordo delle parti, l'oggetto e la causa ed in certi casi la forma.

Sezione 2. Trattative del contratto

Articolo 10. LIBERTÀ DELLE TRATTATIVE

Le parti sono libere di negoziare il contratto e di ritirarsi in qualsiasi momento però lo devono fare secondo buona fede.

Articolo 11. DANNO NELLE TRATTATIVE DEL CONTRATTO

- (1) Il danno provocato dal recesso dalle trattative contrario alle esigenze di buona fede deve essere indennizzato.
- (2) In particolare, è obbligato a questa riparazione chi avvia la trattativa o la continua senza animo o possibilità di contrarre.
- (3) In nessun caso si indennizzerà la perdita dei benefici attesi del contratto non celebrato.

Articolo 12. OBBLIGO DI RISERVATEZZA

- (1) Chi riceve informazione riservata ottenuta mediante le trattative contrattuali non può utilizzarla né divulgarla, a pena di risarcire il danno e restituire i benefici ottenuti.

Sezione 3. L'accordo delle parti

Articolo 13. CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Salvo diverso accordo tra le parti o che la legge disponga in senso contrario, il contratto si considera concluso nel momento in cui l'accettazione produce i suoi effetti.

Articolo 14. L'ACCORDO DELLE PARTI

L'accordo delle parti si manifesta mediante dichiarazioni o comportamenti.

Articolo 15. DEFINIZIONE DI PROPOSTA

- (1) L'offerta di concludere un contratto costituisce proposta se rivela l'intenzione del proponente di obbligarsi in caso di accettazione e se risulta sufficientemente precisa.
- (2) La proposta può essere diretta ad una o più persone determinate o al pubblico in generale.

Articolo 16. EFFETTO E RITIRO DELLA PROPOSTA

- (1) La proposta produce effetti dal momento che giunge al suo destinatario.
- (2) La proposta può essere ritirata fino a che non giunga al destinatario.

Articolo 17. REVOCA DELLA PROPOSTA

- (1) La proposta può essere revocata finché il destinatario ha inviato la sua accettazione.
- (2) Se l'accettazione consista in un comportamento diverso dalla dichiarazione, può revocarsi fino alla conclusione del contratto.

Articolo 18. PROPOSTA IRREVOCABILE

La proposta è irrevocabile se:

- (1) Il proponente le ha dato tale carattere.
- (2) Il proponente ha fissato un termine per l'accettazione, senza essersi riservato espressamente la facoltà di revocarla.
- (3) Il destinatario abbia fatto affidamento, secondo buona fede, a che la proposta fosse irrevocabile.

Articolo 19. SCADENZA DELLA PROPOSTA.

La proposta, anche se irrevocabile, scade se:

- (1) È stata rifiutata dal destinatario, dal momento in cui il rifiuto perviene al proponente.
- (2) La risposta del destinatario contiene aggiunte, limitazioni o altre modifiche che alterano sostanzialmente i termini della proposta.
- (3) Il proponente muore o diviene incapace legale assoluto prima della ricezione dell'accettazione.
- (4) Non è accettata dentro il termine stabilito dal proponente o, in mancanza del termine, in quello che ci si può aspettare secondo la buona fede.

Articolo 20. DEFINIZIONE DI ACCETTAZIONE

Costituisce accettazione qualsiasi dichiarazione o comportamento del destinatario indicante conformità con la proposta.

Articolo 21. IL SILENZIO COME ACCETTAZIONE

Il silenzio o l'inerzia da soli non costituiscono accettazione, salvo nei casi in cui la legge, la volontà delle parti, gli usi normativi e negoziali o i comportamenti anteriori delle parti, concedano loro tal carattere.

Articolo 22. EFFETTI DELL'ACCETTAZIONE

- (1) Il contratto è concluso nel momento in cui l'accettazione perviene al proponente.
- (2) Se l'accettazione consiste in un comportamento, la conclusione del contratto si realizzerà dal momento in cui il proponente la conosca.
- (3) Se in virtù della proposta, o degli usi negoziali che le parti hanno stabilito tra loro, il destinatario può manifestare il suo consenso compiendo un atto senza notificarlo al proponente, l'accettazione è efficace dal momento in cui si realizza detto atto.

Articolo 23. LA POSSIBILITÀ DI ACCETTAZIONE

- (1) L'accettazione, qualsiasi sia la sua forma, produce effetti se giunge al proponente entro il termine fissato; in mancanza di un termine, sarà quello che risulti conformemente alla buona fede, considerandosi le circostanze delle trattative ed i mezzi di comunicazione utilizzati dal proponente.
- (2) L'accettazione delle proposte orali deve essere immediata, a meno che le circostanze non indichino il contrario.

Articolo 24. L'ACCETTAZIONE TARDIVA

L'accettazione tardiva produce effetti se:

- (1) Il proponente, senza indugio, fa pervenire la sua conformità al destinatario.
- (2) Dalla comunicazione scritta contenente l'accettazione tardiva si deduce che avrebbe raggiunto il proponente in tempo.

Articolo 25. LA CONFORMITÀ AI TERMINI DELLA PROPOSTA

- (1) La risposta ad un'offerta che contiene aggiunte, limitazioni o modifiche costituisce una controproposta.
- (2) Tuttavia, se sostanzialmente non si modificano i termini della proposta, la risposta costituisce una accettazione ed il contratto è concluso con queste aggiunte, limitazioni o modifiche.

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- (3) Anche se le limitazioni o modifiche non alterano sostanzialmente i termini dell'offerta, la risposta s'intende come un rifiuto se:
- (a) L'offerta richiede esplicitamente la conformità totale o parziale ai termini proposti.
 - (b) Il proponente informa tempestivamente il disaccordo con le modifiche.

Articolo 26. RITIRO DELL'ACCETTAZIONE

L'accettazione può essere ritirata fino al momento in cui produce gli effetti.

Sezione 4. Vizi del contratto

Articolo 27. AMBITO DI APPLICAZIONE

Sono vizi del contratto l'errore, il dolo, la violenza e la sproporzione eccessiva.

