

Los Principios Latinoamericanos  
de Derecho de los Contratos. Una mirada desde  
el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017,  
Pontificia Universidad Católica  
de Valparaíso (Chile)

**BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ\***

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (Titular acreditada)  
Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN**

*Este trabajo expone la regulación de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos en el contexto del Derecho europeo, latinoamericano y uniforme del Derecho de Contratos a través de la síntesis de las ponencias que se presentaron en el Congreso Internacional celebrado al efecto en julio de 2017 en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*

**PALABRAS CLAVE**

*Derecho de contratos; Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos; lex mercatoria; Representación; Formación del contrato; Buena fe; Error; Restituciones; Nulidad del contrato; Resolución del contrato por incumplimiento; Imprevisión; Caso fortuito; Imposibilidad; Incumplimiento; Nachfrist; Remedios del incumplimiento; Indemnización de daños y perjuicios; Cláusula penal.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Los Principios latinoamericanos de derecho de contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» (DER2014-53972-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y codirigido por los Profesores Nieves FENOY PICÓN y Antonio Manuel MORALES MORENO.

**ABSTRACT**

*This paper explains the Principles of Latin American Contract Law from the perspective of the European Contract Law, the Latinoamerican Contract Law and the Uniform Contract Law. This was the object of the International Conference held in the Catholic Pontifical University of Valparaíso last July: the main conclusions of that conference are summarized in this paper.*

**KEYWORDS**

*Contract Law; Principles of Latin American Contract Law; Lex mercatoria; Agency; Formation of the contract; Good faith; Mistake; Restitutions; Nullity of the contract; Termination for non performance; Change of circumstances; Force majeure; Impossibility; Non performance; Nachfrist; Remedies for non performance; Damages; Penalty clause.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Conferencias inaugurales y de cierre.*—III. *Funciones y aplicación de los PLDC.*—IV. *Representación en los PLDC.*—V. *Formación del contrato: buena fe, error, información y confianza.*—VI. *Restituciones en los PLDC. Nulidad y resolución ¿Sistema único o diferenciado?*—VII. *La nulidad del contrato ¿Qué mejoras introducir para una coherencia en el sistema de ineficacias?*—VIII. *Imprevisión.*—IX. *Caso fortuito, imposibilidad y remedios del acreedor.*—X. *La indemnización de daños en los PLDC.*—XI. *Cláusula penal.*—XII. *Valoración final.*

**I. INTRODUCCIÓN**

Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (a partir de ahora PLDC) constituyen un texto que es, ya, de sobra conocido entre los juristas, no sólo latinoamericanos, sino también europeos, gracias a la labor de difusión de sus impulsores, que se han preocupado de presentar ante la comunidad científica su trabajo en diversas Jornadas y Congresos de discusión y de análisis<sup>1</sup>. En

<sup>1</sup> Las primeras tuvieron lugar en 2013 (los días 19 y 20 de noviembre) en Santiago de Chile y Valparaíso bajo el título «El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento». Una crónica de estas Jornadas puede verse en MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», en *ADC* (2014) I, pp. 227-254.

Las segundas Jornadas se celebraron en 2015 (el 25 de junio) en Oxford y se titularon *The future of Contract Law in Latin America*. La reseña a este congreso puede verse en GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «The Future of Contract Law in Latin America, 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino

estas líneas se da cuenta del, hasta el momento, último encuentro académico sobre el tema<sup>2</sup>, un Congreso Internacional celebrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile) organizado por el Centro de Estudios de Derecho Privado Latinoamericano (CEDPRIL)<sup>3</sup>, con el auspicio del Magíster en Derecho de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, la colaboración de la Universidad Diego Portales y en el marco de ejecución del Proyecto chileno Fondecyt<sup>4</sup> Regular número 11611380, dirigido por el Profesor De la Maza (Universidad Diego Portales) y el Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, DER 2014-53972-P, codirigido por los Profesores Morales y Fenoy (Universidad Autónoma de Madrid).

Hasta la fecha, existen 5 versiones de los PLDC<sup>5</sup>: el primer borrador es de noviembre de 2013<sup>6</sup>; el segundo, de octubre de 2014; el tercero, de octubre de 2015<sup>7</sup>; el cuarto, de agosto de 2016; la última versión data de septiembre de 2017. El Congreso del que

---

Unido)», en *ADC*, (2015) III, pp. 1083-1090. Además, se han publicado recientemente las actas del mismo en *The future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, editado por los profesores Rodrigo MOMBERG y Stefan VÖGENAUER, ed. Hart Publishing, Oxford, 2017.

Las terceras Jornadas tuvieron lugar en 2016 (los días 16 y 17 de junio) en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo el nombre *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis*. Sobre ellas, véase SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», en *ADC* (2016) III, pp. 991-1038.

