

La nulidad absoluta en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Sobre su inclusión en el texto y sus causales*

GONZALO SEVERIN FUSTER

Profesor de Derecho civil

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

RESUMEN

Siguiendo la aproximación adoptada por los códigos civiles de la región, en la última versión conocida de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos (publicada el año 2016 por el Anuario de Derecho Civil; en adelante PLDC 2016) se regula una específica causal de ineficacia del contrato, la nulidad, y se hace recogiendo la distinción entre la nulidad relativa y la absoluta. El hecho de que en un cuerpo de «principios» se ofrezca una regulación de la nulidad absoluta representa, al menos a primera vista, un elemento original y diferenciador respecto de otros conocidos textos sobre principios de Derecho contractual (v. gr.: UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts, PECL, DCFR). Este trabajo tiene por objeto mostrar, por un lado, cuáles han sido las razones de la incorporación de la nulidad absoluta en los PLDC 2016 y cómo ella se inserta en la estructura del texto; y, por otro lado, cuáles son las causales que permiten declararla.

PALABRAS CLAVE

Derecho contractual; Soft Law; Ilícitud; Nulidad; Derecho Latinoamericano.

* Este artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» [DER 2014-53972-P], del que son investigadores principales la profesora Nieves Fenoy Picón y el profesor Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid), y a quienes agradezco, nuevamente, su gentil invitación.

ABSTRACT

Following the approach of all Latin American civil codes, the last version of the so-called «Principles of Latin American Contract Law» («Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos»); published in the Anuario de Derecho civil, here and after: PLDC 2016) deals with the problem of invalidity of contract, under the name of «nullity» (spanish: «nulidad»), receiving the distinction between «relative nullity» and «absolute nullity». The fact that a text of «principles» (soft law) offers a set of rules on «absolute nullity» represents, at least at first sight, an original and distinctive element, compared to others well-known texts of principles of Contract Law (v. gr.: UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts, PECL, DCFR). This work aims to show, on the one hand, the reasons of the introduction of a regime for absolute nullity in the PLDC 2016, and how this regime has been insert in the PLDC system; and, on the other, the grounds of this particular kind of voidness.

KEYWORDS

Contract Law; Soft Law; Illegality; Nullity; Latin America Law.

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.*—II. *Primera parte. El diseño y la estructura de la regulación de la nulidad en los PLDC.* 1. El diseño de la regulación de la nulidad. a) La aproximación inicial del Grupo. Los PLDC 2014. b) Un cambio de enfoque en la regulación de la nulidad. c) Algunas reflexiones en torno al diseño de la regulación de la nulidad. 2. Estructura de la regulación del Capítulo 3 PLDC 2016.—III. *Segunda parte. Las causales de nulidad absoluta.* 1. Análisis del artículo 41 PLDC 2016. a) La función del artículo 41: el reconocimiento de la nulidad absoluta y relativa. b) Las causales de nulidad absoluta contenida en el art. 41 PLDC 2016: la contravención a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. El objeto ilícito y la causa ilícita. 2. Otras posibles causales de nulidad absoluta, distintas de las contempladas en el art. 41 PLDC 2016. a) Inobservancia de la forma exigida (solemnidades). b) Falta de objeto. c) Falta de causa. d) Falta de capacidad.—IV. *Reflexiones finales. Adenda. Anexo* [Capítulo 3 (Nulidad del contrato) de los PLDC 2016]. *Bibliografía.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

[1] El objeto de este trabajo es el estudio de *un aspecto específico del régimen de la nulidad del contrato* que se prevé en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos*: la incorporación de la regulación de la, así denominada, *nulidad absoluta*.

[2] La elaboración de unos *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* es una *iniciativa académica* que comenzó a desarrollarse formalmente a partir del año 2010, con el patrocinio de la *Fundación Fernando Fueyo* de la Universidad Diego Portales (Chile) y la *Fondation pour le Droit Continental* (Francia)¹. En ese trabajo ha participado un número significativo de profesores de varios países latinoamericanos (en adelante, el *Grupo*)².

[3] Resulta evidente que la iniciativa de proponer unos principios sobre Derecho contractual para Latinoamérica –iniciativa que, por lo demás, *no es la primera ni la única*³– se encuentra en sintonía con otras de esta naturaleza bien conocidas en el ámbito europeo, y en las que, sin duda, el *Grupo* ha buscado inspiración. Sin embargo, como explica Carlos Pizarro, coordinador del *Grupo*, «[d]e nada serviría reflejar lo ya hecho en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Sería un trabajo inútil y absurdo. Habría que rescatar nuestra cultura jurídica y en lo que podamos mejorar en lo técnico las soluciones entregadas por otros instrumentos transnacionales»⁴. En este sentido, parece relevante destacar que, aun cuando la existencia de una cultura o identidad jurídica latinoamericana constituye una suerte de premisa (para la que,

¹ Sobre la forma en que se originó esta iniciativa, véase PIZARRO WILSON (2012) pp. 15-17; y también VIDAL OLIVARES (2015) pp. 745-747. Sobre las actividades desarrolladas en el marco de este proyecto (sesiones de discusión y actividades de difusión) pueden consultarse las páginas web de las Fundaciones patrocinantes: www.fundacionfueyo.udp.cl y www.fondation-droitcontinental.org (consulta: 15/6/2017).

² Más precisamente, de países de *América de Sur* (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela). Así, pues, es evidente que no están representados todos los países «latinoamericanos», en cualquier acepción que quiera darse al término (para el Diccionario de la RAE, por ejemplo, la voz «latinoamericano» significa: «*natural de Latinoamérica, conjunto de los países americanos que fueron colonizados por naciones latinas, es decir, España, Portugal o Francia*»). Por otro lado, considérese que los países del Caribe (que son, en su mayoría, latinoamericanos) tienen una organización para la armonización del Derecho mercantil, la OHADAC, que ha elaborado sus propios principios de Derecho contractual, siguiendo el modelo de UNIDROIT: *Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales*, del año 2014 [el texto completo de estos principios está disponible en la página web de dicha organización: www.ohadac.org (consulta: 15/6/2017)].

³ Como sostiene FERRANTE: «Que sea un proceso menos avanzado [que el europeo], no significa que este anhelo unificador latinoamericano haya empezado recientemente», dando cuenta el autor, a continuación, de las diversas iniciativas de armonización del Derecho privado en el ámbito latinoamericano, comenzando en la primera mitad del siglo XX [(2014) p. 14 y ss.]. Para una exposición y análisis crítico de esas iniciativas, véase, por ejemplo, MOMBERG URIBE [(2014b) pp. 1-18; y (2014c) pp. 195-208]. De hecho, *en la actualidad*, otro grupo, denominado *Grupo para la Armonización del Derecho en América latina* (GADAL) –que tiene su origen en algunas reuniones organizadas, en la década de los noventa del siglo pasado, por el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* de la Universidad Tor Vergata (Roma)– trabaja en la redacción de un *Código Marco de Obligaciones para América Latina*. Fruto de ese trabajo, se han publicado varios libros y artículos, que pueden consultarse en la página web de GADAL y de las universidades participantes [<http://gadal.uexternado.edu.co> y <http://www.cideci.org> (consulta 15/6/2017)]. Sobre esta iniciativa, véase, por ejemplo, FERRANTE (2016) p. 122.

⁴ PIZARRO WILSON (2012) p. 16.

se entiende, existe suficiente base)⁵, una primera fase del proyecto consistió, precisamente, en identificar esos aspectos comunes en relación con el Derecho contractual; sólo una vez realizado ese estudio comparado, se comenzó a trabajar en la redacción de *Los Principios*⁶. En mi opinión, *ese trabajo previo puede considerarse valioso en sí mismo*, con independencia del juicio concreto que se tenga acerca del texto propuesto. Y es que tal estudio comparado contribuye a crear una condición necesaria para la armonización del Derecho civil latinoamericano, que puede sinterizarse como «la gestación de una cultura, de un espíritu jurídico común, de unir en un solo crisol los vértices de la dispersión jurídica de los países latinoamericanos»⁷.

[4] Si bien la tarea de redacción de unos principios latinoamericanos sobre Derecho contractual se encuentra en una fase muy avanzada, *no puede afirmarse que haya concluido*. No existe todavía una versión definitiva. En este trabajo se analiza la versión

⁵ En efecto, aun cuando la idea de la existencia de una «identidad latinoamericana» pueda ser discutible desde un punto de vista histórico, político y social [cfr. WERZ (1992) pp. 429-443], desde un punto de vista jurídico, lo primero que hay que apuntar es que, en términos generales, los países latinoamericanos pueden ser considerados como pertenecientes a una misma «familia» jurídica (aceptando la utilidad didáctica de tales agrupaciones): la del «Derecho continental» o de «tradicón romano-germánica» [así, por ejemplo, ZWEIGERT/KÖTZ (1998) p. 73 y DAVID/JAUFFRET-SPINOSI (2010) p. 51]. Es más, para algunos comparatistas, sus rasgos particulares permiten considerar al Derecho latinoamericano un sistema propio, o al menos, un sub-sistema dentro de la familia continental [AJANI/ANDERSON/ARROYO AMAYUELAS/PASA (2010) p. 32]. Específicamente en relación con el derecho de obligaciones y contratos, esos rasgos compartidos por los Derechos latinoamericanos resultan de la influencia del Derecho español, que, como se sabe, fue Derecho directamente aplicable en las colonias americanas, y muy especialmente, por el rol de *Las Partidas*, como fuente material del Derecho de obligaciones [sobre ello, GUZMÁN BRITO (2007)] y por la influencia que tuvo el Código civil francés en los procesos de codificación del Derecho civil en Latinoamérica [sobre ello, véase GUZMÁN BRITO (2005)]. De ahí que, en palabras de GARRO, pueda sostenerse que «[I]a mayoría de los países de la región que suele identificarse como América Latina comparten una cultura jurídica de rai-gambre neorrománica en el campo del derecho privado» [(1992) p. 13].

⁶ En este punto, conviene destacar que el trabajo de elaboración de *los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* se organizó en *tres fases o etapas*. La *primera fase* se llevó a cabo entre los años 2009 y 2010, y consistió en levantar información en relación con la aproximación por parte de los derechos nacionales de los países de Latinoamérica a las cuestiones relativas al derecho contractual. Como explica PIZARRO WILSON «Para el primer objetivo, la búsqueda de nuestra identidad jurídica, era necesario volcarse hacia los países de que formamos parte. Por eso surgió la propuesta de elaborar un cuestionario detallado que pudiera arrojar luz sobre el estado actual del Derecho de los Contratos en la región» [(2012) p. 16; precisamente, en el prólogo del libro que recoge los informes con las respuestas de cada uno de los países]. La *segunda fase* del trabajo se desarrolló entre los años 2010 y 2011, y tuvo por finalidad el estudio comparado a nivel latinoamericano y europeo de las instituciones contractuales. La *tercera etapa*, relativa a la redacción de los *Principios*, estaba originalmente prevista para ser realizada los años 2012-2013. Esta última parte continúa pendiente, pues no existe todavía una versión definitiva del texto. Además, se ha planteado la idea de ofrecer unos comentarios oficiales, tarea que se considera por VIDAL OLIVARES, uno de los miembros del *Grupo*, como «esencial para la correcta comprensión y posterior aplicación, o consideración de los principios» [(2015) p. 746], si bien no se ha acordado una fecha para ello.

⁷ TITO AÑAMURO (2013) p. 264.

publicada por el *Anuario de Derecho civil* el año 2016, que es la última versión del texto íntegro dada a conocer oficialmente a la comunidad jurídica. Esa versión fue aprobada por el *Grupo* en octubre de 2015, y fue objeto de discusión en unas Jornadas celebradas en Madrid, en junio de 2016⁸. Dicho texto ha de considerarse, por tanto, *un borrador*. En adelante, me refiero a ese texto con las siglas PLDC 2016.

Parece conveniente destacar que el hecho de que, hasta la fecha, no exista una versión definitiva de los *Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos* no ha sido óbice para su estudio. Se observa un claro y creciente interés en ellos, tanto dentro como fuera del ámbito latinoamericano⁹.

Además, creo que utilizar como base para un estudio los PLDC 2016 puede considerarse justificado, en la medida que en *la más reciente versión del texto, que fue aprobada por el Grupo de trabajo* en agosto de 2016¹⁰, *no se han introducido modificaciones que afecten de manera significativa la estructura y el contenido de la*

⁸ *Jornadas de discusión y análisis de los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos*, celebradas el 16 y 17 de junio de 2016, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, organizadas en el marco del Proyecto de investigación DER 2014-53972-P. El texto de los *Principios* fue publicado como *anexo* en la crónica de SAN MIGUEL PRADERA a las mentadas jornadas [(2016), específicamente, p. 1012 y ss.].

⁹ En este sentido, resulta interesante destacar que, además de las actividades de difusión que en distintos países de América del Sur ha organizado el propio *Grupo*, el proyecto de los Principios latinoamericanos de derecho de contratos ha despertado interés en la comunidad científica fuera del ámbito latinoamericano, de lo que es prueba, por ejemplo, el propio Proyecto DER 2014-53972-P (en el que, como se ha dicho, se enmarca este trabajo), y el Proyecto de investigación «*The Future of Contract Law in Latin America*», de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, en el seno del cual se organizó un Seminario para presentar y discutir una versión previa del texto de los principios, cuyas actas se han publicado recientemente [MOMBERG/VOGENAUER (2017)]. Para una presentación y síntesis de las principales cuestiones discutidas en ese Seminario, realizado en Oxford, véase: BORGES FORTES (2016); GREGORACI FERNÁNDEZ (2015); MORALES ORTIZ (2015); y RAMBERG (2016). También es posible hallar artículos científicos cuyo objeto es el estudio de aspectos particulares de los *Principios*, y si bien varios de ellos son de autoría de profesores que han participado o pertenecen al *Grupo* [v. gr.: DE LA MAZA GAZMURI (2015); y los ya referidos trabajos de FERRANTE (2014) y VIDAL OLIVARES (2015)], *los hay también de autores que no han participado del proceso de redacción* [v. gr.: EYZAGUIRRE BAEZA/RODRÍGUEZ DÍEZ (2013); LÓPEZ DÍAZ (2015)]. Y ello, sin perjuicio de las referencias a que pueden hallarse en otros trabajos de alcance más general [en esta línea, por ejemplo, FENOY PICÓN (2015), quien, en un estudio comparativo sobre el reconocimiento y regulación del *Nachfrist* en distintos textos, considera, entre ellos, la regulación que, de la resolución por incumplimiento, contienen los *Principios* en una versión anterior, del año 2014].

¹⁰ Según comunicó la *Fundación Fueyo*, a través de su página web, el mes de agosto de 2016 el *Grupo* adoptó un «texto definitivo», que será sometido a «revisiones específicas». El texto *no está disponible, ni ha sido publicado por ninguna vía* [http://fundacionfueyo.udp.cl/reunion-principios-latinoamericanos-de-derecho-de-contratos-2016-santiago-9-al-11-de-agosto (consulta: 15/6/2017)]. Esa nueva versión se utilizó como texto de trabajo en el Congreso Internacional «Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho Europeo», realizado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile) los días 11 y 12 de julio del año 2017.

*regulación*¹¹. En adelante, para referencias a esta nueva versión, que permanece *inédita* al momento de redacción de este trabajo: PLDC 2017.

[5] Los PLDC 2016 abordan los aspectos centrales del Derecho contractual general, esto es, las materias que conforman lo que suele denominarse «teoría general del contrato»; cubren, si se quiere poner en estos términos, todo el «*iter* contractual»¹². Pues bien, tal como en otros conocidos textos sobre principios de Derecho contractual, *uno de los aspectos tratados en los PLDC 2016 es el de las condiciones de validez y eficacia del contrato*. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en esos otros textos, los PLDC 2016 *no sólo regulan los supuestos de anulabilidad por vicios (o nulidad relativa del contrato)*, sino que *regulan directamente* algunos aspectos de la, así llamada, *nulidad absoluta* del contrato. Este aspecto de la regulación de los PLDC 2016 representa, al menos a primera vista, un elemento *original y diferenciador respecto de esos textos*¹³. De ahí que sea de interés conocer *cuáles han sido las razones* de la incorporación de la nulidad absoluta, y *qué es lo que se regula en relación con ella*.

[6] El trabajo se divide *en dos partes*.

En *la primera parte* se da cuenta del origen de la regulación de la nulidad contractual en el contexto general del desarrollo del trabajo de preparación y redacción de los PLDC 2016 (el *diseño del modelo*), y se describe la *estructura* de su *Capítulo 3*, que es el que se dedica a la nulidad del contrato [capítulo que se incluye como *anexo* de este trabajo, al final]. En esta primera parte me interesa mostrar cómo fue variando la aproximación del *Grupo* en relación con la forma en que debía regularse la nulidad del contrato y, especialmente, las razones que podrían explicar la incorporación del instituto de la nulidad absoluta, y cómo ello se plasma en el texto propuesto. Con esa finalidad, utilizo *especialmente en esta parte del trabajo* una versión anterior de los *Principios* que fue publicada también por el *Anuario de Derecho civil*, en el año 2014, aprobada por el *Grupo* el año 2013 y presentada a la comunidad jurídica en noviembre de ese año (versión a la que, a fin de evitar

¹¹ Ello es así también en relación con el capítulo dedicado a la nulidad del contrato. Los cambios, en esta materia, son pocos, y más bien formales. Ellos se apuntarán oportunamente.

¹² Los PLDC 2016 se dividen en ocho capítulos: Capítulo 1 (*Capítulo preliminar*), Capítulo 2 (*Formación del contrato*); Capítulo 3 (*Nulidad del contrato*); Capítulo 4 (*De la simulación*); Capítulo 5 (*Efectos del contrato frente a terceros*); Capítulo 6 (*Interpretación*); Capítulo 7 (*Cumplimiento de las obligaciones contractuales*); Capítulo 8 (*Incumplimiento de las obligaciones contractuales*).

¹³ Sobre esta afirmación, en relación con esos textos (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR), valga lo dicho *infra* [20]).

confusiones, me referiré en adelante como PLDC 2014)¹⁴. Me sirvo, además, de algunas notas recogidas en las diferentes sesiones en que se discutió la materia de la nulidad contractual¹⁵, y de una suerte de actas, que de momento, permanecen inéditas¹⁶.

En la *segunda parte* del trabajo se analizan algunas cuestiones relativas al régimen de la *nulidad absoluta*, con el fin de determinar la naturaleza de esta clase de ineficacia del contrato en el sistema de los PLDC. No pretendo, en consecuencia, realizar un análisis de cada uno de los artículos referidos a la nulidad absoluta, aunque en el hilo del trabajo me refiero a ellos; me centro, en particular, en la pregunta acerca de *sus causales*.

[7] La estructura del capítulo de los PLDC dedicado a la nulidad, y las reglas sobre la nulidad absoluta que se analizan en el trabajo, se contrastan con la regulación de la nulidad del Código civil chileno (en adelante, CCCh). El Código civil chileno –conocido también como *Código de Bello* (por su autor, don Andrés Bello)–¹⁷ fue promulgado en 1855 y entró en vigor en 1857 y, con modificaciones, sigue vigente hasta el día de hoy¹⁸. Ese Código

¹⁴ El texto fue presentado y discutido en un Seminario Internacional que tuvo lugar los días 19 y 20 de noviembre del año 2013, en las ciudades de Santiago y Valparaíso (Chile), titulado «El Derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento». Dicho Seminario tenía por finalidad examinar la evolución del Derecho de los contratos con una mirada comparatista. En ese contexto, se presentó a la comunidad el estado de avance del proyecto de redacción de unos principios latinoamericanos de derecho de contratos, y se discutió el texto de los PLDC 2014, cuyo texto íntegro fue publicado como *anexo de la crónica de MORALES MORENO al mentado seminario [(2014), específicamente, en las pp. 241-254]*. La simple lectura del texto de los PLDC 2014 revela que *se trataba de una versión muy preliminar*. En efecto, los PLDC 2014 ofrecían una *precaria* organización sistemática: en dicho texto podía advertirse una división simple, en *dos «partes»* que correspondían, la primera, a cuestiones sobre la *formación del contrato*, y la segunda, a cuestiones vinculadas al *cumplimiento e incumplimiento*. Al interior de cada una de esas partes, se contenían algunos *Títulos*, dentro de los cuales se hallaban los artículos propuestos, que en ese entonces carecían de numeración correlativa y que estaban agrupados, algunos, bajo una suerte de *epígrafe*.

¹⁵ En relación con este aspecto, debo agradecer a los coordinadores del *Grupo*, por la invitación que se me hizo a participar de las sesiones de trabajo que se realizaron en Santiago, los días 8 a 10 de octubre de 2014, en las que, entre otras cosas, se discutieron algunos aspectos de la redacción del capítulo sobre nulidad. Agradezco igualmente, a la profesora Claudia Mejías Alonzo, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por compartir conmigo algunas de las notas tomadas por ella en sesiones anteriores.

¹⁶ Agradezco muy especialmente al profesor Carlos Pizarro Wilson, coordinador del *Grupo* por permitirme el acceso a las actas (inéditas) de las sesiones de trabajo; así como la ayuda prestada por la profesora Claudia Bahamondes Oyarzún, también de la Universidad Diego Portales, para poder acceder materialmente a ellas.

¹⁷ Para una brevísima síntesis de la personalidad de Andrés Bello, y del proceso de elaboración del Código civil chileno, véase GUZMÁN BRITO (2006b) especialmente, pp. 1283-1295); para un estudio en profundidad sobre el mismo tema, véase, GUZMÁN BRITO (1982).

¹⁸ Las modificaciones al Código civil no han afectado, en todo caso, la regulación de la nulidad; ni han afectado, en general, a la regulación del Código civil en materia de obligaciones y contratos (materia regulada en el Libro IV). En efecto, las principales modificaciones han afectado a las materias de Derecho de las personas y de familia (Libro I) y al Derecho sucesorio (Libro III). Un buen panorama general sobre la evolución del Código

tuvo, como es sabido, una *importante influencia en la redacción de muchos otros códigos latinoamericanos*; y de ahí que puede considerarse justificado utilizarle como modelo de comparación y de referencia en relación con la aproximación tradicional del Derecho civil codificado latinoamericano¹⁹. Pero, además, resulta que *dicha influencia se observa con especial claridad en el tema que aquí interesa*. En efecto, la forma y el contenido de la regulación de la nulidad del Código civil chileno [contenida en su Libro IV, Título XX (*De la nulidad y la rescisión*), arts. 1681 a 1697] *es muy similar* (en algunos casos, prácticamente idéntica) a la regulación de otros códigos civiles latinoamericanos en vigor [en América del Sur, especialmente el de *Ecuador* (de 1958; en adelante CCEcu)²⁰ y el *Colombia* (de 1886; en adelante, CCCol)²¹; y, en una buena medida, el de *Uruguay* (de 1868; en adelante, CCUrug)²²; y en varios códigos de países de Centroamérica, como el de *El Salvador* (de 1859)²³ y el de *Honduras* (de 1906)²⁴].

civil chileno, desde su entrada en vigor hasta la mitad del siglo XX, puede verse en SOMARRIVA UNDURRAGA (1955); y también, especialmente para los cambios más recientes, TAPIA RODRÍGUEZ (2005).