Articolo 28. L'ERRORE

L'errore è l'ignoranza o il falso concetto dei fatti o della legge, in modo tale che una persona ragionevole e nella stessa situazione non avrebbe contrattato o lo avrebbe fatto in termini sostanzialmente diversi.

Articolo 29. RILEVANZA DELL'ERRORE

- (1) L'errore vizia il contratto se:
- (a) è causato da informazioni fornite dalla controparte.
 - (b) l'altra parte lo conosceva o avrebbe dovuto conoscerlo e non lo comunicò, contrariamente a buona fede.
 - (c) entrambe le parti hanno commesso lo stesso errore.
- (2) In questi casi vi è annullamento se l'errore è scusabile o il rischio della sua esistenza non è stato o non doveva gravare su chi lo soffre.

Articolo 30. IMPEDIMENTO PER INVOCARE L'ERRORE

La parte che cade in errore non può chiedere l'annullamento del contratto se l'altra offre di adempierlo nei termini in cui la prima aveva inteso celebrarlo.

Articolo 31. ERRORE NELLA DICHIARAZIONE E TRASMISSIONE DELLA VOLONTÀ

Le disposizioni degli articoli di cui sopra sono applicabili all'errore che cade nella dichiarazione di volontà e a quello nella sua trasmissione.

Articolo 32. IL DOLO

- (1) Il dolo è l'induzione fraudolenta alla conclusione del contratto, per azione o omissione di una delle parti o di un terzo.
- (2) Il dolo vizia il contratto quando appare chiaramente che in sua assenza le parti non lo avrebbero concluso e non c'è stato dolo reciproco.

Articolo 33. EFFETTI RISARCITORI DEL DOLO

- (1) L'autore del dolo deve risarcire i danni causati.
- (2) La parte che al momento della conclusione del contratto era a conoscenza del dolo di un terzo è responsabile in solido.

Articolo 34. INTIMIDAZIONE

Il contratto può essere annullato se una parte è stata indotta a concludere il contratto per la minaccia illecita di un male imminente e grave.

Articolo 35. CARATTERI DELL'INTIMIDAZIONE

Per considerarsi intimidazione si ha riguardo all'età, al sesso, alla condizione della persona ed alle altre circostanze che la possono influenzare gravemente.

Articolo 36. CASI CHE NON COSTITUISCONO INTIMIDAZIONE

La minaccia di far valere un diritto e il solo timore riverenziale non annullano il contratto.

Articolo 37. SPROPORZIONE ECCESSIVA

- (1) Una parte può domandare l'adattamento del contratto o di una qualsiasi delle sue clausole, o l'annullamento, se queste comportano un vantaggio eccessivo all'altra parte, in contrasto con il requisito della buona fede.
- (2) Per determinare tale vantaggio devono essere prese in considerazione tutte le circostanze, in particolare la dipendenza della parte danneggiata,

le straordinarie difficoltà economiche che la affliggono, lo stato di bisogno, la sua ignoranza o la mancanza di esperienza.

Allo stesso modo, deve prendersi in considerazione il rapporto di fiducia tra le parti e la natura e lo scopo del contratto.

- (3) Su richiesta della parte lesa, il giudice può adattare il contratto per aggiustarlo all'accordo che le parti avrebbero raggiunto secondo buona fede.
- (4) La parte contro cui si chiede l'annullamento può anche richiedere l'adattamento nei termini del paragrafo precedente, purché ne dia comunicazione immediatamente all'altra parte.

Sezione 5. Oggetto, causa e formalità del contratto

Articolo 38. OGGETTO DEL CONTRATTO

- (1) L'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, possibile e lecito.
- (2) È illecito se proibito dalla legge, contrario al buon costume o l'ordine pubblico.

Articolo 39. CAUSA DEL CONTRATTO E DELL'OBBLIGAZIONE

- (1) Qualsiasi obbligazione richiede una causa. Anche se non è espressa, si presume fino a prova contraria.
- (2) La causa del contratto deve essere lecita.

Articolo 40. FORMALITÀ

- (1) Un contratto è valido, relativamente alla forma, quando soddisfa i requisiti della legge che lo governa o quelli stabiliti dalla legge dello Stato in cui si concluda o la legge del luogo di esecuzione.
- (2) Se al momento della conclusione del contratto le parti si trovano in Stati diversi, si intende come luogo di celebrazione del contratto quello in cui il contratto è concluso secondo questi Principi.

CAPITOLO 3. NULLITÀ DEL CONTRATTO

Articolo 41. NULLITÀ ASSOLUTA E RELATIVA

La nullità è assoluta quando concerne l'interesse generale, e relativa quando riguarda solo un interessi individuali.

Articolo 42. NULLITÀ TOTALE E PARZIALE

- (1) Se viene pronunciata la nullità di una o varie clausole di un contratto, questo sussiste con le rimanenti, a meno che per la natura del contratto o l'intenzione iniziale delle parti non sia possibile. In quest'ultimo caso, il giudice deve dichiarare la nullità totale del contratto.
- (2) Nella nullità parziale, se necessario, il tribunale può adattare il contratto rispettando le esigenze di buona fede.

Articolo 43. ALLEGAZIONE DELLA NULLITÀ

La nullità può essere fatta valere in via di azione o eccezione.

Sezione 1. Nullità assoluta**Articolo 44. LEGITTIMAZIONE AD AGIRE**

La nullità assoluta deve essere pronunciata dal giudice, anche in assenza di richiesta di una delle parti. Può anche essere fatta valere da chiunque abbia interesse, anche se non è stato parte del contratto.

Articolo 45. CAUSALI

I contratti che contravvengono la legge, l'ordine pubblico o la morale producono nullità assoluta.

Articolo 46. IMPOSSIBILITÀ DI CONVALIDA DELLA NULLITÀ ASSOLUTA

Il contratto viziato di nullità assoluta non può essere convalidato.

