

# Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación

**ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO\***

Catedrático Emérito de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos pretenden, por el momento, ofrecer un marco comparativo común del derecho de contratos de los diferentes ordenamientos latinoamericanos y un instrumento para su modernización. Este artículo explica el origen y el proceso de elaboración de estos Principios; y, asimismo, ofrece, como anexo, su versión actual. Esta versión ha sido sometida a debate en unas jornadas celebradas recientemente en Santiago de Chile y Valparaíso, con participación de un amplio número de especialistas latinoamericanos y de algunos europeos. De algunas de las cuestiones tratadas en esas jornadas da cuenta este trabajo, insertándolas en el debate actual sobre algunas de las grandes cuestiones que plantea la modernización del derecho de la contratación.*

## PALABRAS CLAVE

*Principios latinoamericanos de derecho de los contratos, anulabilidad del contrato, incumplimiento del contrato, indemnización.*

## ABSTRACT

*The Principles of Latin-American Contract Law aims to offer, at the moment, a comparative common frame and an instrument for the modernisation of Contract law. This article explains its origin and elaboration proce-*

---

\* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2011-24293.

*ture, and also offers, as an Annex, its current text. This version has been discussed in an international meeting celebrated recently in Santiago de Chile and Valparaíso. This article reports about some of the questions discussed there, and takes into consideration the main questions of modernizing Contract Law.*

## KEYWORDS

*Principles of Latin-American Contract Law, avoidance of the contract, non-performance of the contract, damages.*

SUMARIO: I. Presentación.–II. Algunas orientaciones del debate.–III. La responsabilidad precontractual.–IV. Los vicios del consentimiento.–V. La anulabilidad del contrato.–VI. Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria.–VII. El daño indemnizable en caso de incumplimiento.–VIII. Consideración final.

## I. PRESENTACIÓN

1. En Santiago de Chile y Valparaíso, en los días 19 y 20 de noviembre de 2013, han tenido lugar unas jornadas<sup>1</sup> que bajo el título, *El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, han estado dedicadas al debate del borrador de los «Principios latinoamericanos de derecho de los contratos» [en ade-

<sup>1</sup> EL DERECHO DE LOS CONTRATOS. FORMACIÓN, CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO: MARTES 19 DE NOVIEMBRE – AULA MAGNA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.– Primer módulo (moderador: prof. Carlos Pizarro Wilson. Universidad Diego Portales) *Responsabilidad precontractual. Fundamento, daños indemnizables y función de la buena fe*: Prof. Sebastián Picasso (Universidad Nacional de Buenos Aires), Prof. Denis Mazeaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Prof. Marcelo Barrientos Zamorano (Pontificia Universidad Católica de Chile).– Segundo módulo (moderador: prof. Iñigo de la Maza. Universidad Diego Portales): *Vicios del consentimiento y su sanción ¿remedio?*: Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid), Prof. Edgar Cortés (Universidad Externado de Colombia), Prof. Hernán Corral Talciani (Universidad de los Andes – Santiago).– Tercer módulo (Moderador: prof. Álvaro Vidal Olivares): *Nulidad, anulabilidad. ¿Judicial o extrajudicial?*: Prof. Jorge Baraona González (Universidad de los Andes – Santiago), Prof. Fabricio Mantilla Espinosa (Universidad del Rosario – Bogotá), Prof. Juan Ignacio Contardo (Universidad Andrés Bello).– MIÉRCOLES 20 DE NOVIEMBRE – SALÓN DE HONOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO: Primer módulo (Moderador: prof. Claudia Bahamondes Oyarzún. Universidad Diego Portales): *Preeminencia a la ejecución forzada. Hacia un sistema articulado de remedios*: Prof. Denis Mazeaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Prof. Andrés Mariño (Universidad de la República – Montevideo), Prof. Alfredo Ferrante (Universitat de Girona). Segundo módulo (Moderador: prof. Bruno Caprile Biermann. Universidad del Desarrollo – Concepción): *La resolución del contrato. ¿Por una resolución por notificación? ¿Qué queda de la resolución judicial?*: Prof. Enrique Barros Bourie (Universidad de Chile), Prof. Thomas Genicon (Université Rennes I), Prof. Francisca Barrientos Camus (Universidad Diego Portales).– Tercer Módulo (Moderador: prof. Álvaro Vidal Olivares. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso): *Indemnización de perjuicios y exoneración de responsabilidad*: Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid), Prof. M.<sup>a</sup> Graciela Brantt Zumarán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Prof. Carmen Domínguez Hidalgo (Pontificia Universidad Católica de Chile).

lante PLDC]. De las grandes cuestiones consideradas en ellas pretendo dar cuenta en esta crónica; pues, aun estando ceñidas al actual borrador de los PLDC (que se inserta, como Anexo), han dado ocasión para reflexionar sobre algunas de las grandes cuestiones que plantea la formación y el incumplimiento en el moderno derecho de contratos.

En la sesión inaugural, la presentación corrió a cargo del profesor Carlos Pizarro (Universidad Diego Portales, Santiago de Chile) quien, junto con los profesores Álvaro Vidal Olivares (Universidad Católica de Valparaíso) e Íñigo de la Maza (Universidad Diego Portales, Santiago de Chile), ha sido promotor de estos Principios. De su intervención, cuyo texto amablemente me ha proporcionado, podemos extraer las claves de la iniciativa de los PLDC. La información que recojo a continuación, así como las citas textuales que realizo, están tomadas del documento del Profesor Carlos Pizarro.

2. «El origen del proyecto está en el trabajo desarrollado por un grupo de profesores de distintos países de Latinoamérica: Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay y Venezuela». Esta iniciativa se desarrolla bajo la cobertura de las respectivas universidades de los miembros del grupo y cuenta con el valioso apoyo de la *Fondation pour le droit continental*. Los trabajos hasta ahora realizados, cuyos resultados se ofrecen, se han desarrollado durante tres años.

«Todo comenzó con una propuesta que [el mismo Pizarro] le hiciera al profesor Michel Grimaldi, quien en las postrimerías de su presidencia en la *Association Henri Capitant* y el inicio de su nuevo desafío en la *Fondation pour le droit continental*, creyó en el trabajo que desembocaría en unos *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*.»