¹⁹ El Código Civil chileno fue adoptado, con mínimas modificaciones, por Colombia a partir de 1860; por Panamá en 1860, y luego de su independencia, nuevamente en 1917; por El Salvador en 1860; por Ecuador en 1861; por Nicaragua en 1871, y por Honduras, desde 1880 hasta 1898, y de nuevo desde 1906 en adelante. Todos esos códigos siguen vigentes en la actualidad, salvo el de Nicaragua que fue reemplazado por un nuevo Código civil en 1904. El Código civil chileno también influyó importantemente en otros códigos civiles, como el venezolano de 1862 [cfr: GUARDIA (2006)]. Para un estudio en profundidad del proceso de codificación civil en Latinoamérica, véase GUZMÁN BRITO (2006), con especial referencia a la influencia del Código civil chileno, en p. 193 y ss.

²⁰ La regulación de la nulidad se contiene también en el Título XX del Libro IV, que se denomina exactamente igual (*De la nulidad y la rescisión*), y que comprende, al igual que el Código civil chileno, diecisiete artículos (arts. 1697 a 1714), cuyo contenido es prácticamente idéntico, como se pondrá de relieve, en la parte pertinente, a lo largo del trabajo.

²¹ Como en el caso de Ecuador (véase la nota anterior), en el Código civil colombiano la regulación de la nulidad también se encuentra en el mismo Título XX del Libro IV y bajo el mismo epígrafe (*De la nulidad y la rescisión*), y comprende, al igual que el Código civil chileno, diecisiete artículos (arts. 1740 a 1756); cuyo contenido es, también, prácticamente idéntico.

²² A diferencia de los Códigos civiles colombiano y ecuatoriano, en el Código civil de Uruguay ni la numeración del Título en el que se regula nulidad ni el epígrafe son idénticos al Código de Bello. En efecto, se regula la nulidad en el Capítulo VII (*De la anulación o declaración de nulidad*) del Título III (*De los modos de extinguirse las Obligaciones*) del Libro Cuarto (*De las obligaciones*); lo que se debe al hecho de que la influencia del Código civil chileno no es tan marcada como en el caso de Ecuador y Colombia [sobre la influencia del código civil chileno en la codificación uruguaya, véase el interesante trabajo de PEIRANO FASCIO (1964)]. Sin embargo, desde un punto de vista *sustantivo*, la regulación de la nulidad *sigue muy de cerca* la del *Código de Bello*, como surge de la lectura de los artículos 1559 a 1572 CCUrug, que componen el mentado Capítulo VII.

²³ Se regula la nulidad en el Título XX del libro Cuarto, que se denomina al igual que el chileno (*De la nulidad y la rescisión*) y que contiene también diecisiete artículos (arts. 1551-1568), cuyo contenido es, además, prácticamente idéntico.

²⁴ La regulación se contiene en el capítulo V (*De la nulidad y la rescisión de los contratos*) del Título II (*De los contratos*) del Libro IV (*De las obligaciones y contratos*),

[8] Sin perjuicio de lo ya dicho, se realizan algunas referencias a otros textos que fueron considerados por el *Grupo* durante el proceso de discusión y redacción de *Los Principios*, con el fin de reconocer las posibles fuentes materiales de sus artículos y, en general, mostrar las concordancias y divergencias que se advierten entre sus respectivas reglas²⁵. Ello implica considerar, *por una parte*, un grupo de textos cuyo origen se encuentra *fuera de la órbita del Derecho latinoamericano*. Entre ellos destacan, en la materia que nos interesa, conocidos textos sobre principios de Derecho contractual: me refiero a los *Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales* (en adelante, Principios UNIDROIT)²⁶; los *Principios de Derecho contractual europeo* (en adelante, PECL)²⁷, y el *Borrador del Marco Común de Referencia* (en adelante, DCFR)²⁸. Aunque de naturaleza diversa, también podemos incluir en este mismo grupo la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia de España, del año 2009 (en adelante, PMCC)²⁹, y la pro-

arts. 1586 a 1604. La influencia del Código de Bello se observa con claridad, aunque es menor que en los casos anteriores.

²⁵ La enumeración de esas fuentes, que se indican a continuación en el cuerpo del texto, se recogen en PIZARRO WILSON (2012) p. 16; y especialmente en MORALES MORENO (2014) p. 230 (reproduciendo las explicaciones de Pizarro Wilson); y también en VIDAL OLIVARES (2015) p. 746. Todo ello lo recoge, también, SAN MIGUEL PRADERA (2016) p. 994.

²⁶ Me refiero a la versión de los Principios UNIDROIT de 2010. Existe una versión posterior, de 2016, pero, lógicamente, ella no ha podido ser tomada en consideración por el *Grupo*. Con la finalidad de facilitar la comparación, cuando corresponda, entre los respectivos artículos de los Principios UNIDROIT 2010 y los PLDC 2016, utilizo la versión oficial en español [en adelante: GARRO, *Principios UNIDROIT*].

²⁷ LANDO/BEALE (2000) [en adelante: LANDO/BEALE, *PECL*]; y LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) [en adelante, LANDO *et al.*, *PECL III*]. Con el fin de facilitar la comparación, para el texto de los artículos utilizo la traducción que se ofrece en Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002), específicamente, pp. 19-72.

²⁸ VON BAR/CLIVE (2009) [en adelante: VON BAR/CLIVE, *DCFR full*]. En todo caso, conviene destacar que PIZARRO WILSON (2012) no señala, entre las fuentes, referencia al uso del DCFR. Tampoco lo recoge MORALES MORENO (2014); pero es un hecho que el DCFR se tuvo a la vista por los redactores, y así por lo demás, lo consigna VIDAL OLIVARES (2015) p. 746. Para las referencias al texto del DCFR en español, que se utilizan en este trabajo a fin de facilitar la comparación entre los artículos, utilizo la traducción coordinada por JEREZ DELGADO (2015).

²⁹ *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia (2009) (ISBN: 9788477871163). En todo caso, la incidencia de esta propuesta, en lo que respecta a la nulidad, parece limitada a la regulación de los «efectos de la nulidad», utilizándose la PMCC como fuente inmediata para la redacción de los artículos 50 y 51 PLDC 2016. En efecto, el art. 50 (2) PLDC 2016 («Anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor»), es prácticamente idéntico al art. 1306.1 PMCC («Declarado nulo o anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor»). Por su parte, el art. 51 PLDC 2016 («Mientras uno de los contratantes no cumpla con la restitución a la que está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe») es también prácticamente idéntico al art. 1306.2 PMCC («Mientras uno

puesta de modificación del Código civil francés conocida como *Propuesta Terré*³⁰. Por otro lado, el Grupo tuvo a la vista otro conjunto de textos que pertenecen al ámbito latinoamericano, entre los que destaca especialmente el entonces *Proyecto de Código Civil y comercial de la Nación de Argentina*, del año 2012³¹, texto que, aprobado en el año 2014, se convirtió en el nuevo Código civil y comercial de la Nación de Argentina, y que entró en vigor el 15 de agosto del año 2015 (en adelante, CCyCArg)³².

II. PRIMERA PARTE. EL DISEÑO Y LA ESTRUCTURA DE LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD EN LOS PLDC

1. EL DISEÑO DE LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD

[9] Como se ha señalado, los PLDC 2016 dedican un capítulo a la nulidad [*Capítulo 3 (Nulidad)*; art. 41 y ss.]. En mi opinión, resulta interesante revisar el origen y la forma en que diseñó la regulación de la nulidad por dos razones. En primer lugar, porque el Grupo inicialmente *no consideraba incluir un capítulo específi-*

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). En los PLDC 2014, los artículos respectivos reproducían exactamente los referidos párrafos del art. 1306 PMCC.

³⁰ Como es sabido, previo a la modificación del Código civil francés, del año 2016, se presentaron varias propuestas. Una de ellas fue conocida como la *Propuesta Terré*, puesto que su origen se encuentra en un estudio crítico del «Avant-projet Chancellerie» [elaborado por el Ministerio de Justicia, y presentado en julio de 2008; la versión original, en: http://www.chairejlb.ca/files/sites/38/2010/07/reforme_all.pdf (consulta: 15/6/2017)] que fue realizado por un grupo de académicos, dirigidos por el profesor François Terré. Esa revisión crítica incluía una propuesta de redacción de los artículos; ese estudio y propuesta se publicó en: TERRÉ (2009) y, como se ha indicado, fue considerado por el Grupo dentro de las fuentes consultadas (lo que se explica por varios factores, siendo el principal, el patrocinio de la *Fondation pour le Droit Continental*; a lo que se suma la participación de profesores franceses, y el hecho de que varios de los miembros latinoamericanos realizaron sus estudios de posgrado en Francia).

³¹ El *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación Argentina* fue impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto n. 191 de 23 de Febrero de 2011 que creó la «Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación», presidida por Ricardo Lorenzetti. El texto del Proyecto fue enviado al Congreso Nacional por el ejecutivo, para su discusión y aprobación, por medio del Mensaje n.º 884, de 7 de Junio de 2012. Puede consultarse su texto íntegro en <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/> (consulta: 15/6/2017).

³² Boletín oficial de la República Argentina (año CXXII, n. 32.985) de 8 de octubre de 2014. El art. 7 de la Ley 26.994, que aprueba el texto del Código civil, disponía: «La presente ley entrará en vigencia el 1 de enero de 2016». Sin embargo, se adelantó su entrada en vigor, al 1 de agosto de 2015, por la Ley 27.077 de 19 de diciembre de 2014. En adelante, solo se hará referencia al texto en vigor, pues, en materia de nulidad, no se hizo ninguna modificación al Proyecto (véase la nota anterior): los artículos son *idénticos y conservan la misma numeración* (como resulta de la comparación entre ambos textos).

co dedicado a la nulidad. La segunda razón es que una simple lectura de las normas que componen el *Capítulo 3* revela que en los PLDC 2016 se adopta un sistema de nulidad del contrato *que, en varios aspectos, se aleja del sistema que adoptan otros textos sobre principios de Derecho contractual* (como se muestra en la segunda parte del trabajo). A continuación, doy cuenta, muy brevemente, de cuál era la aproximación inicial del *Grupo*, y del posterior cambio de enfoque en relación con la regulación, dando cuenta de las posibles razones de ese cambio.

a) **La aproximación inicial del Grupo. Los PLDC 2014**

[10] Los PLDC 2014 *no consideraban un Título o un epígrafe dedicado propiamente a la nulidad del contrato*³³. Esto no quiere decir que la nulidad del contrato no estuviera presente en la regulación; lo estaba, pero *de forma limitada*. En efecto, en la primera parte de los PLDC 2014, sobre «*Formación del contrato*», se contenía un *Título* denominado «*De los vicios del contrato*», y en su interior se contenían algunas referencias a la nulidad. La nulidad interesaba, pues, únicamente en cuanto ella era una posible consecuencia de la existencia de un «vicio del contrato». Es decir, los PLDC 2014 solo trataban supuestos de *anulabilidad del contrato*; de aquello que, en los Derechos latinoamericanos, suele denominarse *nulidad relativa, como consecuencia de vicios del consentimiento*.

En efecto, en los PLDC 2014 se regulaba en artículos separados –pero siempre al interior de ese mismo Título relativo a los vicios– varias cuestiones vinculadas a esa nulidad: la *nulidad parcial*; la posibilidad de *confirmación* del acto anulable, algunas cuestiones sobre los *efectos retroactivos de la nulidad entre las partes*; el derecho a obtener una *indemnización* en caso de que existiera una causal de nulidad; y se contenía una regla que establecía un *derecho de opción* entre la facultad para anular el contrato y los remedios por incumplimiento. Una parte del contenido de esos artículos, del texto PLDC 2014, se conserva en la *Sección 4* del *Capítulo 2* PLDC 2016 (arts. 27 a 37 PLDC); otras reglas fueron trasladadas a las diferentes secciones del *Capítulo 3* PLDC 2016.

[11] Conviene apuntar que, además de ser una regulación *limitada*, la aproximación a la nulidad en los PLDC 2014 presentaba otra característica: era en algunos puntos *una regulación novedosa*. Uno de esos aspectos novedosos era la posibilidad de *ejercitar extrajudicialmente la facultad para anular el contrato mediante*

³³ Sobre la organización y estructura del texto de los PLDC 2014, valga lo dicho *supra* nota 14.

*una notificación*³⁴. En efecto, la posibilidad de una nulidad extrajudicial es una idea *ajena* a la comprensión sobre la forma en que opera la nulidad relativa (o anulabilidad) en la tradición jurídica del Derecho continental³⁵, y por tanto, ajena también a los Derechos latinoamericanos³⁶. Los PLDC 2014 seguían, en este punto, la aproximación más moderna, contenida en *otros textos sobre principios del Derecho contractual*³⁷.

³⁴ En efecto, uno de los artículos de los PLDC 2014 [recuérdese que los artículos no tenían numeración correlativa] señalaba: «*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*». Y el artículo siguiente, por su parte, que: «*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*».

³⁵ «En la tradición del Derecho Europeo continental y de los códigos civiles, la acción de anulación es una acción judicial y, por regla general, se entiende que sólo los tribunales están facultados para establecer la nulidad del contrato [...] no se conoce, en la mencionada tradición de los códigos civiles, un ejercicio de la acción de anulación que se produzca extrajudicialmente» [DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 238].

³⁶ En el Título XX del Libro IV del *Código civil chileno*, no solo no hay una norma que reconozca esa posibilidad, sino que todos los artículos giran sobre la base de que toda nulidad (la absoluta y la relativa) debe ser *declarada judicialmente*; y así lo entiende también la doctrina: «[p]ara que un acto o contrato sea tenido por nulo, es necesario que la nulidad de que adolece, absoluta o relativa, haya sido discutida en un juicio seguido ante un tribunal competente y que, como consecuencia de ese litigio, se haya dictado una sentencia que acoja la acción o excepción de nulidad que en él se haya deducido [...] [q]ue toda nulidad sea judicialmente declarada se desprende de los artículos 1687 y 1689 del Código civil, que condicionan los efectos de aquella a una declaración de esa especie» [ALESSANDRI BESA (2010) t. 2 p. 317].

³⁷ En este sentido, por ejemplo, el art. 3.2.11 Principios UNIDROIT (*Notificación de anulación*): «El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte». La interpretación dada en los comentarios oficiales es que «la anulación del contrato *debe* efectuarse mediante una notificación a la otra parte, sin necesidad de intervención judicial» [comentario 1 del art. 3.2.11 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 134); destacado añadido]. En términos parecidos, el art. 4:112 PECL (*Notificación de la anulación*) dispone: «La anulación debe ser notificada a la otra parte» y el art. II.-7:209 (*Notificación de la anulación*), que: «La anulación conforme a la presente Sección se efectuará mediante notificación a la otra parte»; si bien el texto es similar al de los Principios UNIDROIT, no parece que en el modelo PECL/DCFR se limite el ejercicio de la facultad anulatoria a la notificación; al menos, no se explica en esos términos [en este sentido, por ejemplo, en los comentarios del art. II.-7:209 DCFR se señala: «[a]voidance may be effected by the party entitled to avoid the contract; it is not necessary to seek a court order to avoid the contract» [VON BAR/CLIVE, *DCFR full*, p. 519; destacado añadido].

La PMCC, sigue, en este punto, también a esos textos [art. 1305 PMCC: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde./ También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior.»]. La solución de la PMCC en relación con la facultad de anulación (tanto en lo que respecta a su ejercicio por notificación, como a la posibilidad de oponerla como excepción), supone un cambio en relación con la comprensión de la doctrina española mayoritaria sobre este punto, que entiende que se requiere ejercitar una acción en sede judicial [*cf.*, por ejemplo, Boch Capdevilla (2012) pp. 502-503]. Para un estudio en profundidad del modelo de anulación del Código civil español, especialmente, sobre la posible incardinación de la facultad anulatoria extrajudicial en el Código civil, véase JEREZ DELGADO (2011).

Desde luego, en los PLDC 2014 había otras cuestiones que pueden tildarse de *novedosas*, y que se han conservado en las versiones posteriores, cuyo estudio excede el objeto de este trabajo.

Una de ellas es la inclusión del supuesto de la «*excesiva desproporción*» dentro del catálogo de los «*vicios*» del contrato. El Código civil chileno (como varios otros códigos latinoamericanos) solo reconoce como vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo³⁸. La llamada «*lesión (enorme)*», construida sobre la base de una *concepción objetiva*, se admite *solo respecto de ciertos actos*, y además, la nulidad del acto no es la única consecuencia de la existencia de lesión; de hecho, en algunos casos no es posible obtener la anulación o rescisión del acto, aunque la parte afectada así lo quiera³⁹. En cambio, el supuesto de «*excesiva desproporción*» configura una potencial causal de anulabilidad del contrato que está presente en todos los modelos modernos de Derecho contractual tenidos a la vista por el *Grupo*⁴⁰. De ahí que, en este punto concreto, puede admitirse la influencia de esos textos. Conviene destacar, sin embargo, que en algunos códigos latinoamericanos *más modernos* se reconoce a la figura de la lesión o excesiva desproporción un *carácter general*, y se la construye sobre la base de elementos objetivos y subjetivos (así: en el peruano de 1984⁴¹; en

³⁸ Art. 1451 CCCh: «Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo». En *idénticos términos*, el art. 1508 CCCol, y el art. 1467 CCEcu. En *similares términos*, el art. 1269 CCUrug («*El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo*»).

³⁹ Uno de esos casos en el que se regula la lesión enorme es en el contrato de compraventa (arts. 1888 y ss.). El art. 1889 CCCh establece: «El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa es inferior a la mitad del precio que paga por ella./ El justo precio se refiere al tiempo del contrato». Como se puede apreciar, se trata de una noción puramente objetiva. En este caso, que el contrato se rescinda no siempre depende de la voluntad de quien ha sufrido la lesión, ni del juez; se reconoce una opción a la otra parte («*el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá a su arbitrio consentir en ella o completar el justo precio [...]*»; art. 1890 CCCh). Sobre el origen de esta institución, en la regulación de la compraventa, y para un análisis del contenido de ese derecho de opción, véase WALKER SILVA (2012). Para una síntesis de comprensión tradicional de la figura de la lesión enorme en el Derecho chileno, destacando su carácter excepcional y su consideración como vicio «objetivo», véase, por ejemplo, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, (2011) pp. 740-748. Sin embargo, cabe destacar que se ha propuesto y justificado la necesidad de adoptar una noción más amplia de lesión, en sintonía con lo que ocurre en el Derecho comparado [en este sentido, por ejemplo, SCHMIDT HOTT (1999), y más recientemente, LÓPEZ DÍAZ (2015)].

⁴⁰ En el art. 3.2.7 Principios UNIDROIT (*Excesiva desproporción*); el art. 4:109 PECL (*Beneficio excesivo o ventaja excesiva*) y en el art. II.-7:207 DCFR (*Explotación indebida*). En lo que respecta a las propuestas, se recoge en el art. 1301 PMCC; y se recogía también en el art. 66 *Propuesta Terré*, siendo consagrada en la reforma del *Code civil*, como un supuesto particular de violencia, en el art. 1143 *Code civil*.

⁴¹ El Código civil peruano no considera la lesión dentro de los «vicios de la voluntad» [Libro I, Título VIII (*Vicios de la voluntad*); art. 201 y ss.]; pero la regula, de forma separada, en el Libro VII (*Fuentes de las Obligaciones*), Título IX (*Lesión*), art. 1447, en estos términos: «La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro». Como se ve, el Código civil peruano adopta «una concepción objetivo-subjetiva de la lesión [pues] [...] para que proceda la

el brasileiro de 2002⁴², y en el nuevo Código civil y comercial argentino⁴³).

b) Un cambio de enfoque en la regulación de la nulidad

[12] Como se ha dicho, el texto de los PLDC 2014 corresponde a una *versión ligeramente modificada de un primer borrador* que fue aprobado por el *Grupo* para servir como *texto de trabajo* durante el año 2013 (*supra*, n. 14). Siendo esa su naturaleza, se entiende que el texto de los PLDC 2014 *no reflejara todas las discusiones que existían en ese momento al interior del Grupo*. Y precisamente, en relación con la regulación de la nulidad, existía discusión sobre *dos puntos*. El *primero* de ellos se refería a la idea de introducir, o no, en el sistema de los PLDC, la *nulidad extrajudicial*⁴⁴. El *segundo punto de discusión* fue el del enfoque, más o menos amplio, que debía adoptarse en relación con la regulación de la nulidad; cuestión sobre la que interesa detenerse brevemente.

[13] En efecto, durante el año 2013 se discutió la posibilidad de incorporar, a continuación del capítulo que ese *Borrador de 2013* contenía sobre «*Formación del Consentimiento*», un capítulo denominado «*Validez e ineficacia*». Este último capítulo, pese a su denominación tan general, se refería únicamente a la invalidez del con-

acción rescisoria se exige, en primer lugar, que exista una desproporción entre las prestaciones, al momento de celebrarse el contrato, mayor a las dos quintas partes, que es el elemento objetivo; y luego, en segundo lugar, se requiere que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, que son los elementos subjetivos» [DE LA PUENTE Y LAVALLE (2001) p. 23].

⁴² Art. 157 CCB: «*Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta./ § 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico./ § 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito*». Un breve comentario sobre la inclusión de esta figura en el Código civil brasileiro, con referencia a las principales críticas por parte de la doctrina brasileira, en MOMBORG URIBE (2014) pp. 167-168.

⁴³ El Código Civil y Comercial argentino no contiene una regla que señale cuáles son los *vicios de la voluntad*; y los capítulos 2, 3 y 4 del Título IV (*Hechos y actos jurídicos*) del Libro I (*Parte General*), regulan, únicamente, el error, el dolo y la violencia (art. 256 y ss.). Esto no quiere decir que la figura de la lesión no tenga reconocimiento. Lo que ocurre es que no se le considera un «vicio de la voluntad», sino un «vicio del contrato», y se le regula separadamente, en el art. 332: «*Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación./ Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones [...]*». La regla ya estaba en el antiguo Código civil argentino, pero no en su texto original (había sido introducida en el año 1968, en el inciso segundo del art. 954). Sobre ello, y en general, sobre la lesión en el nuevo Código civil y Comercial argentino, véase BENAVENTE, (2015) p. 529).