Sezione 2. Nullità relativa**Articolo 47. LEGITTIMAZIONE AD AGIRE**

La nullità relativa può essere domandata solo da colui in cui beneficio si stabilisce.

Articolo 48. CONVALIDA E PRESCRIZIONE

- (1) C'è convalida quando il contraente al quale spetta l'azione di nullità relativa manifesta espressamente o tacitamente la sua volontà di considerare il contratto come valido.
L'atto di convalida non richiede l'accordo dell'altra parte.

■ LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

- (2) Il contratto convalidato si considera valido dalla sua conclusione, salvo pregiudizio dei terzi in buona fede.
- (3) L'azione di nullità relativa si estingue per prescrizione.

Articolo 49. OPZIONE CON I MEZZI DI TUTELA

La parte che ha diritto di chiedere la nullità relativa del contratto e, allo stesso tempo, di esercitare uno qualsiasi dei mezzi di tutela relativi all'inadempimento, potrà optare tra questo e quelli.

Sezione 3. Degli effetti della nullità

Articolo 50. EFFETTI DELLA NULLITÀ TRA LE PARTI

- (1) La nullità, eccetto quella parziale, produce l'estinzione del contratto.
- (2) Le restituzioni sono stabilite ai sensi degli articoli 119-123.

Articolo 51. EFFETTI NEI CONFRONTI DI TERZI

La nullità è opponibile a terzi, salvo quando hanno acquisito a titolo oneroso e sono in buona fede.

Articolo 52. IMPOSSIBILITÀ DELLE RESTITUZIONI PER OGGETTO O CAUSA ILLECITA

Non procede la restituzione di ciò che si ha consegnato o pagato essendo a conoscenza di contrarre con causa o oggetto illecito.

CAPITOLO 4. DELLA SIMULAZIONE

Articolo 53. LA SIMULAZIONE TRA LE PARTI

La dichiarazione privata tra le parti contraenti non corrispondente all'atto apparente può farsi valere da ciascuna di esse.

Articolo 54. TERZI E SIMULAZIONE

- (1) I terzi in buona fede possono far valere la dichiarazione privata o l'atto apparente a loro convenienza.

- (2) I terzi potranno richiedere che si dichiari una simulazione sempre e quando l'atto simulato leda i loro interessi.
- (3) In caso di conflitti tra terzi, prevalgono quelli che in buona fede facciano valere l'atto simulato.

CAPITOLO 5. EFFETTI DEL CONTRATTO DI FRONTE A TERZI

Sezione 1. Rappresentanza

Articolo 55. AMBITO DI APPLICAZIONE

Questa sezione non regola la rappresentanza che è stata conferita dalla legge né quella che è stata designata da un'autorità pubblica o giudiziaria.

Articolo 56. CAMPO D'AZIONE

- (1) Quello che una persona svolge in nome e nell'interesse di un'altra, nei limiti delle facoltà conferitegli da questa, produce rispetto al rappresentato gli stessi effetti come se questo stesso avesse stipulato il contratto, sempre che il terzo con cui si contrae ne ha avuto o avrebbe dovuto averne conoscenza.
- (2) Ogni volta che il rappresentante agisce per proprio conto, gli effetti dei contratti stipulati con terzi ricadranno direttamente su di lui.

Articolo 57. LIMITI

- (1) La procura determina la portata delle facoltà del rappresentante, fatte salve quelle deducibili dalla natura dell'attività assegnata.
- (2) La procura generale autorizza il rappresentante a svolgere gli atti di ordinaria amministrazione per l'attività per cui è incaricato.
- (3) Tutti gli altri atti necessitano di procura speciale.
La procura può conferirsi in maniera espressa o tacita.

Articolo 58. RAPPRESENTANZA IMPLICITA

Chi lavora come dipendente in un locale aperto al pubblico, o in altre circostanze simili, si considera avere un potere di rappresentanza per gli atti che normalmente ivi si realizzano.

Articolo 59. RAPPRESENTANZA APPARENTE

L'atto realizzato da chi agisce senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, no vincola al rappresentato con il terzo, salvo che questo ha potuto ritenere, per il comportamento del rappresentato, che esisteva la rappresentanza.

Articolo 60. RAPPRESENTANZA SENZA POTERE

- (1) Chi ha agito senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, deve risarcire il terzo per i danni causati, salvo che il terzo sappia o abbia dovuto sapere che egli attuò senza averne i poteri o eccedendo i suoi limiti.
- (2) Il rappresentato può ratificare l'atto realizzato da chi ha agito senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, in tal caso si considera obbligato a partire dalla data dello stesso, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede.

Articolo 61. SOSTITUZIONE

- (1) Salvo patto in contrario, il rappresentante può essere sostituito da un altro, nel qual caso il rappresentante sarà responsabile per il sostituto.
- (2) Il rappresentante non è responsabile della sostituzione se il sostituto è stato scelto dal rappresentato.

Articolo 62. PLURALITÀ DI RAPPRESENTANTI

Se vi sono diversi rappresentanti questi attuano indistintamente, salvo sia diversamente stabilito.

Articolo 63. CONFLITTO D'INTERESSI

- (1) Il rappresentante non può contrarre con se stesso, né con coloro con i quali si potrebbe avere un conflitto d'interessi con il rappresentato, salvo questo non lo autorizzi o la stessa natura dell'atto non possa arrecare pregiudizio ai suoi interessi. Nemmeno può contrarre per conto di due parti che sta rappresentando.
- (2) Il contratto stipulato in violazione di queste disposizioni può essere annullato.

Articolo 64. ESTINZIONE E MODIFICAZIONE DELLA PROCURA

- (1) La modificazione o l'estinzione della procura, qualunque sia la causa, non è opponibile ai terzi, salvo questi non la conoscano o avrebbero dovuto conoscerla.
- (2) Nonostante si sia estinta la procura, il rappresentante deve compiere gli atti necessari per evitare i danni agli interessi del rappresentato, e per tali atti continuerà la facoltà conferitagli.