«Uno de los primeros trabajos que realizamos –según Pizarro– 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 esos meandros...». El resultado de esta indagación está plasmado en el libro, coordinado por el propio profesor Carlos Pizarro, titulado, «*El derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*», Santiago de Chile, 2012.

3. En lo que se refiere a la inspiración de los PLDC, Carlos Pizarro, en su presentación, nos explica las opciones que los redactores tuvieron a la vista.

«A diferencia del siglo XIX, en que la influencia del derecho francés y aun más del código civil francés era incontestable, hoy, las influencias son plurales y el panorama del derecho de los con-

tratos en la región es bastante disímil». En esta situación emerge el fantasma de los PECL [*Principles of European Contract Law*] y de otros trabajos de armonización. Y la primera cuestión que se plantean los redactores de los PLDC fue, ¿de qué manera el trabajo que iban a llevar 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?

La respuesta a esta cuestión estaba enlazada con otro interrogante, relativo a la supuesta identidad del derecho de contratos de Latinoamérica. Esa identidad, según Pizarro, «ha sido esquivada, en el sentido de que los Códigos civiles de la región, e incluso los más recientes, o un proyecto fresco, como el argentino, se inspiran en distintas influencias del derecho europeo».

Un ingrediente añadido, en la determinación del modelo de inspiración, ha sido la «diferente formación académica de los profesores [que han participado en este proyecto], quienes han obtenido sus doctorados en distintos países, Italia, Holanda, Francia, España en lo fundamental».

4. Los Principios están redactados –como señala Pizarro– buscando un compromiso, entre la supuesta identidad del derecho de los contratos en Latinoamérica y la innovación: «Esa tensión en la búsqueda de un trabajo original, que no sea una simple copia de los PECL, ha sido un fantasma que nos ha acompañado. Hemos tratado de avanzar en un texto auténtico, que recoja nuestra tradición, y en aquellos aspectos en que lo hemos estimado necesario innovar, nos hemos inspirado en variados modelos que van desde la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino, la propuesta de reforma de contratos dirigida por el profesor François Terré y, por cierto, instrumentos de *soft law* como los citados PECL [y] Unidroit [Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales]».

## II. ALGUNAS ORIENTACIONES DEL DEBATE

5. Esta crónica no pretende dar cuenta, con detalle, de todas las ponencias e intervenciones de las jornadas; sólo intenta reflejar los aspectos esenciales de las mismas, sobre las grandes cuestiones que plantea la modernización del derecho de la contratación. Las opciones que se tuvieron a la vista no son muy distintas de las que, en su momento, en España, consideró la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, al elaborar la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos» (2009). Lo cual no es extraño, si se tiene en cuenta que los Códigos civiles latinoamericanos tienen una fuerte influencia francesa, como el español de 1888.

6. En síntesis, se puede afirmar que las grandes alternativas de principio ante las que se situó la discusión fueron éstas: conservación de una supuesta identidad latinoamericana, frente a innovación; y prevalencia de una concepción ética del derecho de contratos, frente a una concepción economicista (considerada, en ocasiones, como más propia del derecho angloamericano).

La aspiración a conservar la identidad de los sistemas latinoamericanos afloró en algunas ponencias y debates; particularmente al tratar del papel de la voluntad en el contrato y de los vicios del consentimiento, de la pretensión de cumplimiento, del cumplimiento por equivalente (aunque en la versión actual de los PLDC haya desaparecido), o del daño indemnizable en la responsabilidad contractual.

La visión ética fue invocada, por ejemplo, al definir el papel de la voluntad en la perfección del contrato y el significado de los vicios del consentimiento; la exigencia de respeto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*) y sus consecuencias en la articulación del sistema de remedios del incumplimiento: la prioridad de la pretensión de cumplimiento y consiguiente consideración de la indemnizatoria como remedio subsidiario.

Estas exigencias, fundamentalmente teóricas, fueron contrastadas con la necesidad de hacer del contrato un instrumento útil en la sociedad actual; lo que impone alcanzar un punto de equilibrio entre lo ideal y lo razonable o conveniente. La búsqueda de ese equilibrio fue, permanentemente, un hilo conductor de los debates de estas jornadas.

### III. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

7. Los PLDC regulan la responsabilidad durante la «negociación del contrato». Tipifican dos supuestos: la ruptura de las negociaciones («retiro contrario a la buena fe») y el incumplimiento del deber de confidencialidad. En ambos casos, establecen el deber de indemnizar los daños causados; en el segundo, además, el de «restituir los beneficios obtenidos». Los PLDC no indican cuál es el interés indemnizable en este caso; sólo establecen, para la ruptura de las negociaciones, que «en ningún caso se indemnizará la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado», excluyendo la indemnización del interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo). Pero esta regla no debería impedir la indemnización en la medida del beneficio (cierto), cuando frustrar su obtención fue la intención del responsable.

Cabe preguntarse: ¿en qué medida es necesario regular la responsabilidad precontractual? Como se recordó (citando al profesor Pantaleón) la cláusula abierta que define el daño extracontractual en los Códigos latinos (a diferencia del § 823 BGB) permite fundamentar la indemnización de este tipo de daños. Su tipificación legal no tiene propiamente una función fundamentadora de la responsabilidad, sino de concreción de ciertas conductas dañosas en la fase de formación del contrato.

#### IV. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

8. En las jornadas se pusieron de manifiestos dos grandes concepciones de los vicios del consentimiento: una *formal* que resalta en ellos el defecto de la voluntad, y justifica así la nulidad (relativa) del contrato, y otra *funcional*, que más bien destaca el efecto que produce un vicio del consentimiento sobre el contrato celebrado, en su organización de los intereses. Contemplado el problema en su dimensión funcional, el remedio de la anulación resulta insuficiente, y se muestran oportunos otros remedios, como la indemnización y la adaptación del contrato. Estos últimos deben ser articulados con la anulabilidad y tal vez constituir un sistema precontractual de remedios, en el espacio tradicionalmente asignado a los vicios de la voluntad.