<sup>2</sup> Sin contar con los encuentros que periódicamente han mantenido los redactores de los PLDC en orden a su revisión y perfeccionamiento. El último de ellos se produjo el pasado agosto en Bogotá.

<sup>3</sup> Se trata de un centro creado el 10 de abril de 2017, cuyo director es el Profesor Alejandro GUZMÁN BRITO y que tiene como objetivo primordial el de incrementar y promover el estudio del Derecho Privado Latinoamericano mediante la organización de actividades de diversa índole, tales como la realización de cursos de posgrado, la organización de encuentros científicos y la publicación de trabajos científicos. La vocación internacional del Centro quedó patente en la expresión del deseo por parte de sus fundadores de estrechar los lazos, no sólo con las Facultades de Derecho de Chile, sino también con las del extranjero.

Como muestra de las actividades del centro, baste citar aquí la reciente inauguración, el 8 de septiembre de este mismo año, del título de Diplomado en Derecho de Contratos, en la que intervino el conocido y prestigioso Profesor de la Universidad de Oxford John CARTWRIGHT.

<sup>4</sup> Siglas que están por Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico.

<sup>5</sup> A las que habría que añadir el informe con un diagnóstico del Derecho de contratos que cada uno de los países involucrados en el Proyecto (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela) elaboró a partir de un cuestionario de 39 preguntas sobre los aspectos esenciales del Derecho de contratos. Dicho informe se encuentra publicado en PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. (Bases para unos Principios de derecho de los contratos)*, ed. Universidad Externado de Colombia, 2012.

<sup>6</sup> Disponible en MORALES MORENO, *ADC* (2014) I, pp. 241-254.

<sup>7</sup> Disponible en SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) III, pp. 1012-138.

se da cuenta en estas líneas tomó como base de sus discusiones el borrador de agosto de 2016; algunas de las sugerencias que en él se hicieron han sido tenidas en cuenta en la revisión del texto que ha desembocado en la versión de 2017.

Tal y como se desprende del título del Congreso (*Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho Europeo*), su objetivo consistió en contextualizar los PLDC en el marco del Derecho Europeo, lo que se concretó en un análisis crítico, que utilizó como contrapunto algunos Ordenamientos jurídicos del viejo continente (principalmente el francés, el alemán y el español), así como la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>8</sup> (en adelante, CISG), los Principios de Derecho Contractual Europeo<sup>9</sup> (en adelante, PECL), el Marco Común de Referencia<sup>10</sup> (en adelante, MCR) y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT<sup>11</sup> (en adelante, Principios UNIDROIT); no faltaron tampoco las alusiones a los Derechos latinoamericanos. Si se me permite la precisión, diría que la mirada se hizo desde el *Moderno Derecho europeo y uniforme de contratos*: enseguida se comprobará que, una vez más<sup>12</sup>, quedó de manifiesto la tensión existente en los PLDC entre las construcciones tradicionales del Derecho de contratos y las modernas.

El Congreso constó de tres conferencias inaugurales, dos conferencias de cierre y 9 mesas de discusión. En cada una de las mesas el tema era presentado por dos o tres ponentes, que incluían en sus intervenciones la explicación y el fundamento de la regla adoptada en los PLDC y su comparación con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos (si el ponente era latinoamericano) y con el Derecho europeo y uniforme. Las ponencias eran comentadas por dos académicos que, en un tiempo máximo de 5 minutos, generaban una primera discusión en la mesa. Tras ello, se abría el debate al público.

<sup>8</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.

<sup>9</sup> *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. Prepared by the Commission on European Contract Law. Ed. By O. LANDO and H. BEALE. Ed. Kluwer International, 2000.

<sup>10</sup> Study Group on a European Civil Code, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full edition, Volume I, Sellier, European law publishers 2009.

<sup>11</sup> UNIDROIT *Principles on International Commercial Contracts*, published by the International Institute for the unification of Private Law, Rome, 2010.

<sup>12</sup> SAN MIGUEL PRADERA [ADC (2016) III p. 1011], concluía su detallada reseña de las Jornadas celebradas en 2016 constatando que «[e]n estas jornadas ha quedado clara la tensión que ha existido en la elaboración de los PLDC entre la influencia del derecho decimonónico, fundamentalmente europeo, y la influencia de textos del denominado moderno derecho de contratos».

## II. CONFERENCIAS INAUGURALES Y DE CIERRE

La inauguración del Congreso estuvo a cargo de los Profesores Peñailillo (Universidad de Concepción) y Morales (Universidad Autónoma de Madrid).

La conferencia del profesor Peñailillo llevaba como título *El equilibrio contractual ante los PLDC*. Su análisis tuvo muy presente el modelo del Código Civil y Comercial argentino.