Sezione 2. Stipulazione a favore di terzo**Articolo 65. AMBITO DI APPLICAZIONE**

- (1) Chiunque può stipulare a favore di una terza persona e sia il promissario come il beneficiario, possono esigere quanto viene convenuto.
- (2) Se il terzo rifiuta la stipulazione a suo favore, si ritiene che non ha mai acquisito il diritto.

Articolo 66. DIRITTO DI REVOCA

- (1) Il promissario può revocare la stipulazione o sostituire il terzo finché questo non abbia accettato. L'accettazione del beneficiario trasforma in irrevocabile la prestazione.
- (2) In caso di revoca o di mancata accettazione, la prestazione rimarrà a favore del promissario a meno che dal contratto non risulti un'altra cosa.

Articolo 67. ECCEZIONI

Il promittente può opporre al terzo tutte le eccezioni che si fondano sul contratto stipulato con il promissario.

Sezione 3. Promessa del fatto del terzo**Articolo 68. PROMESSA DEL FATTO DEL TERZO**

Chi ha promesso l'obbligazione di un terzo è tenuto a indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuti di obbligarsi.

CAPITOLO 6. INTERPRETAZIONE**Articolo 69. INTENZIONE COMUNE DELLE PARTI**

Il contratto deve interpretarsi secondo la comune intenzione delle parti.

Articolo 70. CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DELL'INTENZIONE COMUNE DELLE PARTI

Per determinare l'intenzione comune delle parti si tiene conto, tra i criteri:

- (a) Delle norme interpretative concordate tra le parti.
- (b) Del comportamento delle parti durante la fase di formazione, conclusione ed esecuzione del contratto.
- (c) Dei comportamenti precedenti, simultanei o successivi delle stesse parti in altri contratti relativi alla stessa materia.
- (d) Della tipologia, dell'oggetto e della causa del contratto
- (e) Degli usi del luogo in cui il contratto è stato concluso.

Articolo 71. SIGNIFICATO DELLE PAROLE TECNICHE

Le parole tecniche di ogni scienza o arte saranno intese secondo il senso che danno loro chi professa la stessa scienza o arte; salvo che risulti chiaramente che sono state prese in un senso diverso.

Articolo 72. INTERPRETAZIONE SISTEMATICA

Le clausole del contratto saranno interpretate le une per mezzo delle altre in modo da dare loro il senso più conveniente che risulta dal contratto generalmente considerato.

Articolo 73. INTERPRETAZIONE FAVOREVOLE AL CONTRATTO

Quando una clausola può produrre qualche effetto, questo è preferibile a quello secondo cui non ne avrebbe alcuno.

Articolo 74. CLAUSOLE AMBIGUE

Le clausole ambigue s'intendono in favore della parte che ha contratto sotto l'influenza dominante di un'altra, prendendosi in considerazione la dipendenza della parte che soffre un pregiudizio, le straordinarie difficoltà economiche che la affliggono, l'estremo stato di necessità dei suoi bisogni, su ignoranza, la mancanza di esperienza o di abilità nella negoziazione.

Articolo 75. CLAUSOLE NON NEGOZiate BILATERALMENTE

Le clausole non negoziate a livello bilaterale dovranno essere intese contro la parte che le ha proposte.

Articolo 76. INTERPRETAZIONE DI BUONA FEDE

In ogni caso il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.

CAPITOLO 7. ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

Articolo 77. CONCETTO DI ADEMPIMENTO

L'adempimento è l'esecuzione della prestazione nei termini in cui fu stabilita.

Articolo 78. LUOGO DELL'ADEMPIMENTO

- (1) El contratto deve essere eseguito nel luogo che questo stabilisca, espressamente o tacitamente, o in quello determinabile a norma dello stesso.
- (2) Se la regola precedente non opera, il luogo dell'adempimento è:
 - (a) il domicilio del creditore, per le obbligazioni pecuniarie
 - (b) il luogo in cui la cosa si trovava al tempo della conclusione del contratto, per le obbligazioni che hanno per oggetto una cosa certa e determinata.
 - (c) il domicilio del debitore negli altri casi.

Se il debitore cambia di domicilio, il creditore ha diritto a richiedere il pagamento nel domicilio attuale o in quello precedente. Stessa opzione corrisponde al debitore quando il luogo del pagamento è il domicilio del creditore.

Articolo 79. TEMPO DELL'ADEMPIMENTO

- (1) Il contratto deve essere eseguito nel momento in cui questo stabilisca o se lo dispone, secondo queste norme:
 - (a) Se può essere eseguito immediatamente, si eseguirà nel più breve tempo possibile dalla conclusione del contratto.
 - (b) Se, per sua natura è necessario un periodo di esecuzione, si eseguirà nel più breve tempo possibile dalla conclusione del contratto.
- (2) Se non è possibile stabilire il tempo dell'adempimento secondo questi criteri, si starà alla sua natura, agli usi o alla buona fede.

Articolo 80. ADEMPIMENTO ANTICIPATO

- (1) Il debitore può pagare anticipatamente, a meno che questo non pregiudichi gravemente gli interessi dell'altra parte. Il pagamento anticipato non influisce sull'esecuzione dell'obbligazione dell'altra parte.
- (2) Il creditore può rinunciare al termine stabilito a suo favore.

Articolo 81. ESIGIBILITÀ ANTICIPATA DELL'OBBLIGAZIONE

L'adempimento del contratto non può esigersi prima della scadenza, salvo quando:

- (a) Il debitore è fallito o sia notoriamente insolvente.
- (b) Il debitore non ha prestato le garanzie promesse o diminuisce considerabilmente quelle prestate per fatto a lui imputabile.
- (c) Quando il termine è stabilito esclusivamente a favore del creditore.

Articolo 82. ADEMPIMENTO DEL TERZO

- (1) Il contratto può anche essere adempiuto da un terzo, tranne quando si hanno tenuto in considerazione le condizioni particolari del debitore o si sia manifestata opposizione congiunta del creditore e del debitore.
- (2) Il terzo interessato è la persona alla quale l'inadempimento del debitore può causare un pregiudizio patrimoniale.