En realidad, el concepto formal de vicio del consentimiento, reflejado en los Códigos civiles decimonónicos, no existe en Derecho romano; es una elaboración iusnaturalista, que al construir el moderno concepto de contrato fundado en la voluntad, considera al vicio de la voluntad como un defecto que la invalida. En Derecho romano, el dolo, la violencia y el miedo son, ante todo, actos ilícitos (lo que justifica la *restitutio in integrum* que ofrece el Pretor) y el error tiene un ámbito de aplicación muy restringido.

En las jornadas también se pusieron de manifiesto los dos tipos de problemas que subyacen en los vicios del consentimiento: la falta de libertad al contratar, presente en la intimidación y, seguramente también, en el aprovechamiento desleal de la situación en que se encuentra el otro contratante, pues aunque no esté forzado no tiene otra alternativa que contratar, y la defectuosa información sobre hechos o circunstancias relacionados con el contrato, que subyace en el error e, incluso, en el dolo (dejando de lado la ilicitud que el mismo supone). El error y dolo son cauces para la distribución, entre los contratantes, del riesgo de defectuosa información al contratar.

9. Los problemas de información contractual tienen especial relevancia en el derecho actual. Tradicionalmente, la información

que un contratante debía suministrar al otro, al contratar, estaba escasamente tipificada por la ley y se concretaba conforme a las exigencias del principio de buena fe. Hoy, por el contrario, son frecuentes los deberes de información que impone la ley a un contratante con respecto del otro, particularmente en relaciones asimétricas. La infracción de tales deberes suele tener sus propias consecuencias, previstas en la norma que los impone. Pero, a pesar de ello, la figura del error (vicio del consentimiento) no ha perdido su función. Ofrece un sistema subsidiario de protección, complementario del previsto en la ley especial. En cuanto al dolo, el reconocimiento del dolo omisivo (reticencia dolosa) ha obligado, de otro lado, a establecer los límites del deber de información.

10. Los PLDC reflejan, en buena medida, una idea funcional de los vicios del consentimiento, parecida a la de los PECL; pues, aunque cada uno de los vicios se defina como supuesto de anulabilidad del contrato, se combina la anulabilidad con la indemnización; y, en algunos casos, se contempla la adaptación del contrato (como remedio, o como vía para impedir la anulación). Pero los PLDC, a diferencia de los PECL, que admiten la indemnización en casos en que el error no es esencial (no es vicio del consentimiento), sólo la reconocen en caso de error esencial. Los PLDC no tienen una regla parecida a la del artículo 4:106 PECL, que imputa a un contratante el riesgo de transmitir información incorrecta al otro contratante, sin intención de engañar, aunque provoque error esencial, por no ser dicha información determinante para contratar. Los PLDC sólo contemplan la indemnización cuando el error es esencial, es decir, constituye vicio del consentimiento: «Pueden demandarse los perjuicios *originados en una causal de nulidad*, sin que ésta sea una condición de procedencia».

Si admitimos que un contratante debe asumir el riesgo del daño que puede causar al otro la información que le suministra, aunque no tenga intención de engañarle, ¿por qué limitar el derecho a pedir indemnización a los casos en que la información sea determinante para contratar (error esencial), y no extenderlo a todos los casos en los que la confianza en la información recibida cause un daño (por ejemplo: un contrato lesivo)?

## V. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO

11. Fue también objeto de consideración el sistema de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, seguido por los PLDC.

En una de las ponencias se recordó el sistema tradicional de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento. Dicho sistema coincide con el que corresponde al Código Civil español según Castro y Delgado Echeverría, aunque no toda la doctrina española comparte este criterio. Se caracteriza del siguiente modo: El contrato es inicialmente nulo, aunque puede ser confirmado por el contratante legitimado para invocar la nulidad. La declaración de nulidad (en cuanto tal) no está sometida a plazo. Por eso, si el contrato todavía no se ha consumado («re integra»), la nulidad del mismo puede ser opuesta, como excepción, sin límite temporal (*perpetua sunt ad excipienda*), cuando el otro contratante exija el cumplimiento. Sólo si el contratante legitimado para invocar la nulidad ejecuta su prestación (el contrato se ha consumado) existe un límite temporal para, invocando la nulidad, poder obtener la restitución de lo pagado. Lo que prescribe es la acción de restitución.

En los PLDC la regulación de la anulabilidad no sigue este sistema sino otro, inspirado en el BGB y utilizado por los PECL (arts. 4:113 (1), 4:112, 4:114), según el cual el contrato es inicialmente válido, aunque anulable. Los PLDC contienen las reglas de anulabilidad que a continuación indico. El derecho a anular el contrato debe ejercitarse por el contratante legitimado dentro de «un plazo razonable, según las circunstancias»; plazo que se «contabilizará desde que hayan cesado las circunstancias que [al sujeto legitimado] le impedían» ejercitar ese derecho. El ejercicio del derecho a anular el contrato puede realizarse «mediante notificación a la otra parte, con expresión de las razones en que se funde»; sin excluir, que pueda también hacerse «por demanda judicial». La nulidad (la decisión de anular el contrato) «también podrá oponerse como excepción frente a la demanda de cumplimiento» del contrato. Pero, lógicamente, sólo si el contratante legitimado conserva todavía el derecho a anular el contrato, porque no ha transcurrido el tiempo de ejercicio de ese derecho, ni ha renunciado a él (de forma expresa o tácita), ni ha confirmado el contrato.

Debido a la diferente manera de funcionar la anulabilidad en los dos sistemas expuestos (el tradicional y el del BGB, los PECL y los PLDC), no parece necesario que los PLDC mencionen la posibilidad de oponer la excepción de nulidad, no siendo ya *perpetua*.