La patrimonialidad de la prestación fue el primer aspecto estudiado por el ponente, quien puso de manifiesto que el CC y comercial argentino adopta una posición intermedia, al entender que la obligación ha de ser susceptible de evaluación pecuniaria, pero puede responder tanto a un interés patrimonial como a uno extrapatrimonial del acreedor.

A continuación, el Profesor Peñailillo se centró en las fuentes de las obligaciones, para destacar la consagración explícita en el CC y comercial argentino del enriquecimiento injustificado como fuente, así como la regulación de la promesa unilateral de voluntad inspirada en el Derecho alemán.

Tras aludir al reconocimiento de deuda, destacó que la buena fe no cuenta con una definición en los PLDC, lo que no le pareció criticable, si bien se mostró partidario de que en los Códigos civiles sí exista dicha definición.

Al tratar la causa no pudo por menos que recordar su eliminación en la reciente reforma del Derecho francés; lo que contrasta con su mantenimiento en los PLDC y en el CC y comercial argentino.

Finalizó el ponente señalando que la estipulación a favor de tercero, regulada en los PLDC, no debería formar parte de unos principios generales.

El Profesor Morales tituló su conferencia inaugural *El ejercicio extrajudicial de los remedios por incumplimiento contractual como regla en los PLDC*, título que pone ya de manifiesto el paso decidido que han dado los PLDC hacia la recepción en su seno de la CISG.

La intervención del Profesor Morales tuvo tres partes diferenciadas. En la primera recordó de manera sintética y clara las ideas básicas del Moderno Derecho de Contratos; en la segunda se centró en el ejercicio extrajudicial de los remedios, en general; para, en la tercera, centrarse en el texto de los PLDC y analizar determinados remedios. Aludiré a las ideas esenciales de cada una de estas partes.

Las dos grandes reglas que caracterizan al Moderno Derecho de Contratos son, por un lado, un concepto unitario y neutro de incumplimiento y, por otro, un sistema articulado de remedios. El concepto de incumplimiento es *unitario* puesto que se trata del supuesto básico de cualquier remedio; y es *neutro* porque para apreciar incumplimiento no importa más que el hecho objetivo del incumplimiento, no siendo la culpa un requisito para configurar el supuesto de hecho básico. Cada uno de los remedios exige la concurrencia del supuesto básico más el supuesto complementario, que varía de un remedio a otro. Destacó también el profesor que la idea de obligación desaparece y viene a ser sustituida por la de contrato: y así, lo que se incumple no es la obligación, sino el contrato, lo que permite entender el cumplimiento y el incumplimiento no sólo desde la perspectiva del deudor, sino también, desde la del acreedor.

A continuación, el ponente recordó la tendencia del Moderno Derecho de contratos a facilitar el ejercicio extrajudicial de los remedios, siendo necesario en este punto distinguir entre los remedios que constituyen derechos potestativos y aquellos que son acciones o pretensiones. Los primeros, cuyo origen se sitúa en el Derecho alemán, confieren a su titular un poder jurídico, consistente en la producción por su voluntad de efectos jurídicos que inciden en la esfera jurídica ajena y que, de no tener dicho poder, habrían requerido el consentimiento de la otra parte. Este tipo de remedios, cuyo ejemplo más paradigmático es la resolución del contrato, permiten el ejercicio extrajudicial, aunque el legislador puede imponer el ejercicio judicial. Los remedios del segundo tipo (aquellos que constituyen acciones o pretensiones) exigen a la otra parte un dar, un hacer o un no hacer; necesitan, pues, el empleo de la coacción, para lo que el acreedor necesita del apoyo del juez (sin perjuicio de que las partes puedan llegar a un acuerdo sobre la existencia misma del incumplimiento y del remedio). Se situarían en este ámbito la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria. El profesor Morales abordó seguidamente las ventajas de transformar un sistema basado en acciones en un sistema de ejercicio extrajudicial de los remedios.

La última parte de la intervención se ocupó del análisis de la regulación de algunos remedios en los PLDC, favorables, como ya se ha indicado, al ejercicio extrajudicial. Analizó en primer lugar la reducción del precio, cuya regulación consideró escasa. El profesor se mostró convencido de que sería necesario arbitrar la necesidad

de una *Nachfrist*, pues clarificaría enormemente y evitaría discusiones<sup>13</sup>.

En relación con la resolución, el ponente reveló una dualidad perturbadora en los PLDC: la admisión tanto de la resolución por declaración de voluntad como de la resolución judicial. Considera el profesor que, aunque al acreedor le pueda interesar acudir al juez para evitar discusiones, esta vía está ya reconocida en la posibilidad que, de manera general, ofrece el ordenamiento jurídico de ejercitar acciones.