⁴⁴ Como se ha señalado, los PLDC 2014 recogieron esa posibilidad (*supra* [11]).

trato por «vicios de la voluntad». *La crítica formal que, en la reunión del Grupo en marzo de 2013, se hizo a la denominación de ese capítulo («Validez e ineficacia»)* dio pie para plantear una discusión al interior del Grupo sobre *la conveniencia de abordar todos los fenómenos relacionados con la ineficacia de los contratos, incluyendo, por tanto, la inexistencia, la nulidad absoluta, y todos los supuestos de lo que suele denominarse ineficacia en sentido estricto* (es decir, la privación o cesación de los efectos del contrato derivada de causas que pueden considerarse extrínsecas a su formación, entre ellas, por ejemplo, *la inoponibilidad del contrato*). Esa discusión sobre el alcance de la regulación estaba estrechamente vinculada con otra discusión: la pregunta acerca de si debía incluirse alguna referencia a los *elementos de existencia del contrato*, y en especial, si debía regularse *el objeto, la causa y las solemnidades*, aspectos, todos ellos, sobre los que no existía acuerdo aún.

[14] En ese contexto, en la reunión del *Grupo* que tuvo lugar en Bogotá (Colombia) en octubre del 2013, se introdujeron *varias modificaciones a ese borrador de 2013*. Uno de esos cambios, que interesa destacar aquí, es que el artículo que abría el Capítulo sobre los vicios del contrato⁴⁵ (que señalaba: «*Los Principios se ocupan de la invalidez causada por error, dolo, fuerza o excesiva desproporción*») es *eliminado*⁴⁶. Con ello, se abría la posibilidad de que los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* «se ocuparan» de otras causas de invalidez o ineficacia del contrato. En esa reunión, de octubre de 2013, también se instala la idea de que, si se incluía el tratamiento de los otros elementos del contrato (objeto, causa, solemnidades) –una cuestión que estaba todavía pendiente de resolver– debía *extenderse también el tratamiento de la nulidad*.

[15] La discusión sobre la idea de incluir un apartado o un capítulo dedicado a *la nulidad en general* continuó en la reunión del *Grupo* que tuvo lugar en Santiago de Chile, en noviembre del 2013; misma fecha en la que se aprobaba el texto de los PLDC 2014. En esa reunión se decidió *encargar la redacción de un Capítulo sobre nulidad a dos grupos de profesores miembros del Proyecto*. Uno, el grupo integrado por los profesores argentinos (el «*Grupo argentino*») y el otro, el grupo de profesores de la Universidad del Externado de Colombia (el «*Grupo colombiano*»). Las propuestas de ambos

⁴⁵ Que corresponde al capítulo que luego sería recogido como Título IV de la «primera parte» de los PLDC 2014 (*De los vicios del contrato*).

⁴⁶ Es evidente que ese artículo estaba inspirado en el art. II-7:101(1)(a) DCFR (*Ámbito de aplicación*): «(1) *El presente capítulo regula los efectos: (a) del error, dolo, amenazas, o la explotación indebida*». Se observa aquí la influencia del DCFR, pues ni los Principios UNIDROIT ni los PECL contienen una regla de este tenor.

grupos debían ceñirse a ciertas directrices. En cuanto a los aspectos sustantivos, el mandato principal a esos dos grupos fue el de *conservar la tradición conocida en los ordenamientos latinoamericanos*, siendo un tema especialmente sensible, el de *la conservación de la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa*. Pero, al mismo tiempo, se les instó a *avanzar e innovar*, en donde fuera posible o pareciere conveniente. En cuanto a la estructura de la propuesta de regulación a presentar, se acordó que ella debía considerar, por lo menos, una referencia a las *causales* de la nulidad y a sus *efectos respecto de las partes y de terceros*. Las propuestas presentadas por ambos grupos fueron discutidas por los miembros del *Grupo* en la sesión que tuvo lugar en la ciudad de Bogotá, Colombia, en *agosto de 2014* (como se puede observar, con posterioridad a la publicación de los PLDC 2014). Como resultado de la discusión de esas dos propuestas, se aprobó el texto del capítulo 3 de los PLDC 2016, que se analiza en este trabajo.

Entre las propuestas del *Grupo argentino* y del *Grupo colombiano* existían similitudes y diferencias.

En cuanto a las *similitudes*, interesa destacar que ambas propuestas tenían una *estructura relativamente similar*; y ambas recogían la *figura de la inexistencia* (entendida como una situación en la que se halla un contrato al que falta alguno de sus elementos esenciales), *como una causa de ineficacia del contrato distinta de la nulidad*.

En cuanto a las *diferencias*, si bien en ambas propuestas se distinguía entre dos clases de nulidad, tanto la *terminología* como el *régimen* de cada una de esas clases de nulidad eran diferentes. En efecto, en la propuesta del *Grupo argentino*, se distinguía entre una «nulidad absoluta» y una «nulidad relativa»; y la nulidad absoluta *no podía sanearse por ratificación de las partes*, y se declaraba expresamente que la acción era *imprescriptible*. En la propuesta del *Grupo colombiano*, se distinguía entre supuestos de «nulidad» y de «anulabilidad», y respecto de la «nulidad», se admitía su saneamiento por ratificación (en ciertos casos), y se saneaba por el transcurso del plazo de cinco años contados desde la celebración del contrato. *Otra diferencia importante* es que en la propuesta del *Grupo argentino* la nulidad (tanto la absoluta como la relativa) podía solicitarse por *vía de acción u oponerse por vía de excepción*, pero requería en todo caso *ser declarada por el juez* (en sintonía con lo que señala el art. 383 CCyCArg⁴⁷; que sin duda es la fuente del art. 42 PLDC⁴⁸). En cambio, en la propuesta del *Grupo colombiano*, la anulabilidad podía demandarse *judicialmente* o ejercitarse *extrajudicialmente* por medio de una *notificación*, en sintonía con los textos más modernos de Derecho contractual.

⁴⁷ Art. 383 CCyCArg (*Articulación*): «La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse».

⁴⁸ Art. 42 PLDC (*Forma de alegar la nulidad*): «La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción».

Como se podrá constatar a lo largo de este trabajo, es bastante claro que la construcción del régimen de la nulidad del capítulo 3 PLDC 2016 reconoce una mayor influencia de la propuesta del *Grupo argentino*, que de la del *Grupo colombiano*.

c) **Algunas reflexiones en torno al diseño de la regulación de la nulidad**

[16] Como se habrá apreciado, la decisión de incluir en los *Principios latinoamericanos de Derecho de contratos* una regulación sobre nulidad es *tardía* en el contexto general del proceso de elaboración del texto. En efecto, ella se produce en un estado muy avanzado, concretamente, en una etapa que, según el plan trazado por el propio *Grupo*, correspondía a la fase de *redacción del texto*⁴⁹. Esto puede explicar algunos de los *defectos formales* que, en mi opinión, pueden observarse en la regulación del *capítulo 3* PLDC 2016 sobre nulidad del contrato. El *Grupo* no parece haber dedicado el mismo tiempo a la discusión del capítulo dedicado a la nulidad, que el que le ha dedicado, por ejemplo, al tema del incumplimiento del contrato y los remedios del acreedor. En este sentido, conviene destacar que varios artículos del Capítulo 3 PLDC 2016 fueron aprobados «*con prevención de ser necesaria una revisión de su redacción*», lo que, en parte, justifica evitar una excesiva crítica en relación con ese aspecto formal⁵⁰.

[17] El cambio de enfoque que se observa en relación con la regulación de la nulidad, comparando los PLDC 2014 y los PLDC 2016, parece responder, como ya se ha apuntado, a *la idea de rescatar una cierta identidad propia* de los Derechos latinoamericanos. Ello no solo explica la inclusión de la *nulidad absoluta* (ausente en los PLDC 2014); sino además, el que desapareciera la posibilidad de una nulidad extrajudicial (presente en los PLDC 2014)⁵¹; el que se incorporara una referencia explícita a los «*ele-*

⁴⁹ Sobre las fases en que organizó el trabajo, valga lo dicho *supra*, nota 6.

⁵⁰ Cabe destacar que en la reunión de noviembre del 2014 (reunión que es posterior a la aprobación del texto de los PLDC que en este trabajo se analiza) se revisó nuevamente el texto adoptado, incluido el capítulo 3 sobre nulidad. En esa oportunidad, no hubo una discusión sobre el fondo de esta regulación, y únicamente se introdujeron algunos cambios en la redacción (y, en mi opinión, no todos los que parecen necesarios). La última versión, aprobada en 2016, como ya se ha dicho, introduce muy pocas modificaciones al texto de los PLDC que se analiza en este trabajo.

⁵¹ Sobre este aspecto, no interesa aquí profundizar en este trabajo, pues esa nulidad extrajudicial operaba, en todo caso, para supuestos de nulidad relativa (o «*anulabilidad*»), no de nulidad absoluta; basta, por tanto, con lo ya señalado (*supra* [11]). Sin perjuicio de ello, y considerando que el rechazo al ejercicio extrajudicial en los PLDC 2016 ha sido objeto de *críticas* [SAN MIGUEL PRADERA (2016) p. 1001, recogiendo la opinión de la profesora Carmen Jerez] puede ser de interés apuntar que se arguyeron, en rechazo a la

mentos del contrato» entre los que se incluye, por ejemplo, *la causa* (art. 9 PLDC 2016, al interior del Capítulo 2, sobre «*Formación del contrato*») ⁵²; y en fin, el hecho de que se haya incluido en los PLDC 2016 toda una Sección (que no existía en los PLDC 2014) sobre «*Objeto, causa y solemnidades del contrato*» (Sección 5, arts. 38 a 40) ⁵³.

[18] En mi opinión, es razonable sugerir que ese cambio de enfoque puede explicarse, *también*, por una suerte de evolución en relación con la comprensión, por parte del propio *Grupo*, sobre *la función* que preferentemente ha de atribuirse a los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos*.

En efecto, *la aproximación inicial* (esto es, la regulación de la nulidad del contrato a propósito de los vicios del contrato, y el reconocimiento de una facultad extrajudicial para anular el contrato), es consistente con una mirada de los PLDC que los considera un instrumento pensado especialmente para regir contratos transnacionales, esto es, un instrumento pensado para las partes contratantes y para quienes deciden esas controversias, los jueces árbi-

nidad extrajudicial, *dos clases de argumentos*. El primero, que la posibilidad de anular el contrato mediante una notificación era *algo ajeno a la tradición jurídica latinoamericana*, y que ni siquiera era considerada por el entonces *Proyecto de Código Civil y Comercial argentino*, que era el modelo latinoamericano más *moderno* que se tenía a la vista. El segundo argumento era de carácter práctico: admitir la nulidad extrajudicial conllevaba el riesgo de afectar la estabilidad de los negocios, y que podía incidir en la proliferación de juicios. Estas críticas eran especialmente compartidas por *dos grupos de profesores*, con una importante representación en el *Grupo*: uno, un grupo de profesores de la Universidad del Externado (Colombia); el otro, el grupo formado por los profesores argentinos. Otra posición al interior del *Grupo* era *favorable*, en cambio, a *admitir la nulidad extrajudicial*, en la medida que el texto adoptase también la posibilidad de una resolución extrajudicial: se trataba de un «principio de coherencia» del sistema (esta fue la posición de los profesores uruguayos y también de los franceses). Además, en el seno del *Grupo* se impuso la idea de que, sin perjuicio de lo que se decidiera en relación con la nulidad extrajudicial, el texto *debía, en todo caso, regular la posibilidad de demandar judicialmente la nulidad del contrato en estos casos*. En el Seminario en el que se presentó el texto PLDC (2014) [*supra* nota 14], se destinó, precisamente un panel a la discusión de la nulidad, *con énfasis en el problema de admitir, o no, una nulidad extrajudicial*. En ese panel participaron los profesores chilenos Jorge Baraona y Juan Ignacio Contardo, y el profesor de la Universidad del Externado de Colombia, Edgar Cortés; los dos últimos, profesores que han participado en el *Grupo*. Agradezco al profesor Juan Ignacio Contardo, de la Universidad Diego Portales, por haberme facilitado el borrador de su ponencia en dicho seminario; en ella, el profesor Contardo mostraba la consistencia de esa regla sobre anulabilidad por notificación, que contenían los PLDC 2014, con lo dispuesto por otros textos de Derecho contractual; además de referirse al problema de los efectos de la nulidad, punto sobre el cual aquí no interesa ahondar.

⁵² Art. 9 PLDC 2016 (*Elementos del contrato*): «Son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa». Hay que tener presente que en los PLDC 2014 se contenía, al interior de la *Primera Parte*, un Título II denominado «Del contrato y sus elementos», que sólo contenía un artículo (sin numeración), en el que se ofrecía una definición de contrato (corresponde al art. 8 PLDC 2016). No hay, en los PLDC 2014, referencia alguna a la causa, ni a otros «elementos» del contrato (objeto, solemnidades).

⁵³ Sobre el contenido de estas reglas, en relación con las causales de nulidad absoluta, trato en la segunda parte del trabajo, *infra* [36] y ss.

tros: una *lex mercatoria*⁵⁴. Siendo así, parece evidente que el acento había de ponerse, naturalmente, en ofrecer reglas dispositivas que faciliten la negociación del contrato y su ejecución, y a las que, por la razonabilidad de sus soluciones, sea atractivo adherirse. Las cuestiones de orden público que suelen regular los ordenamientos internos (licitud del objeto y de la causa, la forma del contrato, etc.), que son las materias que se vinculan con la nulidad absoluta, son cuestiones ajenas a un texto al que se le atribuye tal función. *Esa es la mirada que, preferentemente, se refleja en el texto de los PLDC 2014.*

Pero, esa mirada *no parece ser la que se refleja en el texto de los PLDC 2016*. Y es que, si uno observa la descripción que ofrece el texto de los PLDC 2016 sobre su ámbito de aplicación [Capítulo 1 (*Preliminar*); Sección 1 (Ámbito de aplicación)], puede concluirse que la proyección, que para *los Principios* vislumbran sus redactores, se va volviendo, por decirlo de alguna manera, algo más ambiciosa a medida que avanza el trabajo [y especialmente, considerando el hecho de que los PLDC 2014 *no* contenían una regla sobre su ámbito de aplicación]. En efecto, en el art. 1(1) PLDC 2016 se declara «[e]stos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos civiles y comerciales, internos e internacionales» (destacado añadido) y se establece que «se aplican para interpretar el Derecho estatal que rige el contrato» [Art. 1(4) (d) PLDC] «y como modelo para los legisladores nacionales» [Art. 1(4) (f) PLDC]. En la medida que se atribuye al texto todas estas *otras funciones*, parece razonable ofrecer una regulación lo más completa posible; y en ese afán, puede entenderse que los redactores hayan querido incluir una regulación más completa de la nulidad, incluyendo a la denominada nulidad absoluta.

2. ESTRUCTURA DE LA REGULACIÓN DEL CAPÍTULO 3 PLDC 2016

[19] El Capítulo 3 de los PLDC 2016 (*Nulidad del contrato*) contiene tres secciones y está compuesto de un total de *doce artículos* (arts. 41 a 52). Se estructura de la siguiente forma: lo abren los artículos 41 y 42, que, precisamente por su ubicación y por el hecho de estar fuera de toda sección al interior del Capítulo 3, pueden considerarse *disposiciones generales*. A esos dos artículos

⁵⁴ Esa función está recogida expresamente el art. 1 (4)(a) PLDC 2016 (*Ámbito de aplicación*): «[...] (4) Estos principios se aplican también en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *Lex Mercatoria* o expresiones semejantes».

siguen las mentadas tres *secciones*. La *Sección 1* se denomina *Nulidad absoluta* (arts. 43-45), la *Sección 2* se denomina *Nulidad relativa* (arts. 46-49), y finalmente, la *Sección 3* que trata *De los efectos de la nulidad* (arts. 50-52).

[20] En relación con la *estructura interna* del Capítulo 3 de los PLDC 2016, resulta evidente que *no se ha seguido a ninguno de los textos sobre principios de Derecho contractual* que fueron tenidos en consideración por el *Grupo* (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR). Es dable pensar que esa suerte de originalidad de los PLDC, en este punto, deriva del hecho de que en los PLDC *se reconocen, y regulan, dos clases de nulidad: la nulidad «relativa» y la «absoluta», categorías que no están presentes en ninguno de esos otros textos sobre principios de Derecho contractual, no al menos en una forma explícita o directa.*

Conviene precisar esta última afirmación, al menos en lo que respecta a la «*nulidad absoluta*». De momento, solo me interesa destacar que *la estructura de la regulación es diferente*, y que, aun cuando en esos textos se contienen referencias a diversas clases de ineficacia, algunas de las cuales derivan de infracción de la ley o del orden público, *no puede decirse que en ellos se recoja la distinción entre nulidad relativa y absoluta que recogen los PLDC 2016; ni menos que regulen la nulidad absoluta*. Sobre ello, vuelvo más adelante, en la segunda parte del trabajo (*infra* [35]).

i. El Capítulo 3 de los Principios UNIDROIT se denomina «*Validez*». Ninguna de sus tres secciones regula expresamente la nulidad absoluta (bajo esa, u otras denominaciones). No obstante, hay que tener presente que los artículos que componen la Sección 1 (*Disposiciones generales*), se refieren, al menos indirectamente, a ciertos elementos del contrato, cuya omisión, en los ordenamientos internos, suele dar lugar a la nulidad absoluta del contrato. Específicamente, hay mención de *la falta de capacidad* (art. 3.1.1), aunque para explicitar que los Principios UNIDROIT *no se ocupan de ello*⁵⁵. También hay referencia a ciertos *requisitos del acto, como son la causa y las solemnidades* (art. 3.1.2), pero, con el fin de señalar que no se requiere causa ni observancia de solemnidades; y también existe referencia al supuesto de la *imposibilidad inicial del objeto y de la falta de facultad de disposición, respecto de los bienes objeto del contrato* (art. 3.1.3), nuevamente, para indicar que *esas circunstancias no afectan la validez del acto*⁵⁶. Por otro lado, conviene destacar que el Art. 1.4 (*Normas de carácter imperativo*) señala que los Principios UNIDROIT no restringen la apli-

⁵⁵ En cuanto a la *capacidad*, la razón de la exclusión es que la materia tiene una «*complejidad inherente*» y «*un diverso tratamiento en los ordenamientos nacionales*», de modo que a estas materias son aplicables las reglas de derecho interno que correspondan [comentario del art. 3.1.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 111)].

⁵⁶ Se declara que las reglas relativas a estos elementos son dispositivas, de modo que las partes podrían incluir esos requisitos de validez en el contrato que celebran [comentario del art. 3.1.4 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 116)].

cación de normas de carácter imperativo⁵⁷. Esa afirmación es desarrollada, en relación con la validez del contrato, en la Sección 3 del Capítulo 3 (*Ilicitud*), cuyo contenido fue incorporado en la versión de los Principios UNIDROIT del año 2010⁵⁸. En el art. 3.3.1 se establece una *remisión genérica a los efectos que establecen los ordenamientos internos* para la violación de normas de carácter imperativo, efectos entre los que puede considerarse, según se explica en los comentarios, la nulidad «*de pleno derecho*»⁵⁹. También se señala, para los casos en que la norma imperativa no establece expresamente los efectos de su infracción, se dice que «*las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias*» y entre ellos, «*el derecho de tratar el contrato como carente de todo efecto*»⁶⁰. La otra regla que compone esta sección es el art. 3.3.2, que regula el *derecho a la restitución* de la parte que hubiera cumplido un contrato contrario a una norma de carácter imperativo; un punto que puede considerarse como innovador, partiendo de la base que, en los ordenamientos nacionales, la ilegalidad del contrato no suele dar derecho a restitución⁶¹.

⁵⁷ Art. 1.4 Principios UNIDROIT: «Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables, conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado».

⁵⁸ En este punto, conviene recordar que en las versiones anteriores de los Principios UNIDROIT (1994 y 2004), si bien se contiene también el capítulo 3 sobre «Validity», se trataba al interior, sin ninguna división interna, los vicios del contrato y sus efectos, especialmente, la posibilidad de anulación del contrato. La versión del 2010 no sólo introduce una nueva estructura el interior del capítulo, dividiéndolo en secciones, sino que introduce *nuevas reglas*. En efecto, en esas versiones anteriores de los Principios UNIDROIT no se regulaban las cuestiones vinculadas a la *ilegalidad o inmoralidad del contrato*, que, de hecho, quedaban expresamente excluidas, junto con la falta de capacidad [art. 3.1 (*Matters not covered*) idéntico en ambos textos: «These Principles do not deal with invalidity arising from (a) lack of capacity; (b) lack of authority; (c) immorality or illegality»]. En el comentario del art. 3.1 Principios UNIDROIT (1994), se señala que «This article makes it clear that not all the grounds of invalidity of a contract to be found in the various national legal systems fall within the scope of the Principles». La razón de la exclusión de estos aspectos, como se explica en el mismo comentario «lies both in the inherent complexity of questions of status, agency and public policy and the extremely diverse manner in which they are treated in domestic law. In consequence, matters such as *ultra vires*, the authority of an agent to bind its principal as well as the authority of directors to bind their company, and the illegal or immoral content of contracts will continue to be governed by the applicable law». Sobre la razón de la introducción de estas reglas sobre ilegalidad en la versión de los Principios UNIDROIT 2010, UNCETA LABORDA plantea que ello se explica porque «en una encuesta que realizó el Instituto de UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias que serían incluidas en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue, precisamente, la ilicitud. Además, otro de los motivos relevantes para su inclusión fue que esta institución ya había sido incluida en instrumentos jurídicos de la misma naturaleza como los Principios de Derecho Contractual Europeo o en el borrador del Marco Común de Referencia» [(2013) p. 621]. Para una presentación general de la regulación de la ilicitud en los Principios UNIDROIT 2010, incluyendo la explicación de cómo se gestó esta regulación, véase BONELL (2011), quien tiene una valoración general positiva de esta regulación, destacando su flexibilidad.

⁵⁹ Comentario 4 del Art. 3.3.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, pp. 149).

⁶⁰ Comentario 5 del Art. 3.3.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT* pp. 149-150).