12. Los PLDC permiten la anulación extrajudicial, mediante notificación. En las jornadas se cuestionó que tal regla fuera conveniente, teniendo en cuenta que la anulación no sólo produce efectos *inter partes* sino frente a terceros. Frente a esta objeción, que

muestra preferencia por el ejercicio judicial del derecho a anular el contrato, se pueden hacer dos observaciones. Primera: mientras que en el sistema tradicional de la anulabilidad, en el que el contrato es inicialmente nulo, es imprescindible ejercitar una acción, *alegando* la nulidad (declarativa) para pedir la restitución (condena) de lo ya dado sin que esto impida ejercicio aislado de una acción puramente declarativa de la nulidad, en el sistema seguido por los PLDC, en el que contrato es inicialmente válido, la voluntad de anularlo puede expresarse por vía extrajudicial, no requiere del ejercicio de una acción. Segunda: puesto que la nulidad, en el modelo de los PLDC, tiene que ser pedida dentro de un plazo, imponer el ejercicio judicial de este derecho potestativo obligaría al legitimado (incluso al que ha padecido el dolo o amenazas) a tener que iniciar un pleito para poderse desvincular del contrato, aunque el contrato no haya sido consumado por su parte. Evitar este inconveniente es una razón poderosa para que la anulación del contrato pueda ser extrajudicial.

13. En algunos de los presentes surgió una duda: ¿Es adecuado que una medida de protección del contratante que padece un vicio del consentimiento, como es la anulabilidad del contrato, despliegue siempre efectos frente a terceros, y no solo en algunos casos en los que vicio pueda revestir mayor gravedad (violencia)? Y así, por ejemplo, en un caso de falta de autenticidad de un cuadro vendido, no parece razonable que el error, por ser un vicio del consentimiento, justifique que la anulación del contrato (remedio protector de un contratante) tenga efectos frente a terceros, y la resolución del contrato por incumplimiento no tenga ese efecto.

## VI. PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

14. La segunda parte de las jornadas se dedicó al cumplimiento del contrato y el incumplimiento del contrato y sus consecuencias. En lo que se refiere al incumplimiento, una de las cuestiones debatidas fue la relación existente entre la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria. En una de las ponencias se destacó el papel esencial que tiene la pretensión de cumplimiento en la tradición jurídica continental y francesa. La defensa de esta idea fue escenificada con un ejemplo. Imagínense ustedes –dijo el ponente– que, ayer, cuando me encontraba en el aeropuerto de Orly, la compañía aérea me hubiera informado de que no disponía de una plaza para volar a Santiago de Chile en el vuelo concertado y me hubiera ofrecido, a cambio, una indemnización. Yo en ese

momento –añadió– hubiera respondido que no me interesaba ser indemnizado, sino el cumplimiento del contrato en sus propios términos, para poder estar hoy con ustedes.

La defensa de la supremacía de la pretensión de cumplimiento frente a la indemnizatoria, fue justificada en la propia esencia del contrato, el respeto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), principio básico en la tradición continental y francesa. Y en la prevalencia de la concepción ética del contrato, propia del derecho continental, frente a la puramente economicista, propia del derecho angloamericano.

El ejemplo propuesto sirve, también, para poner de manifiesto cómo, en ocasiones, resulta más conveniente que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés por medio de un tercero, con cargo al deudor, que por la espinosa vía de tener que exigir el cumplimiento al deudor, renuente a hacerlo. La solución razonable en este caso sería que la compañía aérea, que ha incumplido su promesa, pague al pasajero el coste de un pasaje similar en otra compañía. Para que, en casos como éste, la pretensión de cumplimiento pudiera tener efectividad jurídica, deberíamos contar con un sistema procesal tan ágil, que permitiera satisfacer, de inmediato, el derecho del pasajero. Pero esto no es posible.

Sin menospreciar el sustrato ético en el que se apoya el derecho de la contratación, hemos operado con cierto pragmatismo. Es muy deseable que todo deudor cumpla lo que prometió; pero de no ser así, lo importante es que el acreedor logre satisfacer su interés *in natura* a costa del deudor, por una vía alternativa.

15. ¿Cómo solucionan los PLDC este caso? El problema no aparece directamente contemplado en ellos, aunque sí indirectamente. Lo procedente para hacer efectivo el derecho del pasajero es: (i) bien permitir a éste resolver el contrato, si se cumplen los requisitos de la resolución, y realizar una operación de reemplazo, con indemnización del posible mayor costo del pasaje, o, (ii) sin resolver el contrato, poder optar por la indemnización (el coste de un pasaje en otra compañía) en lugar del cumplimiento del contrato (como permite el § 281 BGB). Los PLDC regulan la resolución del contrato (que en este caso sería posible por ser el incumplimiento esencial; y estaría facilitada al poderse ejercitar mediante comunicación escrita, en lugar de judicialmente), pero no disponen de una regla, parecida a la del § 281 BGB, que fije el límite del derecho del deudor a ejecutar la prestación y permita al acreedor pedir indemnización en lugar del cumplimiento del contrato. Convendría valorar si no sería provechosa introducir una regla parecida a ésta.

## VII. EL DAÑO INDEMNIZABLE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

16. El contenido complejo que se asigna a la vinculación contractual en el moderno derecho de contratos, integrado no sólo por deberes de prestación, sino por garantías (por ej.: autenticidad del cuadro, estado financiero de una empresa) y deberes de protección o de cuidado, tiene como consecuencia que la indemnización haya pasado de ser un remedio subsidiario a asumir una función muy relevante en el sistema de remedios del incumplimiento. Los PLDC, de algún modo, reflejan ese papel: «La indemnización de los daños podrá ejercitarse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela».

«*Incumplimiento* es –según los PLDC– la falta de *ejecución* de la *prestación* en la forma pactada». Y, a su vez, «el *cumplimiento imperfecto* comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor». Estas definiciones del incumplimiento y del cumplimiento imperfecto parecen estar pensando, tan sólo, en un aspecto de la vinculación contractual: los deberes de prestación. Por ello creo que debería ser revisada. Más que de incumplimiento de obligaciones, convendría referirse al incumplimiento del contrato, entendido como la falta de ejecución (realización) del mismo.

17. El concepto de daño contractual fue también considerado en las jornadas. Los PLDC, en su actual redacción, no determinan, suficientemente, cuáles son los daños indemnizables, en caso de incumplimiento del contrato. Podemos comprobarlo recordando la redacción de los artículos que regulan esta materia:

*Indemnización de daños*: «En todos los casos en los que el incumplimiento cause daños, y siempre que no concurra una causa de exoneración, el acreedor insatisfecho podrá pedir su indemnización».