Las pretensiones de cumplimiento e indemnizatoria fueron objeto de análisis conjunto, que estuvo centrado en la relación entre ambos remedios. Los modelos de Derecho comparado a este respecto son dos: el continental, por un lado, que otorga prioridad a la pretensión de cumplimiento; y el angloamericano, en el que el remedio indemnizatorio es el medio de tutela primario, siendo privado el acreedor, en principio y salvo casos excepcionales, de la pretensión de cumplimiento. El profesor se centró en la regulación de la ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil española y se preguntó si no sería razonable permitir al acreedor, a su riesgo, hacer lo que el juez haría: los PLDC, indicó el profesor Morales, lo permiten, si bien de manera críptica.

Fue el Profesor Barros (Universidad de Chile) quien pronunció la conferencia de cierre del primer día, con una intervención titulada *Fuerza económica y abuso de posición de ventaja en los PLDC*.

Tras una breve referencia a las particularidades propias de las condiciones generales de la contratación, el profesor se refirió, en primer lugar, a los deberes de información y al diferente papel que juegan en contratos desarrollados (o sofisticados), en los que las partes se solicitan información recíprocamente, y en contratos no desarrollados (o no tan sofisticados), en los que el alcance de estos deberes queda desdibujado.

A continuación, el ponente aludió al error y, en particular, a la tendencia cada vez más generalizada de que sea relevante en la medida en que sea imputable a la otra parte.

Finalmente, el profesor chileno se refirió a los abusos, clasificándolos en dos tipos: el moral o económico y el aprovechamiento

---

<sup>13</sup> Lo que ha sido incorporado en la última versión de los PLDC, que en su artículo 94, titulado «Plazo de subsanación», establecen:

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

(2) Mientras se encuentre pendiente el plazo, el acreedor no puede ejercer ningún medio de tutela que sea incompatible con la subsanación, quedando a salvo su derecho a la indemnización.

(3) Si el deudor no subsana dentro del plazo o declara que no lo hará, el acreedor puede ejercitar cualquiera de los medios de tutela».

de una situación que no fue creada por la otra parte; e ilustró cada una de estas modalidades con sendos casos<sup>14</sup>. La violencia económica, indicó el ponente, no se encuentra regulada en los PLDC.

Terminó su intervención aludiendo al CC francés, que calificó de progresivo dentro de la tradición.

Una calificación similar, aunque no idéntica, de la reciente reforma del CC francés es la que empleó el ponente de la conferencia inaugural del segundo día, el Profesor Schulze (Universidad de *Münster*), que la consideró una continuación de las tendencias francesas. El ponente tituló su intervención *El modelo contractual en el Derecho alemán tras la reforma del BGB* y la estructuró en 4 partes: la formación del contrato; las obligaciones derivadas del contrato; el incumplimiento y los remedios; y la alteración de la base del negocio. Me referiré brevemente a cada una de ellas.

Inició el profesor su intervención aludiendo a los requisitos de formación del contrato, que actualmente coinciden con las normas que a este respecto pueden encontrarse en instrumentos internacionales (que requieren la existencia de una voluntad de vincularse y un acuerdo suficiente). Los principios UNIDROIT pueden aportar sugerencias al mecanismo tradicional de celebración, el de la oferta y la aceptación: aludió, por ejemplo, a las declaraciones de voluntad cruzadas en las que el texto citado considera que hay consenso, aunque haya dos ofertas.

A continuación, el ponente se refirió a los derechos y las obligaciones de las partes, centrándose en la obligación de cumplimiento, la buena fe y las obligaciones de protección: la obligación de cumplimiento se proyecta sobre el contenido de la relación obligatoria, que se configura como la posibilidad del acreedor de exigir la prestación al deudor; el parágrafo 242 BGB, que recoge la buena fe, es una norma imperativa de amplio alcance que abarca las modalidades de prestación, la obligación de colaboración del acreedor y la obligación de información, concretadas todas ellas por la jurisprudencia; en fin, la obligación de protección se proyecta en el respeto de los bienes jurídicos, derechos e intereses de la otra parte.

El profesor Schulze definió el incumplimiento como un concepto amplio y general y lo tipificó en tres grupos: incumplimiento definitivo, prestación no conforme e infracción de una obligación de protección. La influencia de la CISG y del Derecho Privado Europeo es, como el propio profesor observó, patente. En relación con los remedios frente al incumplimiento, el ponente hizo hinca-

---

<sup>14</sup> Y así, mencionó el conocido caso inglés sobre *economic duress*, *The Atlantic Baron (North Ocean Shipping Co Ltd v Hyundai Construction Co Ltd [1979] QB 705)*.

pié en que basta una infracción objetiva para permitir la entrada en juego de los remedios, siendo solo el remedio indemnizatorio el que exige la culpa del deudor, que, además, se presume. Centrada su atención en la resolución, destacó sus rasgos esenciales: y así, el ejercicio de dicho remedio no exige que el incumplimiento haya sido esencial (el acreedor puede resolver, salvo que se trate de un incumplimiento insignificante, y siempre y cuando haya otorgado *Nachfrist*) y es suficiente la declaración de la parte interesada, pues se trata de un derecho potestativo que no necesita la intervención del juez.