⁶¹ En este sentido, BONELL (2011) p. 536. El art. 44 PLDC 2016 niega la restitución en este caso (*infra* nota 75).

ii. Por su parte, el art. 4:101 PECL, que abre el Capítulo 4 (*Validez*) señala expresamente que «[e]ste capítulo no trata de la invalidez que deriva de la ilegalidad, inmoralidad o falta de capacidad». Pese a ello, hay que tener presente que en los PECL se tratan cuestiones que, tradicionalmente, se vinculan con la nulidad absoluta del contrato (el objeto y las solemnidades). En efecto, el art. 4:102 PECL se refiere a la *imposibilidad inicial y a la falta de facultad de disposición sobre los bienes objeto del contrato*, para indicar que ello no incide en la validez del contrato⁶², y el art. 2:101 PECL, por su parte, expresa que el perfeccionamiento del contrato no requiere escrituración, ni el cumplimiento de ninguna otra formalidad⁶³. Por otro lado, no puede perderse de vista que el art. 1:103 PECL admite la posibilidad de contratos *inmorales e ilegales*. Y es más, hay que considerar que la Parte III de los PECL agregó, entre otros, el Capítulo 15, llamado precisamente «*Illegality*», en el que se abordan la cuestión de la ilegalidad del contrato, materia que, como se ha apuntado, había quedado inicialmente excluida de los PECL⁶⁴. En dicho Capítulo 15 PECL se establece, entre otras cosas, que *el contrato no tiene efecto en la medida que sea contrario a los principios considerados fundamentales en los Derechos países miembros* (art. 15:101), y que si el contrato infringe normas imperativas del Derecho que resulte aplicable, se estará a lo que en ese ordenamiento se establezca como consecuencia de la infracción, incluyendo, entre ellas, la posibilidad de que el contrato «no tenga ningún efecto» (art. 15:102). Como se puede apreciar, en los PECL, las cuestiones sobre *validez* (entendiéndose aquí la anulabilidad por vicios) e *ilicitud del contrato* quedan tratadas en capítulos separados (el 4 y el 15, respectivamente)⁶⁵.

iii. El DCFR excluye, en principio, de su ámbito de aplicación «*el estado o capacidad de las personas físicas*» [art. I.-1:101(2) DCFR (*Ámbito de aplicación*)]⁶⁶; y se dice expresamente que, para

⁶² Véase, *infra*, n. 120.

⁶³ Art. 2:101 PECL (*Condiciones para la conclusión del contrato*): «(1) Se concluye un contrato si: / a) las partes tenían la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y; / b) Han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito. / (2) Un contrato ni necesita ser concluido o probado por escrito ni está sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede probarse por cualquier medio incluida la prueba de testigos».

⁶⁴ Sobre el punto, explicaban los comentarios oficiales al art. 4.101 que «[f]or the moment, the Principles do not deal with ilegal or immoral contracts. Because of the great variety among the legal systems of Member States as to which contracts are regarded as unenforceable on these grounds, and the very different consequences which follow from this categorisation, further investigation is needed to determine whether it is feasible to draft European Principles on these subjects» [LANDO/BEALE, PECL, p. 227]. Como puede apreciarse, el texto del art. 4.101 PECL es de un tenor similar al art. 3.1 Principios UNIDROIT de sus versiones 1994 y 2004.

⁶⁵ El capítulo 15 de los PECL contiene, además, reglas relativas a la invalidez parcial (art. 15:103); y reglas relativas al derecho a obtener una restitución (15:104) y a obtener una indemnización de daños (art. 15:105); sobre las que aquí no interesa entrar. Para una presentación general del capítulo 15 PECL, y especialmente, sobre su influencia en el modelo del DCFR, véase MACQUEEN (2011).

⁶⁶ Se ha dicho «en principio», pues del tenor del artículo se desprende que las reglas del DCFR podrían ser utilizadas, si ellas son modificadas o complementadas, tal como dispone el artículo I.-1.101 DCFR (*Ámbito de aplicación*): «[...] (2) No es su objetivo aplicarse, o aplicarse sin modificación o integración, a los derechos y obligaciones de natu-

la celebración de un contrato, no se requiere cumplir requisitos de forma [art. II.-1:106 DCFR (*Forma*); si bien el propio artículo se coloca en el supuesto de que el acto sea inválido por esta razón]. Por otro lado, el Libro II, sobre *contratos y otros actos jurídicos*, contiene un Capítulo 7 denominado «*Causas de invalidez*». En el artículo II.-7:101 DCFR, ubicado dentro de la *Sección 1 (Disposiciones generales)*, se señala que dicho Capítulo 7 regula los efectos de los vicios del consentimiento, por un lado, y de «*la infracción de los principios fundamentales o las disposiciones imperativas por otro*»⁶⁷. Y en esa misma *Sección*, hay un artículo sobre la imposibilidad original y la falta de facultad de disposición sobre los bienes [art. II.-7:102 DCFR].

Como se puede observar, el DCFR reconoce *dos categorías de invalidez*: la «*anulabilidad*» (el acto es susceptible de ser anulado) y el «*acto nulo*» (que no produce efectos desde su origen)⁶⁸; y las regula en secciones separadas, dentro de un mismo Capítulo, al interior del Libro II (sobre actos y contratos). Sin embargo, no es posible, *a priori*, identificar los conceptos de «*acto anulable*» y de «*acto nulo*» del DCFR con los de «*nulidad relativa*» y «*nulidad absoluta*» de los PLDC 2016, pues tanto la naturaleza y forma en que se entiende que opera la *nulidad absoluta* (*v. gr.* si es, o no, una nulidad de pleno derecho), como su régimen (sus causales y su vinculación con otras situaciones de ineficacia por causas intrínsecas, específicamente, con la llamada «*inexistencia*» del contrato), son todas cuestiones discutidas en los ordenamientos latinoamericanos⁶⁹; y, respecto de las cuales los PLDC 2016 no

raleza jurídico-pública, ni tampoco, salvo disposición en contrario, en relación con: (a) el estado o la capacidad de las personas físicas [...]».

⁶⁷ Art. II.-7:101 DCFR (*Ámbito de aplicación*): «(1) El presente Capítulo regula los efectos: (a) del error, dolo, amenazas, o la explotación indebida, y/ (b) la infracción de los principios fundamentales o las disposiciones imperativas por otro». Así, el texto del DCFR da un tratamiento más coherente que el de los PECL, al tratar ambas cuestiones bajo un mismo capítulo; tal como se proponía en la versión revisada de los PECL contenida en FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD (2008) p. 583 y ss.

⁶⁸ Para el DCFR, «*Anulable*», en relación con un acto jurídico o una relación jurídica, significa que el acto o la relación tiene un defecto que le convierte en susceptible de ser anulado y, por lo tanto, de quedarse sin efectos con carácter retroactivo» (JEREZ, DCFR, p. 480). «*La "anulación"* de un acto jurídico o relación jurídica es el proceso en virtud del cual una de las partes o, en su caso, la autoridad judicial, invoca una causa de invalidez que determina que el acto o la relación, válido hasta ese momento, quede ineficaz con efecto retroactivo desde el inicio» (*ibíd.*, p. 481). «*Nulo*», en relación con un acto jurídico o una relación jurídica, significa que el acto o la relación carece de efectos automáticamente desde el origen» (*ibíd.*, p. 496).

⁶⁹ En buena medida, porque estos códigos civiles adoptaron el modelo de nulidades del *Code civil* francés. En efecto, si bien la explicación que se ofrece en el *Mensaje del Código civil Chileno* en relación con la regulación de la nulidad del contrato es bastante parca, es suficientemente ilustrativa en relación con un aspecto muy importante: la fuente de la regulación. En este sentido, en el *Mensaje*, luego de señalar que «en materia de contratos y cuasicontratos, hallaréis muy poco que no tenga su fuente en la legislación actual, que es lo más, o en la autoridad de algún código moderno, en especial el francés, o en la doctrina de alguno de los más eminentes jurisconsultos»; se dice: «[s]obre la nulidad y rescisión de los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derechos, se ha seguido de cerca el código francés ilustrado por sus más hábiles expositores». De ahí que ello haya dado lugar a las mismas discusiones que se plantearon en la doctrina francesa, incluyendo el problema de determinar cuál es la sanción en caso de que falte un elemento esencial del acto, partien-

parecen adoptar ninguna una solución en particular, como se muestra en la segunda parte del trabajo.

[21] Por otro lado, parece posible *descartar*, en relación con la *estructura* del Capítulo 3 de los PLDC 2016, alguna posible influencia de las propuestas de modernización de los Códigos civiles tenidas en cuenta por el *Grupo*. En efecto, y pese a que en ellas se reconocen y regulan dos clases de nulidad, no es posible hallar ni en la propuesta española (PMCC)⁷⁰ ni en la francesa (*Propuesta Terré*)⁷¹ un esquema similar al del Capítulo 3 de los PLDC 2016. Igualmente, puede descartarse la posible influencia del modelo del *Código de Bello*, pues en éste no hay divisiones al interior del Título que trata de la nulidad⁷². La misma afirmación puede hacerse en relación con el otro importante modelo tenido a la vista por el *Grupo*, el *Proyecto de Código Civil y Comercial argentino*, pues, aunque en éste existen divisiones al interior del título dedicado a la nulidad, su estructura tampoco es coincidente con la adoptada en los PLDC 2016⁷³.

[22] Continuando con la estructura de la regulación, otro aspecto particular de los PLDC 2016 es que se regulan los «vicios del contrato» y «la nulidad» en *capítulos separados* [de los vicios se trata en el Capítulo 2 (*Formación del contrato*), Sección 4 (*De los vicios de la voluntad*)]. Ello configura *otra diferencia* con los otros textos sobre principios de Derecho contractual. Tanto en los Principios UNIDROIT como en los PECL se regulan, *en un mismo*

do de la base que la nulidad absoluta requiere regla expresa; discusiones que subsisten hasta el día de hoy. Sobre este punto, respecto del cual no es posible profundizar en este lugar, véanse los informes de los países latinoamericanos recogidos en PIZARRO WILSON (2012): en particular, respecto del *Derecho argentino*, pp. 66 y ss.; respecto del *Derecho brasilero*, pp. 158 y ss.; respecto del *Derecho colombiano*, pp. 247 y ss.; respecto del *Derecho chileno*, pp. 316 y ss.; respecto del *Derecho paraguayo*, pp. 433 y ss.; respecto del *Derecho uruguayo* 512; y respecto del Derecho venezolano, pp. 593 y ss.

⁷⁰ La PMCC dedica un capítulo a la nulidad y anulación, que carece de divisiones internas; y en él se regulan tanto la *nulidad* (que es de pleno de derecho) como la *anulabilidad*, y sus causales [Libro IV (*De las obligaciones y los contratos*) Título 2 (*De los contratos*); Capítulo IX (*De la nulidad y anulación de los contratos*), arts. 1296 a 1309 PMCC].

⁷¹ En la *Propuesta Terré*, se proponía incluir una *Section 6*, denominada *Des sanctions*, que estaba dividida en tres secciones. La primera de esas secciones trataba de la nulidad [§ *De la nullité* (arts. 78 a 88)], no contenía divisiones internas, y se trataba tanto la nulidad absoluta (*nullité absolue*) como la relativa (*nullité relative*). Conviene destacar que la idea de conservar la distinción entre nulidad absoluta y relativa fue un punto discutido en el proceso de reforma del Derecho francés de obligaciones [sobre ello, véase HOUTCIEFF (2008b) p. 223].

⁷² Y lo mismo puede decirse en relación con los códigos civiles de Colombia y Ecuador, respecto de los títulos, capítulos o secciones que esos códigos dedican a la nulidad (véase *supra*, notas 20 y 21).

⁷³ En efecto, la regulación de la nulidad se sitúa en varias secciones del capítulo sobre *Ineficacia de los actos jurídicos*» (Capítulo 9 del Título IV del Libro I); específicamente en las secciones 2.^a (*Nulidad absoluta y relativa*), 3.^a (*Nulidad total y parcial*), 4.^a (*Efectos de la nulidad*) y 5.^a (*Confirmación*).

capítulo, todas las cuestiones vinculadas a la «validez» (entendiendo aquí la anulabilidad) del contrato, esto es, se regulan tanto *sus efectos* como *sus causas* (los vicios del consentimiento: el error, el dolo, la intimidación, y la ventaja injusta o excesiva desproporción)⁷⁴. En este punto en particular, los PLDC 2016 se acercan más a la aproximación del *Código de Bello*, que también trata *separadamente* los *vicios de la voluntad* [dentro del Libro IV, Título II (*De los actos y declaraciones de voluntad*), arts. 1445 y ss.] de la nulidad, que, como ya se ha indicado, se regula en el Título XX del mismo Libro, arts. 1681 y ss. (*supra* [7]).

[23] Finalmente, creo que la estructura interna de las distintas secciones que componen el Capítulo 3 PLDC 2016 merece algún comentario crítico.

Por un lado, la sola lectura de sus disposiciones revela que hay artículos que parecen mal ubicados, por estar fuera de la Sección en la que naturalmente deberían estar. Por ejemplo, el art. 41 PLDC 2016 describe, en su primera parte, las causales de nulidad absoluta y, por tanto, en esa parte, podría quedar mejor ubicado en la Sección 1 (Nulidad absoluta). El mismo art. 41 PLDC 2016, en su segunda parte, contiene una referencia a la legitimación activa para demandar la nulidad relativa, regla que quedaría mejor ubicada en la Sección 2 (Nulidad relativa), que contiene un artículo cuyo epígrafe es precisamente «Legitimación». El art. 44 PLDC 2016 (Imposibilidad de restitución), que está dentro de la Sección 1 (Nulidad absoluta) contiene, en realidad, una regla relativa a los efectos de la nulidad absoluta de modo que quedaría mejor ubicado en la Sección 3 (Efectos)⁷⁵. También parece mal ubicado el art. 47 PLDC 2016, que está dentro de la Sección 2 (Nulidad relativa), porque en ese artículo se distingue entre nulidad total y parcial, y la nulidad parcial bien podría ser una nulidad absoluta (en mi

⁷⁴ El Capítulo 3 de los Principios UNIDROIT se denomina «Validez», y se compone de un total de veintitrés artículos, organizados en tres secciones: Sección 1 («Disposiciones generales»; arts. 3.1.1 a 3.1.4); Sección 2 («Causales de anulación»; arts. 3.2.1 a 3.2.17) y Sección 3 («Illicitud»; arts. 3.3.1 y 3.3.2). En los PECL, esas mismas materias se regulan en un mismo Capítulo 4 («Validez»), que carece de divisiones internas, y que está compuesto por diecinueve artículos (arts. 4:101 a 4:119). Aunque, ya se ha dicho, las cuestiones relativas a la nulidad absoluta se regulan en capítulo separado (Capítulo 15 PECL). En el DCFR, las cuestiones vinculadas a la validez del contrato se abordan al interior del Libro II (*Contratos y otros actos jurídicos*), en el Capítulo 7 (*Causas de invalidez*), cuya estructura interna es relativamente similar –no idéntica– a las del Capítulo 3 de los Principios UNIDROIT. Este capítulo también se divide en tres secciones. La primera Sección contiene unas «Disposiciones generales» (arts. II.-7.101 y II.-7.102 DCFR). La Sección 2 trata los «Vicios del consentimiento» (arts. II.-7.201 a II.-7.216). La Sección 3 se denomina «Vulneración de principios fundamentales o de normas imperativas» (arts. II.-7:301 a II.-7:304 DCFR).

⁷⁵ Art. 44 PLDC 2016 (*Imposibilidad de restitución*): «No habrá lugar a restituciones a favor de quien sabía o debía saber el vicio de nulidad absoluta». Conviene apuntar que, al interior de Grupo, se ha planteado discusión en torno al interés de mantener esa regla.

opinión, este artículo, por tanto, quedaría mejor ubicado en la *Sección 3*, sobre los efectos de la nulidad).

Creo oportuno señalar, que en la versión de los PLDC 2017, ese art. 47 PLDC 2016 ha sido *removido de la sección sobre nulidad relativa* y se ha trasladado a la primera parte del *Capítulo 3 (entre las «disposiciones generales»)*, sin modificar su contenido⁷⁶. El art. 47 PLDC 2016 (*Nulidad total o parcial*) dispone: «(1) Si se pronuncia la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato, éste subsistirá 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 último caso, el juez debe pronunciar la nulidad íntegra del contrato⁷⁷/ (2) En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el tribunal podrá adaptar el contrato observando las exigencias de la buena fe»⁷⁸.

⁷⁶ El cambio de ubicación de esta regla es consecuencia de las críticas y comentarios realizados a los PLDC 2016 durante las Jornadas celebradas en Madrid el año 2016; críticas que el Grupo consideró en la reunión de agosto de 2016.

⁷⁷ Consta en las actas de la discusión del *Grupo*, que la fuente de ese inciso primero del art. 47 PLDC 2016 es la *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores de Chile (Ley 19.496)*. La referencia debe entenderse hecha al art. 16A de la Ley 19.496 [«Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración»]. Aunque en las actas del *Grupo* se reconoce en ese artículo la fuente de la regla, el alcance del art. 47 PLDC 2016 es más amplio, porque el artículo 16A de la Ley 19.496 se refiere (por la remisión al artículo 16 de la Ley 19.496) a la sanción de *cláusulas abusivas en contratos de consumo*.

En todo caso, la inclusión de una regla sobre el efecto de la nulidad de una cláusula (nulidad parcial) no puede considerarse original en los PLDC, pues la regla está recogida en otros modelos tenidos en vista por el *Grupo*, por ejemplo, en el art. 3.2.13 Principios UNIDROIT [«Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato»]; y en términos similares, en el art. 4:116 PECL (*Anulación parcial*) y art. II.-7:213 DCFR (*Anulación parcial*). En todos esos textos, la regla se incluye al interior de la regulación de la anulabilidad por vicios, no en las secciones o capítulos sobre nulidad por ilegalidad o inmoralidad (nulidad absoluta). En parte, ello permite explicar que en los PLDC 2016 se incluya dentro de la sección de *nulidad relativa*; de hecho, la regla estaba ya considerada en los PLDC 2014, aunque con un tenor diferente, mucho más parecido a la formulación que tiene en los Principios UNIDROIT (el artículo señalaba «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»). La recogía también la *Propuesta Terré*, en su art. 86 [«Lorsque la cause de nullité affecte seulement une clause du contrat, elle emporte nullité de l'acte entier si cette clause a été un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une de parties./ Toutefois, le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien./ Les mêmes règles s'appliquent au cas où la nullité n'affecte qu'une partie de l'acte»]. La *propuesta Terré* consagraba así la nulidad parcial, que ya era admitida por la jurisprudencia [HOUTCIEFF (2008b) p. 229]. En fin, no puede sino compartirse la afirmación de que es una regla «muy generalizada la que [...] opta por el llamado principio de conservación del negocio jurídico, plasmado en viejo apotegma *utile per inutile non vitiatur*» [DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 242]. Por último, en esta misma línea, conviene apuntar que, pese a que el Código civil chileno no regula la nulidad parcial, la doctrina admite esta posibilidad [sobre ello, véase ELORRIAGA DE BONIS (2010)].

⁷⁸ La posibilidad de *adaptación del contrato*, a la que se refiere el inciso segundo del art. 47 PLDC 2016, no está expresamente consagrada en el artículo 16A de la Ley

Por otro lado, hay artículos cuyo contenido no se corresponde con su leyenda. Por ejemplo, el art 43 PLDC 2016, en la *Sección 1, sobre nulidad absoluta*, se denomina «*Legitimación*», pero su *primera parte* no contiene propiamente una regla sobre legitimación, sino que se refiere a las facultades del juez en relación con la declaración de la nulidad⁷⁹. Algo similar puede decirse en relación con el art. 46

19.496; de hecho, este artículo 16A parece excluir toda intervención del juez [aunque se ha sostenido que, en la práctica, los tribunales chilenos han ejercido tal facultad; MOMBORG URIBE (2013) pp. 21-22]. Por tanto, la fuente material de esta regla habría que buscarla en otras regulaciones, tenidas a la vista por el *Grupo*. Así, por ejemplo, la Ley 24.240, sobre *Normas de Protección y Defensa de los Consumidores*, de Argentina, cuyo artículo 36 establece la obligación del prestador de servicios financieros de incluir en el contrato una serie de datos, cuya omisión da derecho al consumidor «a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas» y se dice, a continuación, que «[c]uando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario». En el mismo sentido, el artículo 37 de la mentada Ley 24.240 establece que «En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario». Y también el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011 (*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor*), de Colombia, que señala, sobre los efectos de la nulidad o de la ineficacia en el caso de cláusulas abusivas: «*La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces./ Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente*». La facultad de integrar el contrato, considerando los intereses de las partes, estaba también presente en el *Proyecto de CCyCArg*, y se recoge en el artículo 389 CCyCArg (*Nulidad total y parcial*) inciso 3: «*En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes*». Sobre el particular se ha señalado que, aun cuando el Código civil y comercial argentino «ha tomado en cuenta el principio de separabilidad de las distintas cláusulas, al igual que el [antiguo] art. 1039», resulta que, en este aspecto concreto (el del deber de integración del acuerdo por parte del juez), «la disposición contiene una novedad» [BENAVENTE (2015b) pp. 595-596]. La facultad del juez de integrar el contrato se encontraba también en el art. 83 del Texto refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, de España (TRLGDCU), que disponía: «*1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas./ 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva./ A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario./ Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato*». Este artículo fue modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (publicada el 28/03/2014, en vigor a partir del 29/03/2014) que elimina esa facultad de los jueces; desde entonces el art 83 TRLGDCU prescribe: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*». Sobre las razones de esta reforma, y en particular sobre la modificación del art. 83 TRLGDCU, véase MORO ALMARAZ (2014) pp. 13-14.

⁷⁹ Art. 43 PLDC 2016 (*Legitimación*): «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 del contrato». Como se puede apreciar, en realidad se contienen en este artículo *dos reglas* (una en cada párrafo o inciso), y sólo la segunda de

PLDC 2016, en la *Sección 2*, que también se denomina «*Legitimación*», y cuyo *segunda parte* contiene una regla sobre convalidación y prescripción, que, desde luego, no tiene nada que ver con la «legitimación»⁸⁰. Estos dos últimos ejemplos sirven, de paso, para plantear *otra crítica*, ahora, a la forma en que se construyen algunos artículos, en los que *no existe conexión lógica entre lo dispuesto en las partes, incisos o párrafos que los componen*. Otro ejemplo: el art. 50 PLDC se denomina «*Efectos de la nulidad*», lo que *no* es indicativo del contenido del artículo, considerando, por un lado, que la *Sección 3*, donde se sitúa, se denomina precisamente así (*De los efectos de la nulidad*), y por otro, que los artículos 51 y 52 PLDC 2016, en esa misma *Sección 3*, también regulan efectos de la nulidad.

En fin, por todo lo dicho, y más allá de lo que pueda decirse en relación con el fondo de la regulación sobre la nulidad de los PLDC 2016, en mi opinión parece bastante claro que *el texto requeriría una revisión formal*.

III. SEGUNDA PARTE. LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

[24] En esta parte del trabajo interesa examinar las *causales de nulidad absoluta* en el sistema de los PLDC 2016. Ello supone analizar, *en primer lugar*, el artículo 41 PLDC 2016, que es el único que se refiere a las causas de nulidad absoluta. En *segundo lugar*, se aborda la pregunta acerca de *otras posibles causas de nulidad absoluta*, no consideradas expresamente en el artículo 41 PLDC 2016.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 41 PLDC 2016

a) **La función del artículo 41: el reconocimiento de la nulidad absoluta y relativa**

[25] El art. 41 PLDC 2016, que abre el Capítulo 3, dispone: «*Los contratos que contravienen la ley, el orden público o las bue-*

ellas puede considerarse, estrictamente, una regla de legitimación. La primera de ellas (la que se contiene en el inciso primero) es una regla relativa al rol del juez en relación con la declaración de nulidad absoluta. El epígrafe del artículo, en consecuencia, *no da cuenta de su contenido*, y por ello, convendría modificarlo; o bien, separar, en dos artículos, las reglas que contiene el artículo 43 PLDC 2016.