*Daños indemnizables*: «La indemnización de daños comprende el daño patrimonial y el no patrimonial».

*De la previsibilidad del daño indemnizable*: «El deudor responderá de los daños *previsibles* al tiempo de la celebración del contrato».

Los PLDC, en su actual redacción, identifican el daño indemnizable en la responsabilidad contractual con el previsible al tiempo de la celebración del contrato. Esta regla, por sí sola, o es desmesurada, e impropia de los Ordenamientos latinos, si, como en el derecho angloamericano, imputa al deudor cualquier daño previsible en ese momento, cuya indemnización no fuera por la autonomía de la voluntad, o resulta insuficiente e imprecisa, si sólo se pretende imputarle aquellos daños que correspondan al fin de pro-

tección del contrato. Este segundo criterio es el más adecuado en los sistemas latinos. Por eso, en este caso, la regla de la previsibilidad del daño debe ir precedida de otra regla que establezca el criterio general de determinación de los daños indemnizables en la responsabilidad contractual.

Esa regla no está formulada, como tal, en los Códigos civiles latinos; quizás porque se entendió, en su momento, que estaba contenida en la regla de la previsibilidad, entendida conforme a la idea de Pothier. Tampoco la encontramos en la Convención de Viena (art. 74 CISG). La CISG se limita a establecer las manifestaciones del daño indemnizable; nos indica que «la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento», con el límite de la imprevisibilidad del daño, al tiempo de contratar. Sí podemos encontrarla, en cambio, en los PECL. Los PECL contienen dos reglas: la que determina, de modo general, el daño indemnizable en la responsabilidad contractual (art. 9:502) y la de la previsibilidad (art. 9:503). La segunda recorta, en cada caso concreto, la indemnización debida conforme a la primera regla.

18. Los PECL formulan así la regla general de indemnización en la responsabilidad contractual: «La medida general del daño indemnizable es aquella suma que permita colocar al contratante insatisfecho, lo más cerca posible, en la posición en que se hubiera encontrado si el *contrato* hubiera sido *cumplido debidamente...*» (art. 9:503 PECL). Esta regla está recogida en términos parecidos en el artículo III.-3:702 DCFR, y en el artículo 160 del CESL [*Common European Sales Law* que forma parte de la «*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*», Bruselas 11.10.2011]: «El cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o, de no ser posible, en una posición lo más parecida».

En los PECL, el DCFR y el CESL el daño indemnizable resulta de la diferencia entre dos estados: aquel en que se encuentra el acreedor insatisfecho, tras el incumplimiento del contrato, y aquel otro en el que se debería haber encontrado, de haberse cumplido *debidamente* la obligación (el contrato). El término *debidamente*, referido a cómo debería haberse cumplido el contrato, nos proporciona la pauta para determinar el daño que en cada caso deba ser indemnizado.

El BGB utiliza este mismo criterio, propio de la denominada teoría de la diferencia, pero lo hace de modo más genérico. El § 249 BGB, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, menciona, como elemento de comparación, el estado en el que dañado se habría encontrado de no haberse producido el *hecho o circunstancia causante del daño*. La referencia al hecho causante del daño no aporta un criterio normativo delimitador del daño indemnizable. Los PECL, el DCFR y el CESL sí lo aportan. En los artículos antes citados toman en consideración el estado en que el contratante dañado debería haberse encontrado de *haberse cumplido el contrato*. El contrato (el interés protegido por él que debería haber quedado satisfecho de haberse cumplido), es el que determina el daño indemnizable, comparando las exigencias del mismo con la situación creada por incumplimiento.

19. La exigencia de previsibilidad del daño indemnizable es una regla complementaria de la anterior, en la delimitación del daño contractual indemnizable. Está recogida en el artículo 9:503 PECL así como en el DCFR (art. III.- 3:703) y en el CESL (art. 162). En el marco del interés protegido por el contrato (primera regla), el deudor sólo es responsable si el daño causado por el incumplimiento era previsible al tiempo de contratar.

20. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, sería recomendable que los PLDC antepusieran a la exigencia de previsibilidad del daño (regla de alcance más concreto) una regla parecida a la más arriba expuesta de los PECL, el DCFR, o el CESL, que exprese el criterio general de determinación del daño indemnizable. Podrían hacerlo utilizando el modelo de los estos textos normativos, precisando incluso más el estado en que el acreedor debería haberse encontrado si se hubiere cumplido el contrato. Indicando, por ejemplo, que el acreedor debe quedar *en la posición en la que debería haberse encontrado, conforme al [fin de protección del] contrato...* si el contrato hubiera sido adecuadamente cumplido.

El daño indemnizable en caso de incumplimiento del contrato proviene de la lesión, en algunas de sus manifestaciones, del interés protegido por el mismo. El interés protegido por el contrato tiene estas manifestaciones típicas: (i) el interés en el cumplimiento de los deberes de prestación surgidos del contrato; (ii) el interés en la efectividad de lo garantizado por el contrato (existencia de hechos o circunstancias presentes; consecución de los resultados garantizados, como es propio de ciertos contratos de servicios), que se satisface por medio de la indemnización; y, por fin, (iii) el interés de conservación, consistente en no sufrir daño en los bienes

personales o patrimoniales, en el desarrollo del contrato. Debemos tener en cuenta que el contrato supone una *justificada* puesta en riesgo de los bienes personales y patrimoniales de los contratantes.

## VIII. CONSIDERACIÓN FINAL

La iniciativa de elaborar unos Principios latinoamericanos de derecho de los contratos merece una valoración positiva, tanto desde la perspectiva latinoamericana como desde la europea. El mero proceso de preparación, con el estudio comparativo que requiere, aporta materiales valiosos. En este caso ya ha dado lugar a la aparición de un libro en el que se compara el derecho de contratos de diferentes países latinoamericanos; es el libro al que más arriba me he referido. Y, una vez concluida la tarea de elaboración de los Principios, éstos constituirán un buen marco común comparativo. Es deseable que en el proceso de elaboración de estos Principios participen juristas que representen un amplio espectro de sistemas latinoamericanos. Y, al mismo tiempo, que el trabajo de los profesores sea contrastado con la opinión de abogados y prácticos del Derecho.