Articolo 83. LE SPESE

- (1) Salvo diverso accordo, ciascuna delle parti deve sostenere le spese dell'esecuzione delle sue obbligazioni.
- (2) Se il creditore è in mora è tenuto a sostenere i costi che ne derivano.

Articolo 84. CAMBIO DELLE CIRCOSTANZE

- (1) Se l'esecuzione del contratto, dopo la sua conclusione, diventa eccessivamente onerosa o la sua utilità diminuisce considerevolmente a causa di un cambio di circostanze, il cui verificarsi o grandezza non si poteva ragionevolmente prevedere ed il cui rischio non fu assunto dalla parte lesa, quest'ultima può richiedere all'altra la rinegoziazione del contratto.
- (2) La rinegoziazione non sospende l'esecuzione del contratto, salvo che ciò non causi pregiudizi irreparabili per la parte lesa.
- (3) Trascorso un periodo ragionevole di tempo, se le parti non hanno adattato il contratto, ciascuna di queste può richiedere al giudice che lo adatti

o risolva, questo per farlo dovrà considerare la distribuzione dei rischi e le spese assunte dalle parti.

Articolo 85. FRUSTRAZIONE DELLA CAUSA DEL CONTRATTO

La frustrazione definitiva della causa dovuta a un cambio delle circostanze esistenti al momento della conclusione, imprevedibile per le parti e che supera il rischio assunto da quella che ne è colpita, autorizza a risolverlo.

CAPITOLO 8. INADEMPIMENTO DEL CONTRATTO

Sezione 1. Dell'inadempimento in generale

Articolo 86. NOZIONE DI INADEMPIMENTO

- (1) L'inadempimento è la mancanza dell'esecuzione della prestazione nella forma stabilita.
- (2) L'inadempimento imperfetto include qualsiasi non conformità tra lo stipulato e l'eseguito da parte del debitore.
- (3) L'inadempimento del debitore comprende gli atti delle persone di cui si servono per eseguire la sua prestazione.

Articolo 87. CARATTERE ESSENZIALE DELL'INADEMPIMENTO

L'inadempimento è essenziale quando:

- (a) Le parti lo hanno così stabilito in relazione a determinate obbligazioni o casi specifici di inadempimento.
- (b) È doloso.
- (c) La condotta del debitore inadempiente, fa perdere ragionevolmente al creditore la fiducia nella successiva esecuzione del contratto.
- (d) Priva sostanzialmente il creditore di ciò che si poteva aspettare in base a quanto previsto dalle parti al momento della conclusione del contratto.
- (e) Il debitore non adempie dentro il termine per la correzione di cui all'art. 93.

Articolo 88. AZIONE OD OMISSIONE DEL CREDITORE

Il creditore non può invocare l'inadempimento causato dalla sua propria azione od omissione.

Articolo 89. FORZA MAGGIORE O CASO FORTUITO

Forza maggiore o caso fortuito è un evento estraneo alla sfera di controllo del debitore che, senza essere per lui un rischio, gli impedisce, temporaneamente o permanentemente, di eseguire l'obbligazione ed il cui accadimento ed effetti non ha potuto impedire.

Articolo 90. IMPOSSIBILITÀ TOTALE O PARZIALE DELL'INADEMPIMENTO

- (1) L'impossibilità sopravvenuta totale o definitiva di compiere un'obbligazione contrattuale dovuta a caso fortuito, estingue l'obbligazione ed esonera il debitore. In tal caso, il creditore può scegliere di recedere dal contratto o reclamare la cessione dei diritti ed azioni che, dovuti a tale impossibilità, il debitore vanta nei confronti di terzi.
- (2) Se l'impossibilità è parziale o temporanea, il creditore può sospendere la controprestazione o ridurla in una proporzione equivalente salvo che, a causa dell'impossibilità, è venuto a privarsi di quello che si poteva sostanzialmente aspettare, al momento della conclusione del contratto. In quest'ultimo caso, si applica l'opzione prevista nel punto (1).

Sezione 2. Mezzi di tutela del creditore

Articolo 91. DEI MEZZI DI TUTELA

- (1) In caso di inadempimento, il creditore può esercitare a sua scelta e, se del caso, qualsiasi dei seguenti mezzi di tutela:
 - (a) Esatto adempimento;
 - (b) Riduzione del prezzo;
 - (c) Risoluzione del contratto;
 - (d) Eccezione d' inadempimento e
 - (e) Risarcimento del danno
- (2) Il risarcimento del danno può essere esercitato in modo indipendente o in combinazione con gli altri mezzi di tutela.

Articolo 92. COMUNICAZIONE NEGLI ADEMPIMENTI IMPERFETTI

- (1) In caso di inadempimento imperfetto, il creditore deve comunicare la non conformità in un termine ragionevole dal momento in cui ha avuto o doveva averne avuto conoscenza.

- (2) In assenza di comunicazione, il creditore non può esigere l'adempimento o risolvere il contratto.

Articolo 93. TERMINE PER LA CORREZIONE

- (1) Salvo il caso di inadempimento sostanziale, il creditore deve concedere un termine supplementare di durata ragionevole al debitore affinché corregga l'inadempimento.
- (2) fino a quando il termine per la correzione sia decorso, il creditore non può esercitare nessun mezzo di tutela incompatibile con l'adempimento, però conservando il diritto al risarcimento del danno.
- (3) Se il debitore non provvede a correggere dentro del termine o dichiara che non lo farà, il creditore può esperire qualsiasi mezzo di tutela.

Articolo 94. ESATTO ADEMPIMENTO

- (1) L'esatto adempimento ha luogo sempre nelle obbligazioni pecuniarie.
- (2) Nel caso delle obbligazioni non pecuniarie, l'esatto adempimento è soggetto alle seguenti limitazioni:
- (a) Non si applica quando l'adempimento è impossibile. Tuttavia, il creditore può esigere dal debitore la cessione delle azioni e dei diritti che questi vanta nei confronti di terzi;
- (b) Nonostante fosse possibile l'esatto adempimento, questo non ha luogo quando si rivela estremamente oneroso per il debitore, qualora il creditore possa soddisfare il suo interesse con un altro mezzo di tutela;
- (c) Nemmeno ha luogo quando la sua esecuzione vulnera la dignità della persona.