⁸⁰ Art. 46 PLDC 2016 (*Legitimación*): «*La nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece./ Puede ser saneada por convalidación y por la prescripción de la acción*».

nas costumbres adolecen de nulidad absoluta. Son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección de ciertas personas».

[26] Lo primero que conviene apuntar es que el texto del art. 41 PLDC 2016 básicamente *reproduce el tenor del artículo 386 del nuevo Código civil y comercial de Argentina*⁸¹. De ahí que el art. 41 PLDC 2016 comparta, con dicho artículo, algunos defectos de redacción; y a ellos hay que añadir *otros defectos* que resultan del trasvase de una norma contenida en un Código a un texto de naturaleza diversa («de principios») sin la necesaria adaptación.

Sobre este punto, en mi opinión, la redacción del art. 41 PLDC 2016 *requeriría una revisión formal*, al menos sobre estos tres aspectos:

i. La oración que sigue al punto seguido –«*Son de nulidad relativa los contratos*»– no tiene sentido: los contratos no pueden «ser» de nulidad. Se requeriría, al menos, reemplazar la palabra «*son*» por «*adolecen*» (si se quiere mantener la terminología empleada en la primera parte del artículo 41 PLDC 2016). Vale la pena destacar que el art. 41 PLDC 2016 modificó la redacción del art. 368 CCyCArg (que incurre en el mismo error formal) pero, curiosamente, lo hizo sólo respecto de su primera parte.

ii. La segunda oración del artículo 41 PLDC 2016 («*son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción*») es poco clara: ¿a qué se refiere el artículo con «*esta sanción*»? De la redacción del texto, solo puede referirse a la nulidad relativa, porque el artículo no se ha referido a la nulidad en general, ni se ha dicho antes que la nulidad sea una sanción [luego, una lectura posible parece ser esta: «*son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone la nulidad relativa solo en protección de ciertas personas*»; lo cual obviamente sería una tautología].

iii. La referencia a que es «*la ley*» la que impone la sanción de nulidad relativa debería ser modificada, pues no parece que sea posible, en este aspecto, reproducir sin más el tenor del art. 368 CCyCArg. En concreto, el problema es que los propios PLDC 2016 establecen causales de nulidad relativa, y obviamente, los PLDC 2016 no pueden considerarse «*ley*».

[27] Como se puede observar, los PLDC 2016 *no ofrecen propiamente una definición de la nulidad del contrato*. Sin embargo, en sí mismo, ello no parece criticable. Y no solo porque, como recoge el conocido aforismo, «*en Derecho civil, toda definición es*

⁸¹ Art. 386 CCyCArg: «Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas».

peligrosa»⁸², sino porque ello refleja la *aproximación generalizada de los Códigos civiles latinoamericanos*, que *tampoco definen propiamente «la nulidad»*⁸³. Sin perjuicio de lo dicho en el punto ii del numeral [26] anterior, puede admitirse que la última parte del art. 41 PLDC 2016 *aparentemente recoge la idea de que la nulidad, cualquiera que sea, es una sanción*.

Que la nulidad se conciba como una «sanción» en los PLDC 2016 es una idea que ha sido objeto de críticas, *al menos en lo que respecta a la nulidad relativa*⁸⁴. Con todo, la comprensión de la nulidad (absoluta o relativa) como una *sanción* es coincidente con la caracterización tradicional que hace la doctrina chilena de la nulidad, a partir del texto del art. 1681 CCCh⁸⁵.

[28] Por lo que se ha señalado, más que ofrecer una definición de nulidad (lo que no se hace), da la impresión de que la *principal función* del artículo 41 es la indicar que en el sistema de los PLDC 2016 *se reconocen dos clases de nulidad*: la absoluta y la relativa; señalando, además, qué es lo característico de cada una o, si se quiere, cuál es el *criterio de distinción* entre ambas⁸⁶. Pues bien,

⁸² Como es sabido, tomado de D. 50.17.202 (de Javoleno): «Omnis definitio in iure civil periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit» («*En Derecho civil toda definición es peligrosa, porque es difícil que no pueda ser alterada*») [trad. de GARCÍA DEL CORRAL (1889)].

⁸³ La lectura de los Códigos civiles latinoamericanos revela que en ellos no se define la nulidad [*cf.*, por ejemplo: CCVen (arts. 1346 y ss.); antiguo CCArg (art. 1037 CC); el nuevo CCyCArg (art. 386 y ss.); CCUrug (art. 1559 y ss.), CCCh (1681 y ss.) y CCCol (art. 1740 y ss.)].

⁸⁴ En este sentido, en relación con el texto de los PLDC, se pronunció la profesora Carmen Jerez Delgado, en el Congreso de discusión sobre los PLDC celebrado en Madrid el año 2016, quien «lamentó que en la versión actual, los PLDC se hayan decantado en este punto por respetar la tradición codificada, especialmente, en el hecho de contemplar la nulidad como una «sanción», cuando realmente se trata de un «mecanismo de protección para una de las partes contratantes» y en el hecho de que no se haya admitido finalmente la posibilidad de su ejercicio extrajudicial, mediante notificación» [según se recoge en SAN MIGUEL cit. (n. 1) p. 1001].

⁸⁵ Art. 1681 CC: «Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes» [idéntico al art. 1740 CCCol]. A partir de esa descripción, la doctrina chilena, desde muy antiguo, ha considerado la nulidad una «sanción civil». En este sentido, por ejemplo, FABRES explica que la nulidad «es la primera y más importante sanción civil» [(1889) p. 69] y también CLARO SOLAR, quien define nulidad como «la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o declaración de voluntad según su especie y la calidad o estado de las partes» [(1939) p. 580]. También conceptualizan la nulidad como una sanción, ALESSANDRI BESA, en su clásico tratado sobre la nulidad, afirmando que «[d]e las disposiciones mencionadas [el autor se refiere a los artículos 10 y 1681 del Código civil chileno] se desprende que la nulidad es una sanción civil con que la ley castiga las infracciones que se cometan al celebrarse un acto jurídico, y puede ser definida como la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes» [(2010), t. 1, p. 19].

⁸⁶ De hecho, el art. 368 CCyCArg, que es, como se ha dicho, la *fuerza directa* del art. 41 PLDC 2016, tiene un epígrafe que es, precisamente ese: «Criterio de distinción». Explicando el contenido del art. 368 CCyCArg, en los comentarios oficiales se expresa que

como se ha apuntado, y más allá de que la redacción del art. 41 PLDC 2016 pueda parecer algo confusa, el *criterio de distinción que subyace* parece ser el de *qué, o a quién, se busca «proteger»* con la nulidad del contrato. Mientras que la nulidad absoluta busca proteger a «*la ley, el orden público y las buenas costumbres*», la nulidad relativa buscaría «*solo*» proteger a «*ciertas personas*». De ahí que, en opinión de Fenoy Picón, los PLDC 2016 «adoptan, en parte, lo que viene conociéndose como una visión (una teoría) moderna de las nulidades, en la cual la calificación de la nulidad como absoluta o relativa depende del interés protegido por la norma infringida (general/particular)»⁸⁷. Esta idea puede estimarse consistente con la comprensión de la doctrina (chilena, colombiana y argentina), acerca del *distinto fundamento de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa*⁸⁸.

b) Las causales de nulidad absoluta contenidas en el art. 41 PLDC 2016: la contravención a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. El objeto ilícito y la causa ilícita.

[29] La primera parte del artículo 41 PLDC 2016 señala que «[l]os contratos que contravienen la ley, el orden público o las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta [...]»; ello, en clara sintonía con lo dispuesto en el artículo 5 PLDC 2016 (Libertad de contratación), que establece: «Las partes son libres para celebrar contratos y determinar su contenido, no siendo contrario a derecho o al orden público».

«la nulidad absoluta procede cuando el interés inmediatamente vulnerado es el interés general [...]. La nulidad relativa –en cambio– está instituida en beneficio de las personas que resultan perjudicadas por un acto viciado y es viable en los casos en que el defecto afecte el interés individual» [BENAVENTE (2015b) p. 592].

⁸⁷ FENOY PICÓN (2017) p. 605.

⁸⁸ En el *Derecho chileno*, por todos, ALESSANDRI BESA: «Conviene desde luego precisar el fundamento en que descansa la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa o rescisión, que no es otra que la gravedad de la infracción cometida en la ejecución o celebración del acto o contrato, gravedad que, a su vez, depende del requisito que se ha omitido, o, en términos más generales, de la infracción cometida./ Así tenemos que hay requisitos que miran al orden público, es decir, a los cuales la ley le atribuye tanta importancia que su omisión produce la nulidad absoluta [...] por eso se dice que se trata de una nulidad que asegura la protección de intereses superiores a los intereses privados [...]./ Frente a la absoluta está la nulidad relativa o rescisión, que, como su nombre lo indica, afecta sólo a algunas personas, habiendo sido establecida en su favor como una protección legal [...] las causas que producen la nulidad relativa son omisiones de requisitos de menor importancia» [(2010) pp. 100-101]. En el *Derecho colombiano*, por ejemplo, «la doctrina enseña que la nulidad absoluta ha sido establecida previendo el caso de ausencia de los requisitos que la ley exige para proteger debidamente los intereses del orden público; la relativa, en cambio, para la falta de requisitos que se exigen para proteger los intereses particulares de los negociantes» [ROJAS GONZÁLEZ (2001) p. 276]. Respecto del *Derecho argentino*, valga lo dicho *supra*, nota 86.

[30] En mi opinión, el principal problema que plantea la formulación del art. 41 PLDC 2016 es cómo ha de interpretarse la expresión «*contravención a la ley, orden público o buenas costumbres*». La cuestión, desde luego, no es baladí, pues, en atención a lo dispuesto por el artículo 43 PLDC 2016, la nulidad absoluta puede ser alegada por *cualquiera que tenga interés en ello*⁸⁹, y además *debe ser declarada por el juez, sin necesidad de que sea alegada*⁹⁰.

⁸⁹ El artículo 43 PLDC 2016 es claro en cuanto a que *no se requiere ser parte del contrato; de modo que la pregunta acerca de quién puede pedir la nulidad está resuelta: tanto las partes como los terceros*. El problema de fondo, entonces, es determinar *qué clase de interés debe argüirse*, dado que, en este punto, los PLDC 2016 guardan silencio. Para dar respuesta, puede resultar relevante considerar la interpretación que se ha hecho de la exigencia de «*tener interés*» que contiene el art. 1683 CCCh. La posición tradicional y mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena, es que *ese interés debe ser patrimonial* [en este sentido, por ejemplo, CLARO SOLAR (1939) p. 606; ALESSANDRI BESA (2010) pp. 518-519; y RODRÍGUEZ GREZ (1995) p. 210]. Sin embargo, esa conclusión *ha sido criticada* por algunos autores, sobre la base de, al menos, tres argumentos. El primero es que, defender la idea de que el interés debe ser patrimonial resulta contradictorio con la afirmación, que hace toda la doctrina, de que el fundamento de la nulidad absoluta es la protección de la ley, la moral y las buenas costumbres. El segundo argumento es que el Derecho privado, y particularmente, el contractual, reconoce y protege intereses no patrimoniales; por tanto, no se observa porque habría de estar limitado ese interés. El último argumento es de orden histórico: en síntesis, en todos los proyectos de código civil se requería expresamente que el interés del tercero fuera patrimonial; el cambio puede ser interpretado en el sentido de que no se quiso limitar el interés al patrimonial [DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2002) pp. 269-273]. En mi opinión, el hecho de que en los PLDC 2016 no hayan zanjado la cuestión podría ser leído en el sentido de que no ha querido cerrarse la puerta a la posibilidad de que los terceros pudieran alegar un interés no patrimonial; aunque, otra vez, no hay constancia de que la omisión sea consciente.

Hay otras cuestiones sobre la *noción de interés* que no están expresamente resueltas en los PLDC 2016, sobre las que no es posible profundizar aquí. Una de ellas se refiere al momento en que tal interés debe existir. Es evidente, y así se desprende del tenor del art. 43 PLDC 2016, que se trata de un *interés actual*, en el sentido de que debe existir *al momento de alegar la nulidad*. El problema consiste en determinar si se requiere que, *además*, ese interés *existiera ya al momento de la celebración del contrato cuya nulidad se alega*. En la jurisprudencia chilena el punto ha sido objeto de discusión, existiendo pronunciamientos de la Corte Suprema en uno y otro sentido [CORRAL TALCIANI (2008) p. 674]. Otra cuestión es que el Código civil chileno priva de la posibilidad de alegar la nulidad, aun cuando pueda acreditarse interés en su declaración, al que «*hubiere celebrado o ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que le invalidaba*», regla que los PLDC 2016 *no reconocen*, y cuya justificación, en todo caso, podría discutirse.

⁹⁰ El reconocimiento esta facultad-deber del juez, se encuentra en el art. 1683 CCCh [«*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (...)*»]; y por tanto, está presente también en otros Códigos latinoamericanos. Su justificación, entendiendo la doctrina, se encuentra en el orden público. En este sentido, se ha afirmado que «[s]i como se ha dicho, es la ley la que ordena al juez declarar la nulidad absoluta de un contrato, incluso pasando por sobre lo que el actor ha demandado, es porque se entiende que las reglas de nulidad absoluta son de orden público. El juez tiene el deber de hacer respetar tales normas, aunque el propio demandante no lo reclame, sea porque no le interese hacerlo o porque no lo haya advertido. A procesalistas con celo por el debido proceso puede parecerles un exceso que un juez pueda actuar en estos casos al margen del *petitum* de cada parte» [BARAONA GONZÁLEZ (2012) p. 527]. El art. 1683 CCCh parece haber influido en la redacción del artículo 43 PLDC 2016, *pero las reglas respectivas no son idénticas*. En este sentido, creo que la regla de los PLDC 2016 está *mejor formulada*, porque si el juez «*debe*» declarar la nulidad, es superfluo decir que «*puede*» hacerlo. Ahora, más allá de ello (que es simplemente una cuestión de estilo), lo que me interesa destacar es que los PLDC 2016 establecen ese deber

[31] *¿Cuál es «la ley» que el contrato no puede contravenir?* Sobre este punto no consta que haya existido discusión en el *Grupo*. En relación con ello, lo primero que conviene apuntar es que en Latinoamérica no existe una organización político-económica supranacional que pueda considerarse equivalente a la Unión Europea; luego, *no existe un Derecho propiamente latinoamericano* (como el que puede predicarse existente en Europa, por ejemplo, a partir de los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea)⁹¹. Pues bien, si la referencia del art. 41 PLDC 2016 a «la ley» no puede ser a una suerte de «ley latinoamericana», entonces el exa-

del juez *sin sujetarlo a ningún requerimiento particular en relación con la forma en que debe constarle el vicio de nulidad*. En el Código civil chileno, como se habrá notado, se establece que el juez puede y debe pronunciar la nulidad absoluta *cuando el vicio de nulidad de que adolece el contrato aparezca de manifiesto en el acto o contrato*. La pregunta que ello plantea es lógica: ¿es necesario, o al menos conveniente, *incorporar en los PLDC tal exigencia?* ¿Es posible entender que se trata de una exigencia implícita? Creo que puede entenderse que la exigencia de que el vicio «*aparezca de manifiesto en el contrato*» es superflua, al menos por *dos razones*. Por una parte, por la naturaleza de las causales de nulidad absoluta recogidas en los PLDC 2016 («*la ley, el orden público o las buenas costumbres*»), cuya presencia surge del solo análisis del contrato, sin necesidad de recurrir a otros elementos. Por otro lado, podría considerarse innecesario explicitar esa exigencia porque si el vicio no consta de forma manifiesta en el contrato, uno podría preguntarse ¿sobre la base de qué podría el juez declarar la nulidad absoluta? En todo caso, revisando las actas de las reuniones del *Grupo*, no existe constancia de que haya existido discusión al interior del *Grupo* sobre este aspecto; y por ende, no puede aventurarse que esa falta de mención, en el artículo 43 PLDC 2016, haya sido intencional.

⁹¹ En este punto, no puede sino compartirse la afirmación de que «[l]a integración económica de Latinoamérica es en la práctica una irrealidad, por lo menos en el corto plazo» [TITO AÑAMURO (2013) p. 264]. Esto no quiere decir que no hayan existido, ni existan en la actualidad, algunos acuerdos, organizaciones y tratados internacionales cuya finalidad está orientada a una cierta organización de los Estados americanos, aunque, hay que insistir, sin alcanzar el nivel de integración que supone la Unión Europea. Esas iniciativas no solo son varias, sino que ellas se superponen, tanto en sus fines (que suelen combinar la puesta en práctica de modelos de desarrollo económico, con la cooperación política y social) como en su ámbito espacial (varios países son miembros o asociados de más de una de ellas). Entre las principales de esas iniciativas, podemos señalar el Mercado común del Sur (MERCOSUR); La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR); La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA); La Alianza del Pacífico y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). A ellas hay que sumar la Organización de Estados Americanos (OEA) en la que, además de los Estados latinoamericanos, participan EE. UU. y Canadá, y que realiza una importante labor en lo que respecta a la búsqueda de una unificación o armonización del Derecho privado, a través de sus Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Sin embargo, pueden considerarse plenamente vigentes las palabras de una autora que hace ya varios años, afirmaba: «[l]amentablemente, pocas de las Convenciones adoptadas en sus Conferencias llegan a ser ratificadas por todos los países o aún por una cantidad significativa de ellos, aunque existen grandes éxitos como el de la Convención sobre arbitraje comercial internacional y sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero» [MEREMÍNSKAYA (2003) p. 65]. Una muestra concreta de lo que acusa dicha autora, y de interés específico para la armonización en materia de Derecho de contratos, es la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*, suscrita en México D. F., el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), y que, a la fecha, solo han ratificado México y Venezuela. Un acabado trabajo de exposición y análisis de todas esas iniciativas de integración latinoamericana, con énfasis en su contexto histórico-político, en PAMPILLO BALIÑO (2014).

men de licitud del contrato podría suponer un ejercicio de contraste con *la ley de un Estado en particular*. A diferencia de otros artículos de los PLDC 2016 (por ejemplo, el art. 40, *infra* [39]), en el artículo 41 PLDC 2016 no existe ninguna referencia concreta. La pregunta, entonces, es ¿qué *ley*? ¿La del país de la celebración del contrato? ¿O la ley del país en que se pretende que produzca efectos? ¿O la ley del tribunal que conoce el litigio, o dónde el árbitro tiene su sede? ¿La ley de la nacionalidad de las partes? Los PLDC 2016 pueden descansar en que la respuesta la dé el Derecho internacional privado. *El problema, sin embargo, es que en Latinoamérica no existe un único cuerpo de reglas en esta materia al cual se pueda acudir*⁹². Como sea, podría sostenerse que no parece que se quiera limitar la expresión *ley* (entendiendo aquí *normas imperativas*) a las leyes internas de los países latinoamericanos, o a las de un país en particular. Al menos eso es lo que resulta si el art. 41 PLDC 2016 se lee en sintonía con lo dispuesto en el artículo 2 PLDC 2016 (*Orden público y normas imperativas*), que establece: «*Estos Principios no restringen la aplicación de las normas imperativas y la actuación de los principios protegidos por el orden público, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resultaren aplicables conforme a las normas de Derecho internacional privado*» (destacado añadido).

[32] También hay nulidad absoluta, según el artículo 41 PLDC 2016, en caso de que el contrato contravenga el *orden público*. Determinar qué debe entenderse por *orden público resulta todavía más difícil*, porque se trata de una noción *vaga*, con la que se hace referencia a «un conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los que reposa, en un momento

⁹² Aunque no es posible profundizar sobre este punto, vale la pena destacar que en el ámbito americano existe una *Convención Americana de Derecho Internacional Privado*, conocida como el *Código de Bustamante*, que fue discutida y acordada por varios países americanos (no solo latinoamericanos) en el Sexto Congreso Panamericano celebrado en Cuba en el año 1928. El *Código de Bustamante* contiene reglas sobre actos y contratos [Libro Primero (*Derecho Civil internacional*); Título IV (*De las obligaciones*)]. Y entre las reglas relativas a los «Contratos en general» (Capítulo II; arts. 175 y ss.) se contienen disposiciones relativas a la rescisión y a la nulidad. Ahora, aun cuando esta Convención es, compartiendo las palabras de GARRO, «[s]in duda que el esfuerzo unificador más comprensivo y de mayor alcance territorial en América Latina», hay que tener presente, como el propio autor señala, que «la apariencia de uniformidad de su extenso articulado se desvanece cuando se reparara en las concesiones excesivas al derecho local y en la cantidad y la amplitud de las reservas de las cuales fue objeto» [(1992) p. 18]. En efecto, si bien este *Código de Derecho internacional Privado* es Derecho vigente en algunos países [en Chile, por ejemplo, por *Decreto n. 374 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 10 de abril de 1934*, publicado en el Diario Oficial de 25 de abril de 1934], se trata de un texto que ha tenido *muy poca aceptación*: no solo fue aprobado con un gran número de reservas (Chile también las hizo), sino que países como Argentina y Colombia, simplemente *no lo ratificaron*, prefiriendo regirse por otras reglas de Derecho internacional privado. Para una síntesis de esta y de otras iniciativas en la misma dirección, véase SUÁREZ SÁNCHEZ (2012), especialmente, pp. 62-70.

histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a esta desenvolverse correcta y adecuadamente»⁹³. Nuevamente, no es claro si la referencia al orden público debe entenderse al orden público de cada uno de los países latinoamericanos, sobre la base de determinar el ordenamiento que resulte aplicable, o si (en cambio, o además) debe entenderse hecha a una suerte de «orden público latinoamericano». Que exista un «orden público latinoamericano» es, desde luego, una afirmación aventurada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que existen varios tratados internacionales sobre *derechos fundamentales*, que tienen su origen en el Continente americano y cuyo ámbito de aplicación es precisamente ese espacio regional, y que han tenido una amplia aceptación. Este es el caso, por ejemplo, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, conocida también como *Pacto de San José de Costa Rica* (en adelante CADH)⁹⁴. Así, podría ser admisible afirmar la existencia de ciertos «principios de orden público» latinoamericano⁹⁵, partiendo de la base que ellos son, al menos teóricamente, aceptados y compartidos por la generalidad de los países de ese espacio geográfico⁹⁶. Creo que es posible sostener, en apoyo de ello, el transcrito art. 2 PLDC, que parece vincular la noción de «orden público» a la de «principios», y lo hace sin limitarlo al ámbito interno, admitiendo que existen principios «internacionales» y «supranacionales».