La iniciativa emprendida, que nos recuerda a la que en su día se acometió en Europa, y que todavía no ha sido definitivamente cerrada, es también para nosotros, europeos y españoles, una buena ocasión para seguir reflexionando sobre las grandes cuestiones que hoy plantea el derecho de contratos. Por ello, creo, que desde Europa debemos apoyarla y felicitar a quienes han tenido la idea de emprenderla: a Carlos Pizarro y a los profesores Álvaro Vidal Olivares e Íñigo de la Maza, a los que, al principio me he referido. A ellos y a todos los profesores que han colaborado en este proyecto debemos darles especialmente las gracias.

## ANEXO

Este Anexo contiene el texto de los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos, en el estado actual de elaboración. Este texto fue objeto de debate en las jornadas a las que se refiere esta crónica. Consta de dos partes: una primera referida a los principios generales y a la formación del contrato, y una segunda relativa al cumplimiento e incumplimiento del contrato.

### **PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS**

#### PRIMERA PARTE

##### Título I. Principios generales

*Artículo* \* [Libertad de contratación]

*Las partes son libres para celebrar contratos y para determinar su forma y contenido, siempre que no sea contrario al orden público y las buenas costumbres.*

*Artículo* \* [Fuerza obligatoria]

*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.*

*Artículo* \* [Buena fe]

Las partes deben comportarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe. Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe se tienen por no escritas.

##### Título II. Del contrato y sus elementos

*Artículo* \*

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

## Título III. Negociación del contrato

*Artículo \* [De la libertad de negociación]*

*Las partes son libres de negociar los términos del contrato y de retirarse de dichas negociaciones.*

*Artículo \* [Del retiro contrario a la buena fe]*

*El daño causado por el retiro contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado.*

*En ningún caso se indemnizará la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado.*

*Está especialmente obligado a esta reparación el que ingresa en una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar.*

*Artículo \* [Deber de confidencialidad]*

*La información confidencial que se haya obtenido en virtud de las negociaciones del contrato no podrá usarse o ser revelada por quien la recibe.*

*El incumplimiento de este deber obliga a indemnizar los daños y a restituir los beneficios obtenidos.*

*Artículo \* [De la voluntad de las partes]*

*La voluntad de obligarse se manifiesta por declaraciones u otras conductas.*

*Artículo \* [De la oferta]*

*La propuesta de celebrar un contrato constituye oferta si revela la voluntad del proponente de quedar obligado en caso de aceptación y resulta suficientemente precisa para producir efectos en caso de que sea aceptada.*

*La oferta puede ser dirigida a una o más personas determinadas, o al público en general.*

*Artículo \* [Efecto y retiro de la oferta]*

*La oferta produce efectos desde que llega a su destinatario.*

*La oferta puede retirarse hasta antes de que llegue al destinatario.*

*Artículo \* [Revocación de la oferta]*

*La oferta puede revocarse hasta que el destinatario haya enviado su aceptación.*

*En los casos en que la aceptación consista en una conducta diversa de la declaración, puede revocarse hasta el perfeccionamiento del contrato.*

*Artículo \* [Oferta irrevocable]*

*La oferta es irrevocable si el oferente le ha atribuido ese carácter, o ha fijado un plazo para la aceptación y el oferente no se reserva expresamente la facultad de revocarla.*

*Tampoco puede revocarse la oferta si el destinatario ha podido confiar, conforme a la buena fe, en que la oferta era irrevocable.*

*Artículo \* [Caducidad de la oferta]*

*La oferta caduca, aun si es irrevocable, en los siguientes casos:*

*1. Si fue rechazada por el destinatario, en el momento en que el rechazo llega al oferente.*

*2. Si la respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones de conformidad con el artículo \*\*.*

*3. Si el oferente fallece o se incapacita antes de la recepción de la aceptación.*

*Si se aceptó en ignorancia de la muerte o incapacidad, y a consecuencia de la aceptación hubo gastos, el aceptante tiene derecho a la reparación.*

*4. Si 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 \* [De la aceptación]*

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

*Las modificaciones a la oferta hechas por el destinatario comportan la propuesta de un nuevo contrato.*

*Artículo \* [El 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, le otorguen tal carácter.*

*Artículo \* [La oportunidad de la aceptación]*

*La aceptación, cualquiera sea su forma, produce efectos si llega al oferente dentro del término fijado; a falta de plazo, dentro de aquel que resulte conforme a la buena fe, atendidas las circuns-*

*tancias de la negociación y los medios de comunicación empleados por el oferente.*

*La aceptación de las ofertas entre presentes debe ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.*

*Artículo \* [La aceptación tardía]*

*La aceptación tardía produce efectos cuando el oferente, sin demora, hace llegar su conformidad al destinatario.*

*Asimismo, produce efectos si de la comunicación escrita que contiene la aceptación tardía se desprende que debería haber llegado al oferente dentro del plazo.*

*Artículo \* [El retiro de la aceptación]*

*La aceptación puede ser retirada hasta el momento en que produce efectos.*

*Artículo \* [El perfeccionamiento del contrato]*

*El contrato se entiende perfeccionado desde que la aceptación llega al oferente.*

*Si la aceptación consiste en una conducta, el contrato se entiende perfeccionado desde que el oferente la conoce.*

#### Título IV. De los vicios del contrato

*Artículo \* [El 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 \**

*El error anula el contrato:*

- 1. Cuando es provocado por información suministrada por la otra parte.*
- 2. Cuando la otra parte lo conoció o debió conocerlo y no lo informó, contrariando la buena fe.*
- 3. Cuando ambas partes han padecido el mismo error.*

*En estos casos no hay nulidad si el error es inexcusable o el riesgo de su existencia fue o debe ser asumido por quien lo padece.*

*Artículo \**

*La parte que incurre en error no puede anular el acto si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrarlo.*