La intervención finalizó aludiendo a la alteración de la base del negocio, una forma de alteración de la equivalencia que tiene su origen en la jurisprudencia alemana de los años '20 del siglo pasado. La jurisprudencia que preconizaba como solución la adaptación judicial del contrato, se ha codificado en el BGB (2002) y se ha convertido en un modelo para la normativa europea. De hecho, observaba el profesor Schulze, ha sido recogida en el nuevo CC francés, en su artículo 1195.

Clausuró el Congreso el Profesor Guzmán con una conferencia titulada *La noción de contrato de buena fe y su recepción en el Código civil de Bello*. El insigne profesor se mostró bastante crítico con el texto de los PLDC.

### III. FUNCIONES Y APLICACIÓN DE LOS PLDC

Se ocuparon de estos temas la Profesora Vásquez (Universidad de Talca), y el Profesor Oviedo (Universidad Sergio Arboleda de Colombia).

La intervención de la Profesora Vásquez<sup>15</sup> se dividió en 5 partes: concepto y finalidad; ámbito de aplicación; propuestas de mejora; contrapunto con los Principios UNIDROIT; y perspectivas de futuro de los PLDC. Aludiré brevemente a las ideas esenciales de cada una de ellas.

Los PLDC se presentan como un modelo de reglamentación, con vocación de Derecho transnacional, que las partes tienen posibilidad de elegir, cuyo objetivo es la armonización jurídica y en cuya interpretación debe tenerse en cuenta su carácter internacional. La profesora afirmó que son tres las finalidades de los PLDC: 1. Modernizar y uniformar el Derecho de los contratos; 2. Crear

---

<sup>15</sup> Agradezco a la Profesora VÁSQUEZ que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

unas normas de carácter flexible; y 3. Generar confianza. En este sentido, los destinatarios de este texto son múltiples: las partes, los jueces o árbitros, los legisladores, los operadores jurídicos y el mundo académico. Se comprende, entonces, que los PLDC puedan cumplir también diversas funciones, pues pueden servir como guía de redacción de contratos y de estudios, como ley de fondo aplicable al contrato, como elementos integradores o interpretativos de normas estatales o internacionales, para validar soluciones jurídicas o como modelo de reformas legislativas. La ponente destacó la importancia de distinguir entre conflictos domésticos y conflictos internacionales, ya que, así como en los primeros el juez podría aplicar los PLDC como elemento interpretativo e integrador de la voluntad de las partes, si el conflicto es internacional sólo podría emplearlos si las partes así lo hubieran acordado.

A efectos de determinar el ámbito de aplicación de los PLDC, la profesora realizó un cuidadoso análisis exegético de los artículos 1, 2 y 3 de los PLDC 2016. Y así, puso de manifiesto algunas inquietudes suscitadas por la redacción del primero de los preceptos, como por ejemplo por qué se indica que su aplicación es preferente, el significado oscuro de la expresión «contratos conectados» o cuál es la relación entre, por un lado, los PLDC y, por otro, los Principios UNIDROIT, los PECL y los usos que constituyen la *lex mercatoria*.

La Profesora Vásquez presentó, incluso, unas propuestas de redacción de los artículos 1 y 2<sup>16</sup>.

A efectos de visualizar el posible futuro de los PLDC la profesora presentó los resultados de un estudio sobre el impacto de los Principios de UNIDROIT en los conflictos internacionales.

La intervención finalizó con tres principales conclusiones: en primer lugar, que los PLDC son unos principios flexibles e idóneos para su utilización en distintas modalidades; en segundo lugar, que ofrecen un lenguaje común sobre el derecho de los contratos; en tercer lugar, que su efectiva aplicación dependerá de diversos factores.

---

<sup>16</sup> Que, en parte, han sido acogidas en la última redacción. Dichos preceptos rezan, ahora, como sigue.

Art. 1 PLDC 2017: «Ámbito de aplicación. (1) Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos internos e internacionales. Se excluyen los contratos de consumo. (2) Estos principios se aplican cuando: a) Las partes se someten total o parcialmente a ellos. b) Las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes».