[33] La noción de «*buenas costumbres*», que también menciona el artículo 41 PLDC 2016, es tanto o más *vaga* que la de orden

⁹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ/SOMARRIVA UNDURRAGA (2011) t. I, p. 211. En el mismo sentido, RODRIGUEZ GREZ sostiene que orden público es «un conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad, y que son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de ésta en determinado momento histórico, por lo que no pueden derogarse por los particulares» [(1995) p. 235].

⁹⁴ La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* fue suscrita en la Conferencia americana sobre Derechos humanos realizada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969. Ella entró en vigor el 18 de julio de 1979. Ha sido ratificada por todos los países de Sur América, la mayoría de los países de Centro América, y por México.

⁹⁵ En el caso de la CADH, por ejemplo, a partir del reconocimiento del derecho y respeto por la vida (art. 1 CADH); el derecho a la integridad personal (art. 2 CADH); la prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 3 CADH); libertad personal (art. 4 CADH); a ciertas garantías judiciales (art. 5 CADH); la protección a la honra y la dignidad (art. 11 CADH); el derecho a la propiedad privada (art. 21 CADH); el derecho de circulación y residencia (art. 22 CADH), a la igualdad ante la ley (art. 24 CADH), por sólo mencionar algunos.

⁹⁶ Esto es, más allá (o con independencia) de la efectividad que a esos principios pueda reconocerse en los distintos países del continente [no es lugar para dar opiniones políticas; apunto, simplemente, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emite todos los años un *Informe Anual*, en el que se abordan, entre otras materias, aspectos relativos al «*Desarrollo de los derechos humanos en la Región*» y que el lector interesado puede consultar (en el informe del año 2016, se encuentra en el Capítulo IV, pp. 515-716). El informe está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/indice.asp> (consulta: 15/6/2017)].

público (a la que, por lo demás, muchas veces se asocia)⁹⁷; y por su propia naturaleza, es *relativa*, en el sentido de que varía no sólo de un lugar a otro, sino también en el tiempo. Se trata, entienden los autores, de «comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en esta»⁹⁸. No creo que sea posible afirmar que exista algo así como unas «buenas costumbres latinoamericanas». En todo caso, y más allá de la discusión acerca de su significado, creo que la inclusión de «las buenas costumbres» en el artículo 41 PLDC 2016, como una causal de nulidad absoluta, es un elemento que *amplía* las posibilidades de discutir la validez de un contrato, y lo hace *sobre unas bases poco claras*.

[34] Más allá de lo dicho hasta ahora, conviene destacar que el art. 41 PLDC 2016 no contiene una referencia expresa al «*objeto ilícito*», aun cuando los propios PLDC 2016, en su artículo 38 (1), señalan que *el contrato debe tener un objeto lícito*. Pese a ello, el objeto ilícito es *fácilmente subsumible* en la causal genérica de nulidad absoluta del artículo 41 PLDC 2016, por una razón muy simple: los propios PLDC 2016 señalan expresamente que es ilícito el objeto «*prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres o al orden público*» [art. 38 (2) PLDC 2016]. Entonces, resulta evidente que un contrato que tiene un objeto ilícito en los términos del art. 38 PLDC 2016, es un contrato que, precisamente por esa razón, adolece de nulidad absoluta en los términos del art. 41 PLDC 2016. Esa conclusión puede extenderse también a la «*causa ilícita*» [art. 39 (2) PLDC 2016: «*La causa del contrato debe ser lícita*»], admitiendo que, a falta de una noción de causa ilícita, puede entenderse que es ilícita la causa que contraviene la ley, el orden público o las buenas costumbres, en una lectura sistemática con el mentado art. 38 (2) PLDC 2016; o bien, recurriendo a la noción de causa ilícita que recogen los códigos latinoamericanos⁹⁹. Por ello, me parece que, pese que el art. 41 PLDC 2016 no señala que *adolecen de nulidad absoluta* los contratos que tienen *objeto ilícito* y *causa ilícita*, el sistema de los PLDC 2016, en relación con estos dos requisitos, *tiene coherencia interna*.

Y además, es sustancialmente consistente con la aproximación del Código civil chileno y otros códigos latinoamericanos. En efec-

⁹⁷ En este sentido, en relación con los ordenamientos europeos, véase el estudio de Derecho comparado sobre la noción de orden público y buenas costumbres que se ofrece en FAUVARUQUE-COSSON/MAZEAUD (2008) p. 122 y ss.

⁹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ/SOMARRIVA UNDURRAGA (2011) t. I, p. 65.

⁹⁹ El art. 1467 inc. 2 CCCh define expresamente «causa ilícita»: «*Se entiende [...] por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*» (idéntico al art. 1524 inc. 2 CCCol; art. 1288 CCUrug; art. 1483 inc. 2 CCEcu).

to, la *contravención a la ley, al orden público o a las buenas costumbres* son circunstancias que el Código civil chileno y otros códigos latinoamericanos consideran causal de *nulidad absoluta*, precisamente a través de la exigencia de que el contrato tenga un *objeto lícito y una causa lícita*¹⁰⁰.

[35] Un último aspecto que parece interesante destacar es que si, como se desprende del tenor del art. 41 PLDC 2016, la *sola* infracción de la ley, del orden público o las buenas costumbres *determina la nulidad absoluta del contrato* (como una consecuencia *necesaria*), entonces puede sugerirse que la aproximación de los PLDC 2016, en relación con la exigencia de *licitud* del contrato, resulta, en cierto sentido, *más estricta* que la de otros conocidos textos sobre Principios de Derecho contractual (PECL/DCFR y Principios UNIDROIT), en los que, frente a supuestos de contravención de normas imperativas, o de principios de orden público, se otorga un considerable grado de *discrecionalidad al juez, en relación con las consecuencias de esa infracción*.

i. En el modelo PECL/DCFR, la *nulidad* del contrato puede derivar tanto de la «*infracción de principios considerados fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea*», como de «*la infracción de una norma imperativa*», pero la nulidad (o privación total de efectos desde el comienzo; «*void*») *no es una consecuencia necesaria*.

En efecto, *en el primer caso* (infracción de «*principios considerados fundamentales*»), esa consecuencia se produce solo si la anulación del contrato es necesaria para que el principio (infringido por

¹⁰⁰ Art. 1445 CCCh: «*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.º que recaiga sobre un objeto lícito; 4.º que tenga una causa lícita*» [destacado añadido]. Por su parte, el art. 1682 CCCh señala: «*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*». Los artículos 1145 y 1682 CCCh son idénticos a los artículos art. 1502 y 1741 CCCol; a los arts. 1445 y 1698 CCEcu; y prácticamente idénticos a los arts. 1261 y 1560 CCUrug. El Código civil de Paraguay, por su parte, sanciona con nulidad absoluta el acto o contrato que tenga «*objeto ilícito o imposible*» [art. 357 b) CCParag]. A diferencia de lo que ocurre con la noción de «*causa ilícita*», que está definida [véase nota anterior], el *Código de Bello* no define al objeto ilícito, sino que señala casos de objeto ilícito (art. 1462 CCCh y ss.). A partir de las exigencias del objeto (art. 1461 CCCh) y esos casos de objeto ilícito, la doctrina chilena suele definir objeto ilícito en los mismos términos que la causa ilícita, es decir, como «*aquel que es contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público*», asimilándolo a la expresión «*moralmente imposible*» [sobre la comprensión de la noción de objeto ilícito, con indicación de las diferentes posiciones en la doctrina chilena, véase ALESSANDRI BESA (2010) t. I, pp. 136-138].

el contrato) sea efectivo [art. II.-7:301 DCFR y art. 15.101 PECL, aunque en este último artículo es menos claro]¹⁰¹.

En el *segundo caso* (infracción de una «norma imperativa») la consecuencia es la que establezca la propia norma imperativa, y si no se establece nada, una posible sanción es la nulidad, pero *no es la única*, pues el juez podría declarar que el contrato es válido, o modificar el contrato o sus efectos, atendidas las circunstancias [art. 15:102 PECL y art. II.-7:302 DCFR]¹⁰².

¹⁰¹ El art. II.-7:301 DCFR dispone: «*Un contrato se considera nulo si: (a) infringe algún principio considerado como fundamental en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea; y (b) su anulación es necesaria para que dicho principio sea efectivo*». Como explican los redactores, la función del subpárrafo (b) es dejar claro que el contrato será nulo *sólo si ello es necesario para que el principio sea efectivo*, partiendo de la base que «muchas infracciones a esos principios podrían no justificar la nulidad del contrato» [Comment B, VON BAR/CLIVE, DCFR full].

El Art. 15:101 PECL (*Contracts Contrary to Fundamental principles*) señala: «*A contract is of no effect to the extent that is contrary to principles recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*». Como se puede apreciar, en los PECL se evita la expresión «nulo» (void), y se utiliza en cambio la idea de que el contrato «no tiene efecto» («is of no effect»), lo que marca una diferencia entre los PECL y el DCFR [INFANTE RUIZ/OLIVA BLÁZQUEZ (2009) p. 40]. Por otro lado, no es claro cuál es la interpretación que ha de darse a la expresión «to the extent» del art. 15:101 PECL, de modo que la regla podría tener un alcance distinto a la del art. II.-7:301 DCFR. En relación con este punto, hay que considerar que, aun cuando los propios redactores de los PECL señalan que el solo hecho de que el contrato infrinja un principio fundamental determina que no produzca efecto alguno en forma automática [«contracts which infringe fundamental principles are automatically ineffective» (LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, PECL III, p. xxxi)], el propio art. 15:103 PECL admite que existe nulidad parcial en caso de ilicitud, de modo que puede entenderse que el contrato puede ser nulo solo en la parte que afecta al principio fundamental, acercándose, de esa forma, al sentido del art. II.-7:301 DCFR. Sobre el alcance de esta regla, incluyendo la cuestión acerca de qué ha de entenderse por principios fundamentales, véase STORME (2006) pp. 40-42 e INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ (2009) pp. 40-41.

¹⁰² El Art. 15:102 PECL (*Contracts Infringing Mandatory Rules*), prescribe: «(1) *Where a contract infringes a mandatory rule of law applicable under Article 1:103 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule./ (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification./ (3) A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contracts*».

Por su parte, el Art. II.-7:302 DCFR (*Contratos que infringen normas imperativas*) prescribe, en términos muy similares: «(1) Cuando un contrato no se considere nulo en virtud de los dispuesto en el artículo anterior, pero infrinja una norma imperativa, los efectos de tal infracción respecto de la validez del contrato serán los que, en su caso, vengan expresamente establecidos en tal norma imperativa./ (2) Cuando en dichas norma imperativa no se prescriban expresamente los efectos de su infracción respecto de la validez del contrato, el juez podrá: (a) declarar que el contrato es válido; (b) anular total o parcialmente el contrato con efecto retroactivo; (c) modificar el contrato o sus efectos./ (3) Las decisiones adoptadas de acuerdo con lo dispuesto en el apartado (2) deberán ser adecuadas y proporcionales respecto de la infracción de la norma, y deberán tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, entre ellas: (a) la finalidad de la norma infringida; (b) la clase de personas a quienes trate de proteger la norma en cuestión; (c) las sanciones que la norma impone a los que la infrinjan; (d) la gravedad de la infracción; (e) si la infracción fue intencional; y (f) la mayor o menor relación entre la infracción y el contrato».

ii. A primera vista, la aproximación de los Principios UNIDROIT a la nulidad del contrato *parece algo más estricta* que la del modelo PECL/DCFR, por dos razones. *La primera*, porque da la impresión que el ámbito de aplicación de la Sección sobre «Licitud» [Capítulo 3 (Validez), Sección 3], *se limita al supuesto de la violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Art. 1.4 de los Principios UNIDROIT*, sin hacer referencia alguna a los «principios fundamentales» (ni a nociones como la moral o a las buenas costumbres); según se desprende del art. 3.3.1 Principios UNIDROIT. Y *la segunda razón*, porque el art. 3.3.1 no considera expresamente la posibilidad de que el juez pueda declarar válido, parcialmente nulo o modificar el contrato¹⁰³ (a diferencia de lo que ocurre con los correspondientes arts. II-7:301 DCFR y art. 15.101 PECL).

Sin embargo, esa diferencia entre los dos modelos (el de los PECL/DCFR y el de los Principios UNIDROIT) podría *no ser tan relevante*, si se considera, *por un lado*, que la noción de «normas de carácter imperativo» del art. 3.3.1 Principios UNIDROIT no solo incluye «disposiciones legales específicas», sino también «principios generales de orden público no escrito, que sean aplicables de conformidad con las normas pertinentes de derecho internacional privado», como se desprende de los propios comentarios oficiales¹⁰⁴; y *por otro lado*, que en los comen-

¹⁰³ Art. 3.3.1 Principios UNIDROIT (*Contratos que violan normas de carácter imperativo*): «(1) *La violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4 de estos Principios, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, tendrá los efectos, en el supuesto que los tuviera, que dicha norma establece expresamente.* (2) *Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias.* (3) *Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (a) la finalidad de la norma violada; (b) la categoría de personas que la norma busca proteger; (c) cualquier sanción que imponga la norma violada; (d) la gravedad de la violación; (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y (g) las expectativas razonables de las partes.*».

¹⁰⁴ Comentario 2 del art. 3.1.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 146). En este mismo sentido BONELL, comentando la regla del art. 3.1.1 Principios UNIDROIT, y el ámbito de aplicación de la respectiva sección, explica: «[t]his is definitely a step backward compared to earlier drafts that had also covered "contracts contrary to principles widely accepted as fundamental in legal systems throughout the world", but upon closer examination the difference between the two approaches is less significant than might appear at first sight. First of all, because fundamental principles sanctioned at universal or regional level by international conventions or other instruments are increasingly enacted by States by means of special legislation, thereby automatically falling into the category of "mandatory rules applicable under Article 1.4". Second, as pointed out in the revised Comments to Article 1.4, the notion of "mandatory rules" is to be understood in a broad sense so as to cover not only specific statutory provisions but also unwritten general principles of public policy of the applicable domestic law(s), including those of international or supranational origin; not only this, but as was recalled in the course of the discussion within the Working Group, there are countries where also specific provisions laid down in international conventions are directly applicable even in the absence of ratification of those conventions simply because they are automatically incorporated in the respective domestic laws. Finally, unlike domestic courts that are traditionally and still predominantly bound to apply only mandatory principles and rules that are part of domestic laws, in the context of international commercial arbitration arbitral tribunals, lacking a predetermined *lex fori* inclu-

tarios oficiales se admite que, un remedio posible, sea la *modificación del contrato*¹⁰⁵.

2. OTRAS POSIBLES CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA, DISTINTAS DE LAS CONTEMPLADAS EN EL ART. 41 PLDC 2016

[36] En los sistemas *nacionales*, suele entenderse que la nulidad es una *sanción de derecho estricto*, lo que quiere decir que debe interpretarse restrictivamente y que no cabe su aplicación por analogía («no hay nulidad sin texto»)¹⁰⁶. Si ese principio se aplica a los PLDC 2016, el tenor literal de su artículo 41 llevaría a concluir que *solo puede declararse la nulidad absoluta en el caso de que el contrato contravenga la ley, las buenas costumbres o el orden público*. La conclusión de ello es que, en el sistema de los PLDC 2016, esas son las únicas *causales de nulidad absoluta* (subsumiendo, según lo dicho, el objeto ilícito y la causa ilícita).

[37] El problema de asumir esa premisa es, que se plantea la pregunta por la sanción o consecuencia que acarrea *la omisión de ciertos requisitos que los propios PLDC 2016 exigen al contrato*, según se desprende, por un lado, de su artículo 9 (*Elementos del contrato*) y por otro, de la lectura de la Sección 5 (*Objeto, causa y solemnidades*; arts. 38 a 40 PLDC 2016). Parece claro, como ya se ha sugerido, que la inclusión de esos elementos, que no estaban presentes en los PLDC 2014, obedeció a un cambio de enfoque respecto de la finalidad del proyecto de *los Principios*, y que esos elementos se introdujeron con el afán de dar un tratamiento más completo y sistemático al tema de la existencia y validez del contrato; lo que se asumió –hay que destacarlo– no sin tensión al interior del *Grupo*¹⁰⁷.

Conviene transcribir esas reglas, sin perjuicio de la referencia que, a cada una de ellas, se hace más adelante.

ding the relevant conflict-of laws rules, enjoy greater discretion as to the mandatory rules to be applied» [(2011) pp. 523-524].

¹⁰⁵ Comentario 6 (h) del art. 3.3.1 [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 155].

¹⁰⁶ DUCCI CLARO (2010) pp. 336 y 350.

¹⁰⁷ Ello consta no sólo de las actas de las reuniones del *Grupo*, sino que, además, fue puesto de relieve por el profesor Íñigo de la Maza (Universidad Diego Portales, miembro chileno del *Grupo*), durante su intervención en el Congreso sobre los *Principios* del año 2016 en Madrid, precisamente en relación con la introducción de los elementos del contrato [SAN MIGUEL PRADERA (2016) pp. 996-997].

Art. 9 PLDC (*Elementos del contrato*): «Son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa».

Art. 38 PLDC (*Objeto del contrato*): «(1) El objeto del contrato debe ser determinado o determinable, posible y lícito [...]».

Art. 39 PLDC (*Causa del contrato y de la obligación*): «(1) Toda obligación requiere una causa. Aunque no se exprese, se presume que existe mientras no se prueba lo contrario (...)».

Art. 40 PLDC (*Forma y solemnidad*): «(1) Un contrato será 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 ejecución./ (2) Si las personas se encuentran en Estados distintos al momento de la celebración del contrato, el lugar de celebración se entenderá como aquel en el cual el contrato se perfecciona, de conformidad con estos Principios»¹⁰⁸.

[38] Considerando lo dicho, es posible plantearse la pregunta por la situación en la que, en el sistema de los PLDC 2016, se encuentra un contrato en caso de: *i*) omisión de solemnidades; *ii*) falta de objeto; y *iii*) falta de causa. A ello puede agregarse un cuarto supuesto, que no se desprende directamente de la regulación de los PLDC, pero sí se considera en los ordenamientos nacionales: la falta absoluta de capacidad.

Revisemos, brevemente, la situación de cada uno de estos requisitos.

a) **Inobservancia de la forma exigida (solemnidades)**

[39] Lo primero que hay que señalar es que el cumplimiento de solemnidades no aparece enunciado como requisito esencial del contrato, requisitos a los que se refiere el artículo 9 PLDC 2016. Por otro lado, la omisión de las solemnidades, como ya se ha dicho, no es un supuesto que quede comprendido en las causales de nulidad absoluta del artículo 41 PLDC 2016; de hecho, en el capítulo 3 de los PLDC 2016 no se dice nada respecto de la consecuencia de la omisión de las solemnidades. Y a ello hay que agregar que los PLDC 2016 tampoco exigen directamente el cumplimiento de forma alguna para la celebración de los contratos. *Sin embargo*, en los PLDC 2016 *no se consagra*, a diferencia de otros textos sobre

¹⁰⁸ Los PLDC 2016 no contienen ninguna regla específica en relación con el lugar en que se entiende perfeccionado el contrato. La única regla a la que podría estar haciendo referencia la última parte del art. 40 PLDC 2016, es el art. 13 PLDC 2016, que señala «*El contrato se entiende perfeccionado en el momento en que la aceptación produce sus efectos, salvo acuerdo de las partes o ley en contrario*»; artículo que, entonces, hay que leer en sintonía con el art. 22 (1) PLDC 2016: «*El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega al oferente*».

principios de Derecho contractual, el principio de libertad de forma. Y de hecho, se incluye un artículo que señala expresamente, que el contrato «será válido, en cuanto 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» (art. 40 PLDC 2016).

i. La aproximación de los PLDC 2016, en este punto, supone un cambio en relación con la aproximación de los PLDC 2014. En estos últimos no solo no existía referencia alguna a los requisitos de forma (no había un artículo correspondiente al art. 40 PLDC 2016), sino que se señalaba expresamente que «[l]as 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 * (Libertad de contratación)]. Este artículo fue modificado, eliminándose la expresión «su forma» del actual art. 5 PLDC 2016, que recoge la regla [transcrito *supra* [29]]¹⁰⁹.

ii. Como se puede advertir, el texto de los PLDC 2016 se separa, en este punto, de los otros textos sobre principios de Derecho contractual, que expresamente consagran el principio de «libertad de forma» [art. 1.2 Principios UNIDROIT; art. 101 (2) PECL y art. II.-1:106 (1) DCFR]¹¹⁰.

[40] ¿Qué función cumple el art. 40 PLDC 2016, a propósito de la forma del contrato? La respuesta no resulta sencilla. Como el art. 40 PLDC 2016 declara que el contrato «es válido» en los casos referidos (cuando hay cumplimiento de las solemnidades), entonces puede leerse, *contrario sensu*, que el contrato, que no cumple con esos requisitos de forma, «no es válido». Así, en el sistema de los PLDC 2016, la expresión «no es válido» puede ser entendida como una señal de que el contrato tiene un vicio o defecto de validez, y entonces, que estamos frente a una *causal de nulidad absoluta no contemplada en el art. 41 PLDC* (y que, por tanto, convendría agregar al elenco de causales).

Otra posible interpretación es entender que esa falta de validez supone que el contrato no produce ningún efecto, es decir, que puede tratarse como *inexistente*, lo cual puede articularse a partir de la exigencia de consentimiento del artículo 9 PLDC 2016¹¹¹;

¹⁰⁹ Nótese, además, la referencia al «orden público y las buenas costumbres» fue modificada por una referencia al «derecho o al orden públicos».

¹¹⁰ Art. 1.2 Principios UNIDROIT (Libertad de forma): «Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos». Por su parte, el art. II.-1:106 DCFR (Forma) prescribe: «(1) Un contrato o cualquier otro acto jurídico no necesita celebrarse o probarse por escrito, ni está sujeto a ningún otro requisito de forma». En términos similares, el art. 2:101 PECL, transcrito, *supra*, nota 63.

¹¹¹ Entender que un contrato al que falta la solemnidad es *inexistente* es dogmáticamente admisible si se considera que el cumplimiento de la solemnidad exigida por la ley es

pero ello supone, por un lado, admitir la figura de la inexistencia del contrato en el sistema de los PLDC 2016 (siendo plausible sugerir que los redactores no han querido admitir esa figura, habiéndoselo planteado)¹¹²; y por otro, implica entender que los redactores han querido separarse aquí de la solución del Código de Bello, para el que la omisión de las solemnidades se sanciona con nulidad absoluta¹¹³.