*Artículo \* [Error en la declaración o en la transmisión]*

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

*Artículo \* [El dolo]*

*El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión.*

*Artículo \**

*El dolo anula el contrato cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado y no ha habido dolo recíproco.*

*Artículo \**

*El autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados. La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero, responde solidariamente.*

*Artículo \* [Intimidación]*

*Una parte puede anular el contrato si fue inducida a celebrarlo mediante la amenaza antijurídica de un mal inminente y grave.*

*Artículo \**

*Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al género, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.*

*Artículo \**

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

*Artículo \* [Excesiva desproporción]*

*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.*

*Artículo \**

*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.*

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

*Artículo \**

*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.*

*La parte a quien se notifica 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.*

*Artículo \* [Terceros]*

*También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo, la intimidación o el perjuicio a que se refieren los artículos anteriores, cuando hayan sido provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante.*

*Artículo \**

*La facultad de anular el contrato puede ejercerse extrajudicialmente, mediante notificación a la otra parte, con expresión de las razones en que se funde o por demanda judicial. También puede oponerse como excepción frente a la demanda de cumplimiento.*

*Artículo \* [La oportunidad de la notificación]*

*La notificación de nulidad no produce efectos a menos de que sea realizada dentro de un plazo razonable según las circunstancias. Dicho plazo se contabiliza desde que hayan cesado las circunstancias que le impedían realizar la notificación.*

*Artículo \* [Nulidad parcial]*

*La nulidad de una cláusula no afecta a las otras, a menos que el contrato no pueda subsistir sin cumplir su finalidad, atendidas las circunstancias del caso.*

*Artículo \* [Confirmación]*

*La anulación del contrato no produce efectos cuando la parte facultada para anularlo lo confirme expresa o tácitamente a partir del momento desde el cual se contabiliza el plazo para la notificación de la nulidad.*

**Artículo \*** [Efectos retroactivos]

*Declarado nulo o anulado el contrato, los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor.*

**Artículo \***

*Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.*

**Artículo \*** [Indemnización de perjuicios]

*Pueden demandarse los perjuicios originados en una causal de nulidad sin que ésta sea una condición de procedencia.*

*La acción indemnizatoria se rige conforme a las reglas generales.*

**Artículo \*** [Remedios por incumplimiento]

*La parte que tenga derecho a anular el contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los remedios por incumplimiento, puede optar entre aquella y éstos.*

## SEGUNDA PARTE

### Capítulo 1. Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales

**Artículo \*** [Concepto de cumplimiento]

*Cumplimiento es la ejecución de la prestación en los términos en que fue acordada.*

**Artículo\*** [Lugar del cumplimiento]

*La obligación debe cumplirse en el lugar determinado en el contrato o que sea determinable conforme a éste.*

*El lugar de cumplimiento puede ser establecido por acuerdo de las partes, de manera expresa o tácita.*

*Si la regla precedente no resulta aplicable, lugar de cumplimiento es:*

- 1. El domicilio del acreedor, para las obligaciones dinerarias.*
- 2. El lugar en que se encontraba la cosa al tiempo de constituirse la obligación, para las obligaciones cuyo objeto es una especie o cuerpo cierto.*

3. *El domicilio del deudor, para los demás casos.*

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

*Artículo \* [Momento del cumplimiento]*

*La obligación debe cumplirse en el momento determinado en el contrato o que resulte de éste, de su naturaleza, los usos o la buena fe.*

*Si no fuere posible establecer el momento de cumplimiento de acuerdo con esas pautas, se estará a las siguientes reglas:*

1. *Si puede ejecutarse inmediatamente, su cumplimiento tendrá lugar en el más breve plazo posible desde que se contrajo.*

2. *Si por su naturaleza supone necesariamente un lapso para su ejecución, su cumplimiento tendrá lugar en el más breve plazo posible desde que se contrajo.*

*Artículo \* [Cumplimiento anticipado]*

*El deudor puede anticipar el cumplimiento, a menos que perjudique gravemente los intereses de la otra parte. El cumplimiento anticipado de una obligación no afecta la ejecución de la obligación recíproca.*

*El acreedor puede renunciar al plazo establecido en su favor.*

*Artículo \* [Exigibilidad anticipada de la obligación]*

*El cumplimiento de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, excepto:*

1. *Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia.*

2. *Al deudor que no ha constituido las garantías prometidas o que disminuye por hecho imputable las seguridades otorgadas.*

3. *Cuando el plazo esté establecido sólo en favor del acreedor.*

*Artículo \* [Cumplimiento por un tercero]*

*La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere oposición conjunta del acreedor y del deudor. Tercer interesado es la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial y puede pagar contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor.*

**Artículo \*** [Gastos]

*Salvo acuerdo en contrario, cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de su obligación.*

*Si el acreedor ha incurrido en mora corresponde a éste soportar los gastos que deriven de ella.*

**Capítulo 2.** Incumplimiento de las obligaciones contractuales

**Sección 1.<sup>a</sup>** Del incumplimiento en general

**Artículo \*** [Concepto de incumplimiento]

*Incumplimiento es la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada.*

*El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.*

*El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación.*

**Artículo \*** [Carácter esencial del incumplimiento]

*Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando:*

1. *Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento.*

2. *El incumplimiento es doloso.*

3. *La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato.*

4. *Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato.*

**Artículo \*** [Acción u omisión del acreedor]

*El acreedor no puede invocar el incumplimiento que tiene causa en su propia acción u omisión.*

**Artículo \*** [Fuerza mayor o caso fortuito]

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

Sección 2.<sup>a</sup> Medios de tutela del acreedor*Artículo \* [De los medios de tutela del acreedor]*

*En caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela:*

- 1. Cumplimiento específico;*
- 2. Reducción del precio;*
- 3. Resolución del contrato;*
- 4. Excepción de contrato no cumplido, e*
- 5. Indemnización de daños.*

*La indemnización de los daños podrá ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela.*

*Artículo \* [Comunicación en los cumplimientos imperfectos]*

*En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor deberá comunicar la disconformidad en un plazo razonable contado desde el momento en que debió tener conocimiento.*