Art. 2 PLDC 2017: «Funciones. (1) Estos principios se aplican para interpretar instrumentos internacionales de Derecho uniforme y derecho estatal que rige el contrato. (2) También servirán como modelo para los legisladores estatales o internacionales».

El Profesor Oviedo consideró que los Principios UNIDROIT, en concreto el preámbulo y sus disposiciones generales, constituyen un buen modelo para determinar las funciones de los PLDC.

Comenzó el ponente reclamando más claridad en relación con dos cuestiones: la inclusión o exclusión de los contratos de consumo de su ámbito objetivo de aplicación (excluidos claramente en los Principios UNIDROIT y en la CISG)<sup>17</sup>; así como el concepto de contrato internacional manejado en el texto, pues frente a la concepción amplia adoptada en los Principios UNIDROIT, cabe situar un concepto estricto, asumido por la CISG.

Continuó el profesor señalando un importante obstáculo a la potencial aplicación de los PLDC: es dudoso, apuntó el ponente, que el Derecho Internacional Latinoamericano permita elegir normas de *soft law* como Derecho aplicable. Aunque la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>18</sup> intenta abrir esta barrera infranqueable, dicha convención solo ha sido firmada por Méjico y Venezuela. Es importante precisar, como así lo hizo el Profesor Oviedo, que este obstáculo no se encuentra en caso de sometimiento de las partes a arbitraje, en cuyo ámbito sí se permite la elección de normas de *soft law* como Derecho aplicable.

El ponente se mostró bastante crítico con la regulación de los usos en los PLDC: en primer lugar, porque se les ha asignado únicamente una función interpretativa, negándoles el cumplimiento de una función integradora; en segundo lugar, por la elección de los usos del lugar de celebración del contrato como usos aplicables: en opinión del profesor habría sido preferible referirse a los usos del lugar de cumplimiento o a los usos comunes.

#### IV. REPRESENTACIÓN EN LOS PLDC

Tratamos este tema el Profesor Elorriaga (Universidad Adolfo Ibáñez) y yo misma.

<sup>17</sup> La nueva redacción del art. 1 PLDC 2017 ha proporcionado la claridad reclamada por el profesor y que también había sugerido la Profesora FENOY (en «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de los textos jurídicos», *ADC*, 2017, fasc. II, pp. 473 a 785, en pp. 578-579), pues en su apartado 1 *in fine* ahora se establece expresamente la exclusión de los contratos de consumo de su ámbito de aplicación.

<sup>18</sup> Suscrita en México, D.F. (México) el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).

El Profesor Elorriaga<sup>19</sup> presentó un estudio exegético de la regulación de la representación en los PLDC. Destacaré los aspectos esenciales de su intervención.

Comenzó el ponente aludiendo a cuestiones sistemáticas y de carácter general: y así, aunque aplaudió la decisión de regular la representación en un cuerpo unificado de preceptos, propuso un cambio en su ubicación sistemática, bien en el seno de las reglas generales de los contratos, bien en el de sus modalidades. En esta primera parte, el ponente señaló también algunas lagunas en la regulación, a saber: la forma de la representación, la ratificación, los vicios del consentimiento, los derechos y obligaciones que se generan entre las partes y las causas de extinción de la representación.

La noción de representación, señaló el Profesor Elorriaga, ha sido tomada del CC chileno (art. 1448<sup>20</sup>), de clara inspiración francesa. En este punto criticó la contradicción existente entre los artículos 54 y 55 PLDC 2016, pues el primero indica que los PLDC sólo se ocupan de la representación voluntaria, mientras que el segundo incluye en el concepto de representación también a la legal<sup>21</sup>.

En opinión del ponente, la regulación de las facultades del dependiente de un establecimiento abierto al público debería haberse ubicado en el seno de la representación aparente, a la que se refiere el artículo 55 PLDC 2016<sup>22</sup>; en relación con este precepto, el ponente reclamó mayor precisión en su contenido y apuntó la conveniencia de fusionarlo con el artículo 59 PLDC 2016, referido a la actuación sin poder.

Por lo que se refiere a la regulación de la representación indirecta, el ponente, tras subrayar la clara inspiración de los redactores de los PLDC en el artículo 2151 CC chileno<sup>23</sup>, echó en falta una regulación de los efectos que este tipo de representación tiene en

<sup>19</sup> Agradezco al Profesor ELORRIAGA que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

<sup>20</sup> Art. 1448 CC Chileno: «Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo».

<sup>21</sup> Esta contradicción ha sido ya solventada en los PLDC 2017, excluyendo, ya sin ningún atisbo de duda, a la representación legal de su ámbito objetivo de aplicación.