Sin perjuicio de lo dicho, creo que *el tenor del art. 40 PLDC 2016 podría interpretarse de otra manera: que para los PLDC 2016 no puede discutirse la existencia y validez del contrato en la medida que este cumpla, al menos, con los requisitos de forma de alguno de los ordenamientos con los que tiene conexión. Ello puede defenderse por la utilización del conector alternativo «o» («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»).* En este sentido, podría interpretarse que un juez no puede declarar la nulidad del contrato sobre la base de que se ha omitido una solemnidad que es exigida por la ley del Estado en el que se celebró, *si dicha solemnidad no es exigida por la ley del Estado en el que, por ejemplo, el acto va a producir sus efectos.* Con todo, leído así, parece el art. 40 PLDC 2016 entrega la decisión sobre la validez del contrato a lo que prescriba el Derecho que resulte aplicable. *Y si esa es su función, entonces podría sugerirse que la regla es innecesaria, pues la norma de Derecho interno que exija el cumplimiento de una solemnidad ha de ser considerada una norma imperativa y, en consecuencia, su aplicación no puede quedar restringida o excluida por la aplicación de los PLDC 2016 (art. 2 PLDC, transcrito supra [31]).* Siendo así, la regla no sería, en lo sustancial, muy distinta de la que se establece en otros textos sobre principios de Derecho contractual, en los que, sin perjuicio de consagrarse la libertad de forma, se admite, como límite, el cumplimiento de las normas imperativas¹¹⁴.

la única forma en que se entiende que la voluntad puede ser manifestada; de modo que, si no se cumple la solemnidad falta un elemento esencial: el consentimiento.

¹¹² Como se ha explicado, en las dos propuestas generadas al interior del Grupo (la del Grupo colombiano y la del Grupo argentino), a partir de las cuales se discutió y construyó el régimen del Capítulo 3 de los PLDC 2016, se recogía la figura de la inexistencia (*supra* [15]); y, pese a ello, el texto de los PLDC 2016 no recogió la inexistencia.

¹¹³ Pese a que, teóricamente, puede admitirse que la falta de solemnidad es una causal de inexistencia, porque el contrato no se perfecciona [véase la nota 111], la omisión de las solemnidades exigidas por la ley es una causal de *nulidad absoluta* en el Código de Bello [véase el art. 1682 CCCh, transcrito *supra* nota 100, que corresponde, textualmente, a los arts. 1741 CCCol; 1560 CCUru, y 1698 CCEcu;]. De hecho, ello es un argumento de texto de la posición que, en la doctrina chilena, rechaza el reconocimiento de la figura de la inexistencia del contrato.

¹¹⁴ Por ejemplo, en el comentario 3 del art. 1.2 Principios UNIDROIT, que vincula esta regla con la del art. 1.4 Principios UNIDROIT (*Normas de carácter imperativo*)

b) Falta de objeto

[41] Se ha señalado que los PLDC 2016 *exigen que exista un objeto* (art. 9). Pese a ello, tal como ocurre respecto de la omisión de solemnidades, los PLDC 2016 no contienen una regla específica relativa a los efectos de la *omisión del objeto*. Por otro lado, los PLDC 2016 no solo requieren que haya un objeto, sino que se requiere que el *objeto sea posible* (art. 38). Pero, tampoco existe una regla específica sobre las consecuencias de la *imposibilidad inicial*. El silencio sobre este punto¹¹⁵ ha de interpretarse en el sentido de que no se ha querido modificar la comprensión tradicional, esto es, que en el sistema de los PLDC 2016, «*impossibilium nulla obligatio est*»¹¹⁶, porque esa es la consecuencia natural de la exigencia de que el contrato, *como elemento esencial, tenga un objeto que sea posible*¹¹⁷. En este punto, los PLDC simplemente siguen la solución de los códigos latinoamericanos¹¹⁸, *separándose de la aproximación adoptada por textos más modernos*, que no solo contienen una regla expresa sobre la imposibilidad originaria, sino que señalan que esa circunstancia no afecta a la validez del contrato.

En efecto, los textos sobre principios de Derecho contractual tenidos a la vista por el *Grupo* se refieren expresamente al supuesto de la imposibilidad inicial para declarar, precisamente, *que esa cir-*

[véase, *supra*, nota 57], que, como ya se ha apuntado, es similar al art. 2 PLDC 2016. Se explica, que «[e]l principio de no requerir una forma puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del derecho aplicable [...]. Tanto el derecho nacional como los tratados internacionales pueden imponer requisitos especiales de forma, bien sea al contrato es su conjunto, bien a sus cláusulas individualmente consideradas» [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 11]. En el DCFR, el propio texto admite que la forma puede ser necesaria, y que su omisión puede conducir a la invalidez del acto, estableciéndose los supuestos en los que, en tal caso, una parte debe indemnizar a la otra [art. II.-1.106 (2) DCFR].

¹¹⁵ De la lectura de las actas de las reuniones, no parece posible sostener que la omisión de una regla específica sobre el particular sea una decisión *consciente* del *Grupo*. En el *Proyecto Terré*, en cambio, se decidió no tratar el problema de la imposibilidad como causal de nulidad absoluta, aunque no sin discusión, de modo que, en este caso, se trató de una decisión *consciente* [HOUTCIEFF (2008) pp. 190-191].

¹¹⁶ Para una revisión sobre el origen histórico de esta regla, y su posterior desarrollo, véase ZIMMERMANN (1990) p. 686 y ss. Para una síntesis de las soluciones adoptadas por las codificaciones europeas, con un análisis crítico acerca de la comprensión de la regla «*impossibilium nulla obligatio est*», véase DE ELIZALDE IBARBIA (2017), pp. 1144-1149.

¹¹⁷ Y también, podría sostenerse esa consecuencia a partir de la exigencia de una causa, en la medida que puede entenderse que si el objeto es inicialmente imposible, *falta también la causa de la contraprestación* [comentario I del art. 3.1.3 Principios UNIDROIT (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 105)].

¹¹⁸ Art. 1461 CCCh: «*No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género [...]. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza [...]*»; correspondencia en el art. 1518 CCol. La regla es común también en los códigos de Centro América y el Caribe [*cf.* art. 627 y 631 de CC de Costa Rica; arts. 1599 y 1601 del CC de República Dominicana; 1564 de Honduras; 1827 del CC de México; y art. 832 de CC de Nicaragua].

circunstancia no afecta a la validez del contrato [Art. 3.1.3 (1) Principios UNIDROIT (*Imposibilidad inicial*)¹¹⁹; y art. 4:102 PECL (*Imposibilidad originaria*), que también recoge el art. II.-7:102 DCFR (*Initial impossibility or lack of right or authority to dispose*)¹²⁰]. Esta es también la aproximación que adoptó el BGB tras la reforma de 2002¹²¹; y es también la solución que adopta la PMCC, modificando la actual solución del Código civil español (art. 1272 CC español en conexión con el art. 1261.2 CC español)¹²².

¹¹⁹ Art. 3.1.3 (1) Principios UNIDROIT (*Imposibilidad inicial*): «No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída». En los comentarios oficiales se dice que se adopta esta solución, poniendo de relieve que ella es contraria a lo que se establece en numerosos sistemas jurídicos, y que se siguen las tendencias más modernas [GARRO, *Principios Unidroit*, p. 114].

¹²⁰ Art. 4:102 PECL (*Imposibilidad originaria*): «Un contrato no es inválido por el mero hecho de que en el momento en que se concluyó el cumplimiento de la obligación asumida fuera imposible o una de las partes careciera de facultades de disposición sobre los bienes a los que el contrato se refiera». Comentando esta regla, Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO sostienen que la adopción de ella, contraria, como se ha dicho, a la solución tradicional, puede sostenerse a partir de dos ideas. La primera, es que la regla *ad impossibilia nemo tenetur* (a lo imposible nadie está obligado), «a primera vista parece una regla lógica y de buen sentido», pero que, «como tantas veces ocurre, esconde decisiones de política jurídica de cuya justicia cabe, en cuanto se reflexiona un poco, dudar, pues puede ocurrir que no sea la mejor manera de resolver los conflictos de interés que esconde la nulidad a la que lleva entre nosotros el art. 1272». Y la segunda, que «es muy posible también que la máxima *ad impossibilia nemo tenetur* sea una indebida simplificación, generaliza en momentos tardíos, sin haber sido especialmente acuñada en el Derecho romano clásico». En este punto, los autores, siguiendo a Betti, explican que la regla no se entendía con un alcance general, y más aún, cuando el vínculo obligatorio no se mira como un deber de comportamiento sino que supone mirar al deudor como un garante de una expectativa [(2002) pp. 220-221]. La misma regla se recoge en el Art. II.-7:102 DCFR (*Imposibilidad inicial o falta de derecho o legitimación para disponer*): «Un contrato no es inválido, en todo o en parte, simplemente porque en el momento en que se concluye resulta imposible el cumplimiento de la obligación asumida, o porque una de las partes no tiene derecho o legitimación para disponer de los bienes objeto del contrato».

¹²¹ En efecto, antes de la reforma del BGB, la imposibilidad inicial determinaba la invalidez del contrato, recogiendo la regla de la *impossibilium nulla est obligatio* [§ 306 BGB en su redacción antigua: «Un contrato dirigido a una prestación imposible es nulo»; trad. MELÓN INFANTE (1955)]. Hoy, tras la reforma, la imposibilidad inicial no afecta a la validez del contrato [según el § 311a (1) BGB (*Impedimento de la prestación a la conclusión de un contrato*): «No afecta a la eficacia de un contrato que el deudor, de acuerdo con el § 257, apartados 1 a 3, no deba realizar un prestación [sic] y que el impedimento de la prestación se produzca antes de la conclusión del contrato»]; trad. LAMARCA MARQUÈS (2008)]. Sobre este cambio, véase ZIMMERMANN (2005) pp. 46-47.

¹²² El art. 1272 CC español señala que «No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles» y el art. 1261.2 CC español, que «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: [...] 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato». La PMCC, inspirada en la idea de «facilitar la existencia del contrato o el hecho de que éste se considere celebrado desde el punto de vista jurídico» [*Exposición de motivos* de la PMCC, VI] modifica esta regla, y en sintonía con los textos de Derecho contractual más modernos, se establece que «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo» (art. 1303 PMCC). Así, en la PMCC, la imposibilidad inicial no se concibe como una causal de nulidad del contrato por falta de objeto; siendo, como señala GÓMEZ CALLE, «evidente, en este punto, la proximidad de la PMCC con el DCFR» [(2012 (1) p. 52]. Para un estudio del artículo 1303 de la PMCC, y su contraste con los modernos textos de Derecho contractual, y con el Derecho español vigente, FENOY PICÓN (2010) pp. 100-116, y RIBOT IGUALADA (2015).

[42] La exigencia de los PLDC 2016 de un objeto *posible*, considerado como elemento *esencial* del contrato, plantea, otra vez, la pregunta acerca de si no convendría indicar expresamente que la sanción, en tal caso, es la *nulidad absoluta*, considerando que la inexistencia del contrato parece haber sido descartada por el *Grupo*. *Sin embargo*, hay que tener presente que, a diferencia de lo que ocurre con la omisión de solemnidades exigidas por ley, *en el supuesto de la falta de objeto es difícil identificar un interés general que justifique la aplicación de la nulidad absoluta del contrato* (considerando, además, su estricto régimen: legitimación de cualquiera que tenga interés; deber del juez de declararla de oficio). Y de ahí que, como ha propuesto Fenoy Picón, podría sostenerse un «posible camino interpretativo alternativo» para afirmar que la sanción, en el caso de la imposibilidad inicial del objeto, sea la *nulidad relativa*. La autora explica que «la subsunción en la nulidad relativa podría justificarse en que ese es el régimen jurídico que corresponde aplicar, según el artículo 41, segunda regla, PLDC [que señala que la nulidad relativa procede] «solo en protección del interés de ciertas personas»¹²³; aunque de inmediato la autora admite que «la interpretación de la nulidad absoluta es más respetuosa con la tradición de los códigos civiles latinoamericanos»¹²⁴.

En todo caso, lo que se acaba de señalar es sin perjuicio de ciertos *casos* en los que la imposibilidad originaria del objeto *podría* resolverse a través de la *nulidad relativa*, como lo ha sugerido De la Maza Gazmuri¹²⁵. *Tales serían los casos en los que haya existido error de ambas partes en relación con este punto (la posibilidad del objeto), y siempre que ese error cumpliera los requisitos para que el contrato pueda ser anulado* (en virtud de lo dispuesto en los arts. 28 y 29 PLDC 2016). *En mi opinión*, la posibilidad de admitir la nulidad relativa en un supuesto de imposibilidad inicial mediante el recurso a la doctrina del error, es algo *razonable y justificado* en aquellos sistemas en los que se rechaza que la imposibilidad inicial afecte la validez del contrato, tal como ocurre en los PECL. En efecto, en el sistema de los PECL, «la regla de que el contrato celebrado sobre una prestación originalmente imposible no es nulo por esa razón, no significa que la vinculación del deudor a la prestación imposible sea incondicionada. Naturalmente, un contrato celebrado sobre una prestación imposible puede ser anulado por error común a las dos partes contratantes, siempre, lógicamente, que concurren

¹²³ FENOY PICÓN (2017) p. 607. Como da cuenta la propia autora, tal opinión había sido expuesta previamente, en las Jornadas de Discusión sobre los PLDC, celebradas en Madrid el año 2015, y así lo recoge SAN MIGUEL PRADERA (2016) pp. 999-1000.

¹²⁴ FENOY PICÓN (2017) p. 608.

¹²⁵ Según se recoge en SAN MIGUEL PRADERA (2016) p. 997.

los demás requisitos para que el error sea considerado como relevante»¹²⁶. Pero, tratándose del sistema de los PLDC 2016, me parece, *si uno quiere construir un sistema coherente*, que habría que *concluir* que el hecho de que se haya incurrido en un error sobre la posibilidad de la prestación es *irrelevante*, porque *la posibilidad del objeto es un requisito esencial del contrato*, y porque, dado que la nulidad relativa requiere intervención judicial (ya se ha dicho que no se admite la anulación extrajudicial por notificación, *supra* [17]), *el juez*, si se acredita durante el juicio la imposibilidad inicial (alegándose la nulidad relativa por error), *podría (y debería) declarar de oficio la nulidad absoluta*.

En los otros textos sobre *Principios de Derecho contractual* (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR), la afirmación de que la validez del contrato no se ve afectada por la imposibilidad inicial *se extiende al caso de que no se tenga facultad o poder de disposición respecto del bien objeto del contrato* [Art. 3.1.3 (2) Principios UNIDROIT¹²⁷; y los ya citados 4:102 PECL y II.-7:102 DCFR¹²⁸]. Los comentarios que acompañan a esos textos sugieren que hay razones más convincentes que en el caso de la imposibilidad inicial para entender que el contrato *es válido*¹²⁹. Con todo, hay que considerar que la razón de explicitar tal regla puede hallarse en que algunos sistemas jurídicos establecen la nulidad del contrato de compraventa celebrado bajo tales circunstancias¹³⁰; o bien, no dicen nada al respecto¹³¹. La omisión de los PLDC 2016 en este

¹²⁶ Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 223

¹²⁷ Art. 3.1.3 (2) Principios UNIDROIT: «*Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato*».

¹²⁸ Véase *supra*, nota 120.

¹²⁹ Comentario 2 del art. 3.1.3 [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 115]. En el mismo sentido, los redactores del DCFR señalan, explicando esta regla, que «*is an even more clear case where it would be bad policy to preclude the formation of a contract. It might be perfectly possible for the seller to obtain the asset, or to acquire authority to dispose of it, by the time the obligation to transfer ownership falls to be performed. In practice many contracts are entered into in relation to assets which do not yet exist but which are expected to exist by the time when the obligation falls to be performed*» [Comment del art. II.-7:102 (VON BAR /CLIVE, *DCFR full*, p. 482)].

¹³⁰ Art. 1599 *Code civil*: «*La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui*». Como explica PASQUAU LIAÑO, «la jurisprudencia [francesa] ha aclarado que se trata de una nulidad relativa, en favor del comprador, y que el contrato puede convalidarse si, antes del ejercicio de la acción de nulidad, desaparece el riesgo de evicción porque, por ejemplo, el vendedor haya adquirido la propiedad de la cosa vendida», y agrega a continuación que «este precepto es totalmente coherente con el sistema consensualista de transmisión de la propiedad: si la transmisión es el efecto directo del contrato, la falta de legitimación, es decir, de poder de disposición, es una irregularidad *ab initio* que impide la producción de los efectos contractuales y, por tanto, debe ser considerada como causa de nulidad» [(2008) p. 380].

¹³¹ En España, por ejemplo, no hay solución expresa, y el punto «ha ocasionado algunos quebraderos de cabeza» [DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 224]. Para una revisión crítica de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en relación con esta cuestión, con un análisis de los diferentes supuestos que se distinguen en doctrina, véase RAGEL SÁNCHEZ (2012).

punto puede explicarse porque en la tradición *latinoamericana* tal aclaración resulta *innecesaria*; el Código de Bello y también otros códigos latinoamericanos establecen expresamente que «*la venta de cosa ajena vale*»¹³², conservándose, en este punto, la tradición romana, tal cual fuera recogida en *Las Partidas*, y en contra de la regla que recogió el Código civil francés¹³³.

c) Falta de causa

[43] Los PLDC 2016 requieren que el contrato tenga una causa (arts. 9 y 39), tal como exigen los códigos latinoamericanos, que siguieron, en este punto, al *Code civil*¹³⁴. Se separan, por tanto, de la aproximación de textos más modernos, en los que no se recoge este requisito¹³⁵, y del propio *Code civil*, en el que, tras su reforma de 2016, ha desaparecido (al menos, desde un punto de vista formal)¹³⁶. Tal como en los supuestos analizados anteriormente,

¹³² Art. 1815 CCCh: «*La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo*»; la misma formulación se encuentra en el art. 1871 CCCol; y en términos muy parecidos, en el art. 1754 CCEcu y en el art. 1669 CCUrg. Por su parte, el art. 743 CCParag señala: «*Los bienes ajenos pueden ser objeto de la compraventa. Si en el momento del contrato la cosa vendida no era de propiedad del vendedor, este está obligado a procurar su adquisición al comprador*». En términos similares, el art. 1132 CCyCArg dispone: «*La venta de la cosa total o parcialmente ajena es válida, en los términos del artículo 1008. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador*».

¹³³ Sobre la validez y eficacia de la venta de cosa ajena en el Derecho chileno, con una revisión de las bases históricas de la regla, véase DE LA MAZA/TORRES URZÚA (2015).

¹³⁴ Véase, *supra*, nota 100; en relación con la exigencia de una causa lícita, como elemento del acto. Por otro lado, el *Código de Bello* reitera, en su artículo 1467, que «*No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato [...] Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa [...]*» (idéntico al 1524 CCCol y 1483 CCEcu; cuyo contenido corresponde, sustancialmente, al de los arts. 1131 a 1133 del *Code civil* de 1804). La existencia de causa es exigida, en términos parecidos, en otros códigos latinoamericanos [arts. 1287-1290 CCUrg y arts. 281-283 CCyCArg].

¹³⁵ Así, por ejemplo, el art. 3.1.2 Principios UNIDROIT señala: «*Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional*». Este artículo, según los comentarios oficiales, tiene por objeto precisar, entre otras cosas, que no es necesaria «la causa, existente en algunos países de tradición jurídica romanista y que para efectos prácticos funciona de manera muy similar a la *consideration*» [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 112]. La regla se recoge también, con la misma función, en el art. 2:101 PECL (transcrito, *supra*, nota 63), y también en el art. II.-4:101 DCFR (*Requisitos para la celebración de un contrato*) [Comment E (VON BAR / CLIVE, *DCFR full*, p. 290)].

¹³⁶ En este sentido, explica FAUVARQUE-COSSON que si bien el concepto de causa ha desaparecido, su función principal se mantiene, especialmente a través de la noción de ilegalidad y a través de varias disposiciones que mantienen un cierto balance en el contrato. La autora apunta, además, que ello debería introducir una mayor seguridad jurídica, y que, de hecho, la creatividad judicial en relación con la noción de causa es precisamente la razón que explica que el concepto de causa se haya vuelto tan controversial y haya llevado a tanta incertidumbre [(2015) p. 6]. Para un estudio en profundidad sobre el abandono de la noción de causa en el *Code civil*, tras su reforma, véase, por ejemplo, WELLER (2015) y

los PLDC 2016 no establecen cuál es la sanción por la falta de causa, pudiendo ser aplicable lo que se ha dicho en relación con las posibles sanciones por falta de objeto (puede considerarse una causal de inexistencia o de nulidad absoluta). Simplemente conviene apuntar, que la justificación de la conservación de la causa en los PLDC 2016 tiene, como *problema añadido*, el hecho de *que la noción y función de la causa es un aspecto que siempre ha generado una gran discusión en la doctrina*¹³⁷.

d) Falta de capacidad

[44] En el *Código de Bello* se establece que, además del objeto ilícito, la causa ilícita y la omisión de solemnidades, hay nulidad absoluta en los actos y contratos celebrados por personas *absolutamente incapaces*¹³⁸. En los PLDC 2016 no se dice nada en relación con la capacidad de las partes, y no parece posible afirmar que la omisión de alguna referencia a esta materia (como una potencial causal de nulidad del contrato) sea una decisión consciente del *Grupo*. Al menos, no existe constancia en las actas de que el punto se haya discutido. En mi opinión, podría considerarse que tal omisión es *inocua*, en la medida que se entienda que el ámbito natural de aplicación de los PLDC 2016 es el tráfico jurídico-comercial *transfronterizo*. Sin embargo, como se ha señalado, la aplicación de los PLDC no se restringe a ese comercio, y alcanza también (o al menos pretende alcanzar) a las relaciones contractuales *internas* [art. 1(1) PLDC 2016]. Por tanto, los PLDC 2016 podrían ser aplicables a un contrato interno, en la medida que las partes se sometieran a esos principios [art. 1(3) PLDC 2016]. ¿Significa ello que podría excluirse, por la aplicación de los PLDC, la incapacidad como una causal de nulidad del contrato? En mi opinión, la respuesta, obviamente, es *negativa*, porque los PLDC «*no restringen la aplicación de las normas imperativas*» (art. 2 PLDC 2016) y las

WICKER (2015). Una presentación general sobre el punto, en MOMBERG URIBE (2015) especialmente, p. 131 y ss.

¹³⁷ Tanto en el Derecho francés previo a la reforma de 2016 y desde muy antiguo [MOMBERG URIBE (2015) p. 131], como en el Derecho chileno, en el que, básicamente, se reproduce la discusión de la doctrina francesa de finales del siglo XIX sobre la utilidad de la noción causa [una síntesis de las principales posiciones en la doctrina chilena, en ALCALDE RODRÍGUEZ (2007)]. En todo caso, y aun cuando se discute su necesidad y función, en el Derecho chileno la noción de causa ha sido utilizada, precisamente, para declarar nulo, de nulidad absoluta, ciertos contratos, como muestra BARAONA GONZÁLEZ (2012), precisamente, porque no existía en ellos «causa», por lo que, en la práctica, ella se muestra útil.