*A falta de comunicación, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento, ni resolver el contrato.*

*Artículo \* [Cumplimiento específico]*

*El cumplimiento específico procede siempre en las obligaciones dinerarias.*

*Tratándose de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes:*

- 1. 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.*
- 2. 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.*
- 3. No procede tampoco cuando se trate de una obligación inherente a la persona.*

*Artículo \* [Reparación y sustitución en los cumplimientos imperfectos]*

*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.*

*La sustitución requiere siempre el incumplimiento esencial.*

**Artículo \* [Reducción del precio]**

*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.*

*La reducción del precio es incompatible con la indemnización del menor valor de la prestación.*

*En todo caso, el acreedor puede demandar la indemnización de cualquier otro daño.*

**Artículo \* [Resolución por incumplimiento]**

*Cualquiera de las partes de un contrato puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial.*

*El incumplimiento recíproco no obsta la resolución del contrato.*

*La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte, la que producirá efectos desde su recepción.*

**Artículo \* [Resolución parcial]**

*El acreedor podrá resolver parcialmente el contrato, salvo cuando no sea posible, habida consideración a la naturaleza del contrato o el interés de las partes.*

**Artículo \* [De los efectos de la resolución]**

*La resolución libera a las partes de sus obligaciones pendientes de cumplimiento. Así y todo, no afectará las cláusulas que las partes hayan previsto para la resolución de controversias o las relativas al incumplimiento mismo, tales como cláusulas penales, exonerativas o limitativas de responsabilidad, de confidencialidad o de no competencia.*

**Artículo \* [Efectos restitutorios]**

*Resuelto el contrato, deberán restituirse, de manera simultánea, las prestaciones ya ejecutadas, junto con los frutos percibidos.*

*En caso de que la restitución no sea posible, deberá restituirse el valor que tenían a la época de la imposibilidad.*

*No habrá lugar a la restitución del valor si la parte que resolvió el contrato prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo a pesar de haber actuado con la debida diligencia.*

*En caso de imposibilidad, la parte que no puede obtener la restitución en naturaleza tendrá siempre derecho a exigir a la otra la cesión de derechos o acciones que tuviere en contra de terceros respecto de la destrucción o pérdida del objeto.*

*Artículo \* [Los efectos de la resolución en los contratos de ejecución sucesiva]*

*En los contratos de ejecución sucesiva no habrá lugar a restituciones, salvo que no exista la correspondiente reciprocidad de intereses de acuerdo al contrato en su conjunto.*

*Artículo \* [Cláusulas resolutorias]*

*Las partes podrán incorporar al contrato cláusulas que confieran al acreedor la facultad de resolverlo, siempre y cuando especifiquen los incumplimientos que darían lugar a esta resolución.*

*Estas cláusulas no privan al acreedor de la posibilidad de optar por cualesquiera de los otros remedios.*

*Artículo \* [Excepción de contrato no cumplido]*

*Cada parte puede negarse a ejecutar su prestación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para el cumplimiento.*

*Asimismo, puede negarse cuando, antes de la fecha de cumplimiento, aparece claramente que la otra parte no cumplirá la prestación recíproca.*

*La suspensión no procede cuando el incumplimiento de la otra parte sea mínimo.*

*Artículo \* [Indemnización de daños]*

*En todos los casos en que el incumplimiento cause daños, y siempre que no concurra una causa de exoneración, el acreedor insatisfecho podrá pedir su indemnización.*

*Son causa de exoneración las circunstancias que constituyen caso fortuito, cuyos efectos sean permanentes o temporales.*

*Artículo \* [Daños indemnizables]*

*La indemnización de daños comprende el daño patrimonial y no patrimonial.*

*Artículo \* [De la previsibilidad del daño indemnizable]*

*El deudor responderá de los daños previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento.*

*En caso de dolo, el deudor responderá de todos los daños que el incumplimiento ocasione.*

*Artículo \* [Contribución del acreedor a su daño]*

*La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó al incumplimiento.*

*Artículo \* [Mitigación de las pérdidas]*

*La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor omitió adoptar las medidas que, de acuerdo con la buena fe, eran razonables para mitigar las pérdidas. La reducción corresponderá a la cuantía en que hubiere podido mitigarse el daño.*

### Sección 3.<sup>a</sup> Pactos relativos a la responsabilidad por incumplimiento

*Artículo \* [Cláusula penal]*

*Las partes pueden estimar los perjuicios mediante la incorporación al contrato de una cláusula penal, la cual libera al acreedor de la prueba del daño.*

*A petición de parte o de oficio, el juez podrá moderar el monto de la pena, cuando éste resulte excesivo.*

*El acreedor podrá escoger entre demandar la pena o la indemnización de los daños.*

*En todo caso, la pena será compatible con los remedios establecidos para el incumplimiento distintos de la indemnización de daños.*

*Artículo \* [Arras]*

*Las partes pueden acordar que, al tiempo del contrato, se entregue una cosa para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.*

*Mediante este pacto real también se estiman anticipadamente los perjuicios que se puedan derivar del incumplimiento y se libera al acreedor de la carga de probar la existencia y el monto del daño.*

*Si el que ha dado las arras incumple, las perderá, y si incumple quien las recibió, deberá restituirlas dobladas.*

*Si no se presenta incumplimiento, las arras se imputarán al precio si la naturaleza de la prestación lo permite y, en caso contrario, se restituirán.*

*El acreedor no puede demandar a un tiempo las arras y la indemnización de los daños, sino cualquiera de las dos.*

*Artículo \* [Cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad]*

*Pueden las partes incorporar al contrato cláusulas que limiten o excluyan su responsabilidad, sujetas a las limitaciones siguientes:*

- 1. No pueden exonerarse por los incumplimientos dolosos o por culpa grave.*
- 2. No puede exonerarse de responsabilidad por los daños derivados de la lesión a la persona del acreedor.*
- 3. No puede excluirse o limitarse el derecho a reclamar la prestación, ni su valor.*
- 4. No serán válidas las cláusulas que contraríen la buena fe, considerando para ello especialmente el precio y la naturaleza del objeto del contrato en que se incorporan.*