<sup>22</sup> El profesor ELORRIAGA criticó que el título de dicho precepto no guardara armonía con su contenido: el título rezaba «actuación por cuenta ajena en nombre propio», que, como es sabido, define la representación indirecta, cuando lo realmente regulado en dicho precepto es la representación aparente. Esta importante desarmonía ha sido solventada en la última versión de los PLDC: el art. 60 PLDC 2017, relativo a la representación aparente, se titula, precisamente, «representación aparente».

<sup>23</sup> Artículo 2151 CC Chileno: «El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante».

las relaciones internas: en concreto, el Profesor Elorriaga consideró conveniente reconocer expresamente el derecho del representado a exigir del representante que, en cumplimiento del contrato entre ellos suscrito, le transfiera todos los efectos jurídicos del negocio celebrado con terceros.

En relación con las facultades del representante, el ponente se centró en la distinción, acogida por los PLDC, entre actos de administración y actos de disposición, pero puso de manifiesto la dificultad práctica que existe a la hora de dilucidar si un acto cabe calificarlo como de un tipo o de otro.

Al tratar de la actuación del representante sin facultades, el profesor Elorriaga subrayó el carácter incompleto e impreciso de la regulación.

El ponente alabó la sencillez de las reglas relativas a la sustitución del representante, que permiten la sustitución salvo prohibición expresa del representado<sup>24</sup>, aunque observó que no tratan las relaciones jurídicas que se generan entre el representado y el sustituto o el delegado.

Por lo que se refiere a la extinción del poder, el ponente echó en falta el establecimiento de unas pautas para que el representado pueda hacer pública la finalización de la representación; y en cuanto a los efectos de dicha extinción del poder, observó el profesor Elorriaga que los PLDC han adoptado la posición seguida por la doctrina y la jurisprudencia chilena, a saber, la protección de los terceros de buena fe que han confiado en los poderes exhibidos por el representante y que ignoran, sin culpa, la terminación del encargo.

En mi análisis de los PLDC actuaron como catalizadores los tres últimos casos relevantes sobre representación que ha resuelto la jurisprudencia española. A partir de ellos, me pregunté cuáles habrían sido las soluciones a la luz de los PLDC 2016. Se trata, en concreto, de las SSTS de 13 de febrero de 2014<sup>25</sup>, 6 de noviembre de 2013<sup>26</sup> y 20 de mayo de 2016<sup>27</sup>.

La primera de ellas, trata el problema de la oponibilidad al tercero de la extinción del poder de representación: los PLDC, en línea con los PECL y a diferencia del artículo 1738 CC español (que exige, además, la buena fe del representante), consideran suficiente la buena fe del tercero para mantener el contrato (en el caso

---

<sup>24</sup> La redacción ha cambiado ligeramente en la última versión. El art. 62 PLDC 2017 reza como sigue: «Salvo pacto en contrario, el representante puede sustituir el poder en otro, caso en el cual responde por éste».

<sup>25</sup> Número de recurso 200/2014.

<sup>26</sup> Número 687/2013.

<sup>27</sup> Número 333/2016.

concreto, una compraventa) celebrado por el representante que obra con un poder ya extinto; el TS, en la sentencia citada, declara, sin embargo, la nulidad de la compraventa porque, a pesar de que el tercero era de buena fe, el representante no ignoraba en el momento de hacer uso del poder el fallecimiento del representado (causa, como es sabido, de extinción del poder).

Se ocupa la segunda sentencia de las facultades del representante y, en concreto, de los requisitos exigidos para que pueda realizar válidamente actos de disposición. La sentencia elegida es muestra de una doctrina adoptada por el Alto Tribunal español desde el año 2010, conforme a la cual la validez de un acto concreto dispositivo exige que se concrete en el poder el acto y el objeto con sus esenciales detalles, mezclando así las categorías de poder especial y poder expreso, confusión que, a mi juicio, cabe vislumbrar también en los PLDC.

La tercera y última sentencia versa sobre la ratificación tácita y en ella el TS español señala que son dos sus presupuestos: por un lado, el aprovechamiento de los efectos y las ventajas que derivan de los contratos celebrados por el representante sin poder; por otro lado, y adicionalmente a lo anterior, una inequívoca aceptación de lo actuado por el representante en la esfera de sus intereses. Lamentablemente no me fue posible avanzar cuál habría sido la solución del caso conforme a los PLDC porque no se ocupan de la ratificación tácita, laguna que hay que lamentar.

## **V. FORMACIÓN DEL CONTRATO, BUENA FE, ERROR, INFORMACIÓN Y CONFIANZA**

Conformaban la mesa dedicada a estos temas el Profesor De la Maza (Universidad Diego Portales), la Profesora Fenoy (Universidad Autónoma de Madrid) y el Profesor Mendoza (Universidad Francisco Marroquín de Guatemala).