Articolo 95. RIPARAZIONE E SOSTITUZIONE NEGLI ADEMPIMENTI IMPERFETTI

- (1) Nel caso di adempimenti imperfetti, l'esatto adempimento comprende, con le stesse limitazioni del precedente articolo, la riparazione o correzione del difetto di conformità o la sostituzione.
- (2) La sostituzione richiede sempre un inadempimento essenziale.

Articolo 96. RIDUZIONE DEL PREZZO

- (1) Nel caso di inadempimento imperfetto, il creditore può accettarlo e ridurre il prezzo in proporzione alla differenza tra il valore che la prestazione eseguita aveva al tempo in cui si realizzò e quello che

avrebbe avuto in questo stesso momento qualora ci fosse stato adempimento.

- (2) La riduzione del prezzo è incompatibile con il risarcimento del minor valore della prestazione.
- (3) In ogni caso, il creditore può chiedere un risarcimento per eventuali altri danni.

Articolo 97. RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO

- (1) Ciascuna delle parti di un contratto può risolverlo quando l'altra ha commesso un inadempimento essenziale.
- (2) Il reciproco inadempimento non impedisce la risoluzione del contratto.
- (3) La risoluzione può essere giudiziale o mediante comunicazione.

Articolo 98. RISOLUZIONE MEDIANTE COMUNICAZIONE

La risoluzione opera mediante comunicazione scritta all'altra parte, ed avrà effetto dal momento della sua ricezione.

Articolo 99. DEGLI EFFETTI DELLA RISOLUZIONE

- (1) La risoluzione estingue gli effetti del contratto, salvo quando sia parziale. Tuttavia, non pregiudica le clausole che le parti hanno previsto per la risoluzione della controversia, quelle relative al proprio inadempimento o qualsiasi altra clausola destinata ad aver effetto anche dopo la risoluzione del contratto.
- (2) Le restituzioni sono stabilite ai sensi degli articoli 119-123.

Articolo 100. EFFETTI NEI CONFRONTI DI TERZI

Quanto stabilito nell'art. 51 in relazione agli effetti nei confronti di terzi si applica alla risoluzione.

Articolo 101. CLAUSOLE RISOLUTIVE

- (1) Le parti possono inserire nel contratto clausole che danno al creditore la facoltà di risolvere.
- (2) La clausola deve indicare le obbligazioni il cui inadempimento produce la risoluzione.
- (3) Queste clausole non privano il creditore della possibilità di optare per uno qualsiasi degli altri mezzi di tutela.

Articolo 102. ECCEZIONE D' INADEMPIMENTO

Ciascuna parte può rifiutarsi di eseguire il contratto se l'altro non lo esegue, salvo che per la natura del contratto o per l'accordo tra le parti l'adempimento di una debba precedere l'altro.

Articolo 103. SOSPENSIONE ANTICIPATA DELL'ADEMPIMENTO

Una parte può rifiutarsi di eseguire il contratto, quando, prima della data dell'adempimento, è evidente che il debitore non può adempierlo. La sospensione cessa se il debitore adempie o fornisce garanzie sufficienti per l'adempimento.

Articolo 104. RISARCIMENTO DEL DANNO

In tutti i casi in cui l'inadempimento causa un danno, il debitore deve sempre risarcire il danno.

Se l'inadempimento è conseguenza di caso fortuito non procede il risarcimento del danno.

Articolo 105. DANNI RISARCIBILE

Il risarcimento del danno comprende sia il danno patrimoniale sia quello extrapatrimoniale.

Articolo 106. GLI INTERESSI E IL RISARCIMENTO DEL DANNO

L'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria obbliga il debitore al pagamento degli interessi, salvo il risarcimento di ulteriori danni.

Articolo 107. PREVEDIBILITÀ DEL DANNO RISARCIBILE

- (1) Il debitore risponde dei danni prevedibili al momento della conclusione del contratto e che derivino dall'inadempimento.
- (2) In caso di dolo o colpa grave, il debitore risponde di tutti i danni derivanti dall'inadempimento.

Articolo 108. CONTRIBUZIONE DEL CREDITORE AL PROPRIO DANNO

Il risarcimento è soggetto a riduzione se il creditore, con la sua azione od omissione ha contribuito alla produzione del danno.

Articolo 109. MITIGAZIONE DELLE PERDITE

- (1) Il risarcimento è soggetto a riduzione se il creditore non adotta le misure che, alla stregua della buona fede, sono ragionevoli per mitigare le perdite. La riduzione corrisponde alla quantità con cui si sarebbe potuto mitigare il danno.
- (2) Il creditore, ha diritto al risarcimento di ciò che ha investito nelle misure di mitigazione, anche qualora queste siano risultate infruttuose.

Sezione 3. Clausole relative all'inadempimento

Articolo 110. CLAUSOLA PENALE

La clausola penale è quella in cui una delle parti si obbliga con l'altra a pagare una somma di denaro in caso di inadempimento.

Articolo 111. FUNZIONI DELLA CLAUSOLA PENALE

- (1) La clausola assicura il fedele ed opportuno adempimento e può stabilire anticipatamente il risarcimento dei danni.
- (2) La penale può consistere nella sostituzione del risarcimento del valore della prestazione.

Articolo 112. ESIGIBILITÀ DELLA CLAUSOLA PENALE

La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno. La forza maggiore esclude il pago della penale, salvo patto in contrario.

Articolo 113. MODIFICA DELLA PENALE

A richiesta di parte, il giudice può ridurre l'importo della penale, quando questo è manifestamente eccessivo rispetto al valore delle prestazioni, la natura e lo scopo del contratto o di altre circostanze rilevanti.