¹³⁸ Art. 1682 CCCh (transcrito, *supra* nota 100); de tenor idéntico a los art. 1741 CCCol; art. 1560 CCUrug; 1698 CCEcu.

normas de los Estados relativas a la capacidad de las personas *son, desde luego, normas imperativas*¹³⁹.

Desde luego, la exclusión de la incapacidad de contratar no es una cuestión que pueda estimarse *novedosa* en el texto de los PLDC 2016. Tanto en los Principios UNIDROIT como en el modelo PECL/DCFR, en los relativos capítulos sobre la nulidad, *se excluye el tratamiento de la incapacidad como causal de nulidad*¹⁴⁰. En estos textos, sin embargo, la exclusión es *consciente*; se señala expresamente que esa materia se excluye, y en los respectivos comentarios se explica que en relación con ese tema existe una «complejidad inherente» y que ello, sumado al «diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión»¹⁴¹, y además, «porque es materia más propia del Derecho de personas que del Derecho de contratos»¹⁴².

IV. BREVES REFLEXIONES FINALES

[45] La iniciativa consistente en proponer unos *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* es, desde luego, encomiable, y sin duda ha sido beneficiosa en muchos sentidos: ha permitido estrechar lazos institucionales en América Latina, ha fortalecido la colaboración entre los juristas latinoamericanos, y creo, ha puesto de relieve la importancia y conveniencia de considerar las soluciones legales de los países de la región, invitando a la academia a realizar un ejercicio de Derecho comparado que no se limite a mirar lo que se hace en el viejo continente.

[46] Ahora, en relación con el objeto de estudio de este trabajo, no puede perderse de vista que la inclusión en los PLDC 2016 de un capítulo específico sobre la nulidad del contrato, y en particular, la exigencia de los elementos esenciales del contrato y de la figura de nulidad absoluta, *obedecen*, como se ha dicho, *a una decisión tardía* en el desarrollo del trabajo del *Grupo*. Y sin duda ello explica que el *texto propuesto, en relación con esas materias, no parezca ser fruto de un trabajo madurado*. Creo que los defectos forma-

¹³⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ/SOMARRIVA UNDURRAGA (2011) t. 1, p. 46-47.

¹⁴⁰ Art. 3.1.1 Principios UNIDROIT: «*El presente Capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes*»; Art. 4.101 PECL (*Cuestiones no incluidas*): «*Este capítulo no trata de la invalidez que deriva de la ilegalidad, inmoralidad o falta de capacidad*»; y Art. II.-7:101 DCFR (*Ámbito de aplicación*): «(2) *No regula la falta de capacidad*».

¹⁴¹ Comentario del art. 3.1.1 Principios UNIDROIT [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 111].

¹⁴² VON BAR/ CLIVE, *DCFR full*, p. 479; y recogiendo la misma idea, comentando la respectiva regla de los PECL, DIEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 219.

les en la redacción de las normas, la forma en que se estructura el capítulo 3 sobre nulidad y la particular articulación de sus reglas, y especialmente, la *inconsistencia* que existe entre la comprensión del contrato (sobre la base de la *exigencia de unos elementos esenciales*) y la regulación de la *nulidad absoluta* (que no se hace cargo de esos elementos), son todos aspectos que pueden explicarse precisamente por esa razón.

[47] A mi juicio, sería deseable una revisión completa de esta materia, comenzando por el artículo 41 PLDC 2016. En este sentido, y más allá de una revisión formal del tenor de ese artículo (que, convendría en todo caso, y que, como se ha indicado, podría realizarse sobre la base de las críticas que en su lugar he apuntado; *supra* [26]); si se pretende conservar la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa, quizás lo que convenga sea caracterizar esas dos clases de nulidad a partir de su diferente *fundamento* (la protección del interés público vs. la protección de intereses particulares), que es precisamente lo que, puede llegar a entenderse, está en la base del texto del art. 41 PLDC 2016, como se ha sostenido (*supra* [28]). En una reformulación de esta materia, convendría, además, *dotar de mayor coherencia a la regulación propuesta*. Si el texto definitivo de los PLDC va a conservar finalmente la referencia a los «elementos del contrato» (objeto, causa, el cumplimiento de ciertas solemnidades), y se va a mantener, también, una regulación de la nulidad absoluta, entonces convendría vincular adecuadamente esos dos grupos de reglas, respondiendo con claridad, si la falta del objeto o de la causa son consideradas, en el sistema de los PLDC, causales de nulidad absoluta. Y lo mismo puede decirse en relación con la *ilicitud del objeto y la causa*, nociones que, convendría, además, definir con mayor claridad, pues la caracterización de tales conceptos a partir de la idea de la contravención «de la ley», del «orden público» y de «las buenas costumbres», plantea no pocos problemas interpretativos [como se ha expuesto *supra* [30] y ss.], dada la naturaleza de los PLDC.

[48] Más allá de que me parece evidente que, al menos en lo que respecta a la materia de la nulidad absoluta, la pretensión de los PLDC 2016 de ser Derecho aplicable a las «*relaciones contractuales internas*» difícilmente puede materializarse, me parece que, *la regulación de la nulidad absoluta que ofrecen los PLDC 2016, tal como está, difícilmente puede servir a alguno de los otros fines a los que aspiran sus redactores*. Y es que, aun cuando se superasen sus defectos formales, el sistema que se ofrece no es suficientemente desarrollado ni coherente como para estimarse útil como

instrumento de interpretación del Derecho interno; menos aún para inspirar reformas. De hecho, los PLDC 2016 no parecen ofrecer respuesta a las cuestiones que el régimen de la nulidad absoluta suele plantear en el Derecho interno (si el acto ha de tenerse, o no, por válido mientras no se declare su nulidad; si cabe saneamiento por transcurso del tiempo; si la nulidad absoluta deja espacio para la teoría de la inexistencia, etc.). Y de ahí que, de momento, *en esta materia*, resulte muy difícil reconocer a los PLDC 2016 siquiera *un particular valor como documento académico*. No, al menos, mientras no se ofrezca a la comunidad unos comentarios oficiales, que, quizás, pudieran arrojar algo de luz sobre la justificación de las reglas adoptadas en el texto.

ADENDA

Con posterioridad al envío del manuscrito de este trabajo al *Anuario de Derecho civil*, el *Grupo* se reunió oficialmente y por última vez, en la ciudad de Bogotá (Colombia), en agosto de 2017. En dicha oportunidad se adoptó un nuevo (y previsiblemente definitivo) texto de los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos*. Esta nueva versión de los PLDC permanece inédita, y no ha sido dada a conocer a la comunidad jurídica por ningún medio.

En general, puede decirse que los cambios respecto de los PLDC 2016 son menores, y no afectan la estructura general del texto. *Sin embargo*, en esta nueva versión, se ha *reformulado el Capítulo 3 de los PLDC 2016*, recogiendo varias de las directrices presentadas en este trabajo. Considérese que una buena parte de las críticas y de las propuestas que se realizan en este trabajo fueron presentadas en el Congreso sobre los PLDC que se celebró en julio de 2017 en Valparaíso (Chile), en el que se me invitó a exponer en la mesa dedicada a la nulidad del contrato. Mi exposición se basó, precisamente, en este trabajo. Por otro lado, un poco antes, el profesor Carlos Pizarro Wilson, coordinador del *Grupo*, me había pedido enviarle una versión preliminar de este trabajo, texto que fue tenido en cuenta en la reunión de Bogotá de agosto de 2017.

Entre estos cambios, interesa especialmente destacar que el capítulo 3 lo abre un nuevo artículo 41, que dispone «La nulidad es absoluta cuando se ve afectado el interés general y relativa cuando solo afecta intereses particulares». Por su parte, el contenido del artículo 41 PLDC 2016, que se ha analizado en este trabajo, se conserva parcialmente, solo en la parte referida a la nulidad absoluta, y

además, se ha trasladado a la Sección 1 (*Nulidad absoluta*), bajo un nuevo artículo 45 (*Causales*): «Los contratos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta». La otra parte del artículo 41 PLDC 2016, referida a la nulidad relativa, desaparece, y con ella, desaparecen también varias de las críticas que en este trabajo se plantean a la redacción del artículo 41 PLDC 2016 (*supra* [26]).

Además se han realizado otros cambios al interior del capítulo 3, en sintonía también con lo propuesto en este trabajo (*supra* [23]). Así, por ejemplo, el art. 46 PLDC 2016 (*Legitimación*), que se ha criticado porque su leyenda no da cuenta del contenido, y porque el artículo reúne dos reglas entre las que no existe relación, es modificado en esta nueva versión. Y el contenido del artículo 44 PLDC 2016 (*Imposibilidad de restitución*), que está ubicado en la Sección 1 (*Nulidad absoluta*), en la nueva versión es trasladado a la Sección 3 (*Efectos*), tal como se propone en este trabajo.

ANEXO

[Capítulo 3 (Nulidad del contrato) de los PLDC 2016]

Artículo 41. Nulidad absoluta y relativa

Los contratos que contravienen la ley, el orden público o las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta. Son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

Artículo 42. Forma de alegar la nulidad

La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción.

Sección 1. Nulidad absoluta

Artículo 43. Legitimación

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 44. Imposibilidad de restitución

No habrá lugar a restituciones a favor de quien sabía o debía saber el vicio de nulidad absoluta.

Artículo 45. Imposibilidad de convalidación de la nulidad absoluta

El contrato nulo de nulidad absoluta no puede ser convalidado.

Sección 2. De la nulidad relativa

Artículo 46. Legitimación

La nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece. Puede ser saneada por convalidación del contrato y por la prescripción de la acción.

Artículo 47. Nulidad total o parcial

(1) Si se pronuncia la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato, éste subsistirá 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 último caso, el juez debe pronunciar la nulidad íntegra del contrato.

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

Artículo 48. Convalidación

(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 y, en ningún caso perjudica a terceros de buena fe.

Artículo 49. Opción con los medios de tutela

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

Sección 3. De los efectos de la nulidad

Artículo 50. Efectos de la nulidad

(1) La nulidad producirá la extinción del contrato.

(2) Anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor.

Artículo 51. 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 por su parte lo que le incumba.

Artículo 52. Efecto respecto de terceros

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

BIBLIOGRAFÍA

- AJANI, Gianmaria/ANDERSON, Miriam/ARROYO AMAYUELAS, Esther/PASA, Barbara: (2010), *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona.
- ALESSANDRI BESA, Arturo: (2010), *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: (2011), *De la compraventa y la promesa de venta*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: (2011), *Tratado de Derecho civil. Partes preliminar y general*, Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique: (2007), «Hacia una reformulación del concepto de «causa» y su proyección en el Código civil», en UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (edit.), *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 161-194.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: (2012), «La doctrina de la causa y su eficacia práctica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 (2), pp. 523-527.
- BENAVENTE, María Isabel: (2015), «Comentarios a los arts. 332 a 357», en HERRERA, Marisa/ CAMELO, Gustavo/ PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado, Tomo I. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Infojus, Buenos Aires, pp. 529-546.
- (2015b) «Comentario de los arts. 382 a 397», en HERRERA, Marisa/ CAMELO, Gustavo/ PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado, Tomo I. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Infojus, Buenos Aires, pp. 585-607.
- BOCH CAPDEVILLA, Esteve: (2012), «Libro II. Capítulo 7, Causas de invalidez del contrato», en VAQUER, A./BOSCH, E./SÁNCHEZ, M. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier, Barcelona, t. I, pp. 502-503.
- BONELL, Michael Joachim: (2011), «The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, vol. 16, n. 3, pp. 517-536.
- BORGES FORTES, Rubim: (2016), «The future of contract law in Latin America», *European Review of Private Law*, (2), pp. 287-296.
- CLARO SOLAR, Luis: (1939), *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, Tomo XII. De las Obligaciones*, Imprenta Nascimento, Santiago de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán: (2008), «Ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante», en GUZMÁN BRITO, A. (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 671-689.
- DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille: (2010), *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero), 11.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México; México D. F.
- DE ELIZALDE IBARBIA, FRANCISCO: (2017), «Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», *Anuario de Derecho civil*, (3), pp. 1145-1149.

- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo: (2015), «El error en los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos», en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.a P. (edits.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, pp. 789-798.
- DE LA MAZA, Íñigo/TORRES URZÚA, Ignacio: (2015), «La protección del comprador en la venta de cosa ajena», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n. 3, pp. 785-818.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: (2001), *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil*, 2.^a ed., Palestra Editores, Lima (t. III).
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, Encarna/MORALES MORENO, Antonio Manuel: (2002), *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: (2002), «Nulidad absoluta. Necesidad de acreditar el interés patrimonial y actual en su declaración. Momento en que ha de existir el interés», *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n. 211, año 70, pp. 269-273.
- DUCCI CLARO, Carlos: (2010), *Derecho civil. Parte general*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: (2010), «La nulidad parcial», en TAVOLARI OLIVEROS, R. (edit.), *Doctrinas Esenciales. Edición Bicentenario. Derecho civil. T. II*, Jurídica de Chile, Santiago, pp. 455-482.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal/RODRÍGUEZ DÍEZ, Javier: (2013), «Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del Proyecto de Principios latinoamericanos de los contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 21, pp. 137-216.
- FABRES, José Clemente: (1889), «Examen crítico jurídico de la nulidad y la rescisión». Discurso pronunciado en la Universidad de Chile el año 1867», en LATORRE, E. (edit.), *Memorias y discursos universitarios sobre el Código civil chileno. Libro IV del Código*, Imprenta de los Debates, Santiago, pp. 67-108.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte: (2015), «Towards an important reform of the French Civil Code», *Montesquieu Law Review*, n. 3, pp. 1-15.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte./MAZEAUD, Denis (edits.): (2008), *European Private Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, München.
- FENOY PICÓN, Nieves: (2010), «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión de Codificación. Parte primera. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, (1), pp. 47-136.
- (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», *Anuario de Derecho Civil*, (3) pp. 801-1043.
- (2017), «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *Anuario de Derecho civil*, (2) pp. 473-785.
- FERRANTE, Alfredo: (2014), «¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios Latinoamericanos de contratos?», *Revista chilena de Derecho privado*, n. 22 (2014) julio, pp. 9-49.
- (2016), «¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos», *Revista de Derecho Privado de la Universidad del Externado de Colombia*, n. 30, pp. 107-127.

- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso: (1889), *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona.
- GARRO, Alejandro: (1992), «Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades», *Themis*, n. 24, pp. 13-40.
- GARRO, Alejandro (dir. de la versión española); Y RODRÍGUEZ OLMOS, Javier/ PERALES VISCASILLAS, Pilar (colaboradores de la versión española): (2010), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, La Ley-Wolters Kluwer España, Madrid.
- GÓMEZ CALLE, Esther: (2012), «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco común de referencia», *Anuario de Derecho Civil*, (1) pp. 29-102.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: (2015), «"The Future of Contract Law in Latin America", 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)», *Anuario de Derecho Civil*, (3) pp. 1083-1090
- GUARDIA, Amelia: (2006), «La codificación civil de Páez» *Politeia*, v. 29, n. 36, pp. 171-198.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: (1982), *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile.
- (2005), «La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas», *Cuadernos de Actualidad Jurídica*, n. 2, pp. 27-60.
- (2006), *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thompson-Aranzadi, Pamplona.
- (2006b), «El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile», *Anuario de Derecho civil*, n. 3, pp. 1283-1301.
- (2007), «La promesa obligacional en las «partidas» como sede de la doctrina general de las obligaciones», *Revista chilena de Derecho*, n. 34 (3) pp. 395-404.
- HOUTCIEFF, Dimitri: (2008), «Le contenu de contrat», en TERRÉ, F. (coord.), *Pour une réforme du Droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 183-218.
- (2008b), «Les sanctions des règles de formation des contrats», en TERRÉ, F. (coord.), *Pour une réforme du Droit des contrats*, Dalloz, Paris, pp. 223-242.
- INFANTE RUIZ, FRANCISCO/OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO: (2009), «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *InDret*, 3/2009, pp. 1-58.
- JEREZ DELGADO, Carmen: (2011), *La anulación del contrato*, Civitas, Madrid.
- JEREZ DELGADO, Carmen (coord.): (2015), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE (Colección Derecho Privado), Madrid.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert, (dir.): (2008), *Código civil Alemán*, Marcial Pons, Madrid.
- LANDO, Ole/BEALE, Hugh (edits.): (2000), *Principles of European Contract Law. Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague.
- LANDO, Ole/CLIVE, Eric/PRÜM, André./ZIMMERMANN, Reinhard (edits.): (2003), *Principles of European Contract Law. Part. III. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague.

- LÓPEZ DÍAZ, Patricia: (2015), «Por una noción amplia de lesión en el Código Civil chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el borrador de los Principios latinoamericanos de contratos», en VIDAL OLIVARES, Á./SEVERIN FUSTER, G./MEJÍAS ALONZO, C. (coords.), *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 699-723.
- MACQUEEN, Hector: (2011), «Illegality and immorality in Contracts: Towards European Principles» en HARTKAMP, A./HESSELINK, M./HONDIUS, E./MAK, C./DU PERRON, E. (edits.) *Towards a European Civil Code*, 4.ª ed., Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, pp. 555-570.
- MELÓN INFANTE, Carlos: (1955), *Código civil alemán (BGB). Traducción directa del alemán al castellano, acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, Bosch, Barcelona.
- MEREMÍNSKAYA, Elina: (2003) «Impactos de la Integración económica en la aplicación del Derecho privado», *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 15, pp. 59-73.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: (2013) «El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato», *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 26, n. 1, pp. 9-27.
- (2014), «El Código civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos», *Opinión Jurídica (Universidad de Medellín)*, v. 13, n. 26, pp. 159-172.
- (2014b), «Harmonization of Contract law in Latin American. Past and present initiatives», *Uniform Law Review*, pp. 1-18.
- (2014c), «Harmonisation of Contract Law in Latin America: Efforts and failures», en MILO, J. M./LOKIN, J. H. A./SMITS, J. M. (edits.), *Tradition, Codification and Unification Comparative–Historical Essays on Developments in Civil Law*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, pp. 195-208.
- (2015), «La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar», *Revista chilena de derecho privado*, n. 24, pp. 121-142
- MOMBERG, Rodrigo/VOGENAUER, Stefan (edits): (2017), *The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: (2014), «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *Anuario de Derecho civil*, (1) pp. 227-254.
- MORALES ORTIZ, María Elisa: (2015), «Informe sobre Conferencia internacional «The Future of Contract Law in Latin America»», *Revista de Derecho civil (Notarios y Registradores)*, vol. 2, n. 3, pp. 221-225.
- MORO ALMARAZ, María Jesús: (2014), «La modificación de la Ley de Consumidores», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2 (junio), pp. 11-16.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo: (2014), «La integración jurídica americana. Su historia, actualidad y futuro», *Foro, nueva época*, n. 17, n. 1, pp. 273-291.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: (2008), «La transmisión de la propiedad por contrato: una reflexión sobre el sentido actual de la exigencia de *traditio* o entrega», en PIZARRO WILSON, C/MANTILLA ESPINOSA, F. (coords.), *Estudios de derecho privado: en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 375-386.
- PEIRANO FASCIO, Jorge: (1964), «El Código civil de Bello y su influencia en los principales Códigos Latinoamericanos», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Cuarta época*, vol. 4, n. 4, pp. 64-76.

- PIZARRO WILSON, Carlos (coord.): (2012), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: (2012), «La venta de cosa ajena. Distinción de supuestos», en GÓMEZ LAPLAZA, M.a C., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios Europeos y Draft*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 45-87.
- RAMBERG, Christina: (2016), «Principles of Latin American contract law: conference notes», *Uniform Law Review*, v. 21, pp. 129-136.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: (2015), «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho civil (Notarios y Registradores)* vol. 2, (n. 3), pp. 1-66.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: (1995), *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bimembre de la nulidad*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ROJAS GONZÁLEZ, Germán: (2001), *Manual de Derecho civil*, Ecoe Ediciones, Bogotá.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: (2016), «Los principios latinoamericanos del 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*, (3), pp. 991-1083.
- SCHMIDT HOTT, Claudia: (1999), «Ampliación del ámbito de aplicación de la lesión», *Revista de Derecho y Humanidades*, n. 7, pp. 225-231.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: (1955), *Evolución del Código civil chileno. Homenaje al centenario de su promulgación*, Editorial Nascimento, Santiago.
- STORME, Mathias: (2006), «Freedom of contract. Mandatory and non-mandatory rules in European Contract Law», *Jurídica Internacional*, n. 9, pp. 34-44.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Cristian Augusto: (2012), «Eficacia de los principios de contratación en el proceso de unificación del Derecho Internacional Privado: comparación entre la unificación jurídica latinoamericana y la integración europea», *Revista e-Mercatoria (Universidad Externado de Colombia)*, vol. 11, n. 1 pp. 43-101.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio: (2005), *Código civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Jurídica de Chile, Santiago.
- TERRÉ, François (dir.): (2009), *Pour un réforme du droits de contrats*, Dalloz, Paris.
- TITO AÑAMURO, John Alberto: (2013), «Hacia un modelo de armonización del Derecho contractual Latinoamericano», *Universitas*, n. 126, pp. 239-264.
- UNCETA LABORDA, Miguel: (2013), «Principios de Unidroit e ilicitud del contrato internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n. 2, pp. 620-628.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: (2015), «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los principios latinoamericanos de derecho de contratos (PLDC)», en VAQUER ALOY, A./ BOSCH CAPDEVILA, E./ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (edits.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, pp. 745-765.
- VON BAR, Cheisman/ CLIVE, Eric (edits.): (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*. Prepared by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, München.
- WALKER SILVA, Nathalie: (2012), «Derecho de opción del contratante vencido en juicio por lesión enorme. Orígenes e interpretación del artículo 1890 del Código civil», *Revista Chilena de Derecho*, n. 39, (2), pp. 297-312.

- WELLER, Marc-Philippe: (2015), «La cause dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015», en SCHULZE, R./WICKER, G./MÄSCH, G./MAZEUAD, D. (dirs.), *La réforme du droit des obligations en France*, Société de législation comparée, Paris, pp. 139-149.
- WERZ, Nikolaus/LORINI, Irma: (1992), «Aspectos del pensamiento político y cultural en Latinoamérica», *Ibero-amerikanisches Archiv*, v. 18 (1992), n. 3, pp. 429-443.
- WICKER, Guillaume: (2015), «La suppression de la cause et les solutions alternatives», en SCHULZE, R./WICKER, G./MÄSCH, G./MAZEUAD, D. (dirs.), *La réforme du droit des obligations en France*, Société de législation comparée, Paris, 2015, pp. 107-137
- ZIMMERMANN, Reinhard: (1990), *The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 1.^a ed, Juta and Co., Cape Town, 1990 (reimpresión 1992).
- (2005), *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Arroyo i Amayuelas, E., Bosch, Barcelona.
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein: (1998), *An introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Oxford University Press.