Articolo 114. RIDUZIONE PER ADEMPIMENTO IMPERFETTO

Se l'adempimento è imperfetto e il creditore lo accetta, il debitore ha il diritto alla riduzione proporzionale della penale, salvo patto in contrario.

Articolo 115. CLAUSOLA PENALE E TERMINE SUPPLEMENTARE

Il diritto alla correzione del articolo 93 non priva il creditore del diritto di esigere la penale per il valore della prestazione, quando le parti hanno convenuto che questa sia compatibile con l'adempimento.

Articolo 116. COMPATIBILITÀ TRA LA PENALE E I MEZZI DI TUTELA

Salvo patto in contrario, il creditore:

- (1) Può optare tra la clausola penale o il risarcimento del danno.
- (2) Può accumulare l'esatto adempimento con la penale stabilita per i danni superiori alla prestazione o con quella per il semplice ritardo.
- (3) Può accumulare la riduzione del prezzo con la penale per i danni superiori alla prestazione.
- (4) Non può accumulare l'esatto adempimento con la penale per il valore della prestazione.
- (5) Non può chiedere l'esatto adempimento o la risoluzione insieme alla penale per il valore della prestazione, ma uno o l'altro.

Articolo 117. DELLE CAPARRE

- (1) Ciascuna delle parti può, al momento del contratto, consegnare una cosa per garantire l'adempimento delle sue obbligazioni.
- (2) Con questo accordo si stimano anticipatamente i danni che possono derivare dall'inadempimento e si esonera il creditore dell'onere di provare il danno.
- (3) Il creditore ha diritto di ritenere la caparra in caso di inadempimento. Se è l'inadempiente colui che l'ha ricevuta, deve restituirla per il doppio.
- (4) In caso di adempimento, la caparra sarà imputata al prezzo se la natura della prestazione lo permette e, in caso contrario, si restituirà.
- (5) Il creditore non può chiedere allo stesso tempo la caparra, il risarcimento del danno e la clausola penale, ma qualsiasi di queste.

Articolo 118. CLAUSOLE CHE LIMITANO O ESCLUDONO IL RISARCIMENTO DEL DANNO

- (1) Le parti possono inserire nel contratto clausole che limitano o escludono il risarcimento del danno.
- (2) Non avranno effetto alcuno tali clausole se l'inadempimento è dovuto a dolo o colpa grave.
- (3) I danni causati su beni indisponibili del creditore non ammettono limitazione o esclusione.

Sezione 4. Restituzioni

Articolo 119. EFFETTI RESTITUTORI NELLA NULLITÀ E RISOLUZIONE

- (1) Annullato o risolto il contratto, le parti devono restituire le prestazioni già eseguite, insieme ai frutti ricevuti, simultaneamente o entro il termine che queste stabiliscono o, in mancanza, dal giudice.
- (2) Le prestazioni eseguite delle quali se ne è tratto beneficio ed equivalenti, non daranno luogo a restituzione, a meno che, attesa lo scopo del contratto, proceda l'esecuzione totale. Il beneficio sarà apprezzato secondo lo scopo del contratto.
- (3) Se non si trae beneficio delle prestazioni eseguite, trova applicazione il comma (1).
- (4) La restituzione è limitata al valore della differenza se le prestazioni non sono equivalenti.

Articolo 120. RESTITUZIONI IN SOMMA DI DENARO

- (1) La restituzione in somma di denaro comprende il ragguglio e gli interessi legali sino al pagamento effettivo.
- (2) Gli interessi si devono dal pagamento se chi ha ricevuto la somma ha attuato in mala fede. Chi ha ricevuto in buona fede deve gli interessi dal momento della notifica della domanda o dalla risoluzione.

Articolo 121. IMPOSSIBILITÀ DI RESTITUZIONE

- (1) Nel caso in cui non sia possibile la restituzione si avrà diritto al valore della prestazione al momento della restituzione.
- (2) Le parti possono scegliere tra le disposizioni del numero precedente o esigere all'altra la cessione dei diritti o azioni che vanti nei confronti di terzi.

Articolo 122. SOSPENSIONE DELLE RESTITUZIONI

Sino a che uno dei contraenti non adempia con la restituzione cui è obbligato, l'altro non può essere obbligato ad adempiere con ciò che le corrisponda.

Articolo 123. GARANZIE

Le garanzie del contratto si estendono all'obbligazione di restituzione sino al termine convenuto, eccetto quelle prestate da terzi.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991). «Sobre principios y reglas», en *Doxa*, n.º 10, pp. 101-120.
- BEALE, Hugh (2017) «The Principles of Latin American Contract Law: A Reponse from an Outsider», en *The future of contract law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, edited by Rodrigo Momberg & Stefan Vogenauer, Bloomsbury-Hart.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2011). «El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual», en *Incumplimiento contractual, Nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado, VII, pp. 27-46.
- CAFAGGI, Fabrizio (2014). «Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional», *Rev. Derecho Privado* [online], n. 26 [cited 2017-10-30], pp. 185-217. Available from: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000100006&lng=en&nrm=iso. ISSN 0123-4366.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan (2017). «El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (right to cure: Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos», en *Ius et Praxis*, vol. 23, n. 1 [citado 2017-10-29], pp. 153-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100006&lng=es&nrm=iso.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2015). «El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», en Vaquer, Aloy (ed.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contrato*, Barcelona, Atelier.
- (2009). «Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, *Fernando Fueyo Laneri*, n.º 11, pp. 43-72.

- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I., 6.ª ed., Thomson, Cizur Menor, Navarra.
- (2008). *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thompson-Civitas, 6.ª ed.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA I TRIAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas.
- DURANY, Salvador (1992). «Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Fascículo IV, octubre-diciembre 1990, pp. 1321-1330, 45, 1011-1096.
- FENOY PICÓN, Nieves (2015). «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. III, pp. 811-825.
- FERRI, Giovanni (2001). «El negocio jurídico» (L. León, trad.), en AA. VV, *Teoría general del negocio jurídico*, ARA Editores.
- GENICON, Thomas (2015). «Défense et illustration de la cause en droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations», *Dalloz*, n.º 27, pp. 1551 y ss.
- GORDLEY, James (1981). «Equality in Exchange», *California Law Review*, vol. 69, pp. 1588-1656.
- HONNOLD, John (1999). *Uniform Law Sales for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, Boston.
- HUBER, Peter (2015). «Commentary Article 3.1.2» in Vogenauer, S (ed.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2d ed., Oxford University Press, p. 467.
- KELEMEN, Daniel, y SIBBITT, Eric C. (2005). *Lex americana. A reponse to Levi Faur*, disponible en http://fas-polisci.rutgers.edu/dkelemen/research/kelemen-sibbitt_lexamericana.pdf.
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh (2000). *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (La Haya, Kluwer Law International).
- LÓPEZ, Ángel (1998). *Artículo 47, La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo, Luis (Dir. y coord.), Madrid.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2014). «La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma?», en *Revista chilena de Derecho Privado*, n.º 23, pp. 139-207, Santiago, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200004&lng=es&nrm=iso.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2012). «Compraventa internacional de mercaderías: el deber de renegociar en caso de excesiva onerosidad sobrevenida», en *Revista chilena de Derecho Privado*, Santiago, N.º 18, pp. 95-119, Santiago.
- (2017). «The process of harmonisation of private law in latin america», en *The future of contract law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, edited by Rodrigo Momberg & Stefan Vogenauer, Bloomsbury-Hart.
- MORALES MORENO, Antonio (1993). «Comentario artículos 1.269 y 1.270», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo, Manuel, y Alabart, Silvia (dir.), t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid.
- (2014). «Claves de la modernización del derecho de contratos», en De la Maza Gazmuri, Íñigo, Morales Moreno, Antonio, y Vidal Olivares, Álvaro, *Estudios de Derecho de Contratos, Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Legal Publishing, Santiago.
- (2014). «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en González, Isabel, y García, Carmen (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters, Navarra.
- (2017). «Error en la declaración, interpretación y responsabilidad *in contrahendo*», en Schopf, Adrián y Marín, Juan Carlos (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho*, Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie, Thomson Reuters, Santiago, pp. 455-487.
- MÜLLER-CHEN, Markus (2016). «Art. 46» en Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (4th ed.), Oxford University Press.
- (2016). «Art. 50» en Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (4th ed.), Oxford University Press.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991). «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, Madrid.
- (1993). «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4, Madrid.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (2014). *La unificación de principios en el derecho latinoamericano* (inédito).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2012). «Presentación» en ID (coord.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica*, Foundation Pour le Droit Continental, Universidad Diego Portales, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago.
- (Coord.) (2012). *El derecho de los contratos en Latinoamérica*, Fondation pour le Droit Continental-Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago, Universidad Diego Portales.
- ROCHFELD, Judith (2011). *Les grandes notions du droit privé*, Paris, Thémis droit-PUF.

- SEVERÍN FUSTER, Gonzalo (en prensa). «La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2005). «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en *Revista de derecho* (Valdivia), 18(2), 55-81. Disponible: <https://dx.doi.org/10.4067/S071809502005000200003>.
- (2006). «La responsabilidad del deudor por incumplimiento de su tercero encargado en la compraventa internacional de mercaderías», en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado, Vol. III, Santiago.
- (2006). *La Protección del Comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.
- (2009). «La noción de incumplimiento esencial en el ‘Código Civil’», en *Revista de Derecho PUCV*, XXXII, 1.º semestre, pp. 221-258.
- (2015). «El incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los principios latinoamericanos de Derecho de contratos (PLDC)», en Vaquer Aloy, Antoni, Bosch Capdevila, Esteve, Sánchez González, María Paz (eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier libros jurídicos, pp. 745-767, Barcelona.
- (2015). «La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio», *Estudios de Derecho Civil IX*, Legalpublishing Thomson Reuters, pp. 555-578.
- ZIMMERMAN, Reinhard (2008). *El nuevo derecho alemán de Obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, (trad.) Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona, S. A. Bosch 1.ª ed., pp. 75-76.
- ZOLL, Fryderyk (2012). «Art. 111», en Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL): A commentary*, Hart Publishing.

Este libro que ahora se presenta en versión española, francesa, inglesa e italiana, tiene su origen en el Congreso internacional Franco-Latinoamericano celebrado en Rennes y organizado por el profesor Thomas Genicon, en el que se adoptó el compromiso de repensar lo que hoy deben ser los rasgos identificadores del derecho de contratos latinoamericano. Como primer estudio en la materia destacó la obra *El derecho de los contratos en Latinoamérica: Bases para unos principios de derecho de los contratos*, coordinada por Carlos Pizarro Wilson, una visión fidedigna de los elementos comunes de los ordenamientos latinoamericanos.

A partir de ese momento, comenzó un proceso de preparación de los sucesivos borradores de los Principios, que ha durado cinco años. Todos ellos, una vez preparados, han sido objeto de debate, primero en reuniones o seminarios celebrados en diferentes universidades de Latinoamérica, luego en congresos internacionales más abiertos. Se han celebrado en Chile, España (16 y 17 de junio de 2016, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) y Gran Bretaña. El último, el más reciente, que ha tenido lugar en Valparaíso en el verano de 2017, ha servido para preparar la versión definitiva de los Principios que recoge este libro.

Los Principios Latinoamericanos, elaborados por docentes, están imbuidos de seriedad intelectual y rigor científico, sin que ello les prive de sentido práctico. Además, los sucesivos congresos celebrados para su discusión han estado abiertos a juristas de cualquier perfil. El objetivo final del trabajo académico que el lector tiene en sus manos, es el de proponer un modelo de reglas que permitan inspirar reformas legales necesarias en la región en el área sensible de los contratos pero, también, que con arreglo a ellas, se puedan resolver conflictos que se susciten en contratos internacionales de la región latinoamericana.



Obra acogida al proyecto DER2014-53972-P