El Profesor De la Maza se ocupó de la responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones, regulada en los artículos 9 y 10 de los PLDC 2016<sup>28</sup>. Su intervención se dividió en dos partes.

En la primera de ellas el ponente aludió a los 4 requisitos que, en términos generales, deben cubrirse para que surja la obligación de indemnizar daños y perjuicios por ruptura de negociaciones, a saber: inicio de negociaciones, ruptura, mala fe en la ruptura y existencia de daños indemnizables. Centrada su atención en el ter-

---

<sup>28</sup> Artículos 10 y 11 PLDC 2017.

cero de los requisitos (que la ruptura de las negociaciones se lleve a cabo de mala fe) se preguntó por el alcance de la buena fe en este contexto; en otras palabras, ¿qué cabe entender por ruptura de las negociaciones de buena fe? Sin dejarse llevar por lo que llamó tentaciones tautológicas o maniqueas, el ponente afirmó que la intensidad de las exigencias de la buena fe depende de las relaciones entre las partes, e ilustró dicha idea con ejemplos: y así, si en un contrato B2B una de las dos partes se retira para contratar con alguien con quien había estado negociando paralelamente, habrá que concluir que no hay conducta de mala fe, porque en este tipo de contratos, a falta de pacto, no se puede confiar en la exclusividad en la negociación.

En la segunda parte de su intervención, el profesor De la Maza abordó el tema de los daños indemnizables, una vez sentado que ha surgido la obligación de indemnizar: distinguió el ponente entre daños fácticos (que deben ser soportados por quien los padece) y daños normativos (que deben ser soportados por quien los causa). Conforme a los PLDC el interés contractual positivo entra en la primera categoría, luego no son indemnizables, decisión con la que el ponente se mostraba de acuerdo: de lo contrario, apuntó, se dibujaría la frontera entre los casos en que se ha celebrado un contrato y aquellos en que no. Recordó, sin embargo, que conforme a los Principios UNIDROIT el interés contractual positivo se debe indemnizar en algunos casos.

La Profesora Fenoy<sup>29</sup> estructuró su intervención en tres partes: primero, expuso la regulación del error en los PLDC; en segundo lugar, analizó el error en el Derecho francés, antes y después de la importante reforma de 2016; en tercer lugar, aludió a las propuestas de regulación del error en el Derecho español. Todo lo anterior le permitió a la ponente presentar unos posibles modelos de regulación del error, a los que se refirió como el modelo moderno, el modelo tradicional y el tradicional actualizado. Finalizó su intervención con una valoración general propia. Me referiré a continuación a algunas de las ideas expuestas por la ponente.

Los PLDC se ocupan del error en el capítulo 2 «Formación del contrato», en la Sección 4, denominada «Vicios del contrato» que, en los PLDC, son el error, el dolo, la intimidación y la excesiva onerosidad. Del error se ocupan los artículos 27 a 30 PLDC 2016 (arts. 28 a 31 PLDC 2017] y responden a un modelo moderno de regulación.

---

<sup>29</sup> Agradezco a la Profesora FENOY que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

En relación con la noción de error en los PLDC la ponente destacó que el error incluye la ignorancia y el falso conocimiento; que abarca el error de hecho y el de derecho; que considera el supuesto en que, de haber conocido la realidad o el derecho, el contrato no se hubiera celebrado, o se hubiera celebrado en términos sustancialmente diferentes (lo que supone excluir de su campo de actuación los errores accidentales); y que, para apreciar si el error fue determinante de la celebración del contrato, se aplica y combina un requisito objetivo –el hombre razonable– con otro subjetivo –ese hombre razonable en la misma situación del que erró–. Aunque de la lectura de los PLDC pueda desprenderse que el momento jurídicamente relevante del error es el de la celebración del contrato, no lo indica expresamente y, observaba la ponente, sería oportuno señalarlo.

A continuación, y siguiendo el orden de los PLDC en la regulación del error, la profesora Fenoy estudió los supuestos de error relevante. A estos efectos, se distingue entre el error unilateral y el común. Para que el error unilateral pueda ser relevante, ha de ser imputable al otro contratante. Y le es imputable, si el error lo provocó la información que suministró al que erró (por ejemplo, le afirmó que el terreno era edificable, no siéndolo). También le es imputable el error, si al celebrar el contrato ese otro contratante sabía del error del que con él contrataba y no le informó sobre su error (no le sacó del mismo), contrariando la obligación que tenía de hacerlo por imponérselo la buena fe. Y recordó el conocido ejemplo del vendedor, experto en pinturas de cierto pintor, que no comunica al comprador, no experto, que la obra que le vende no es del pintor que presupone. Subrayó la ponente que los PLDC no contemplan el supuesto en que una ley impone a un contratante que dé cierta información al otro, no suministrándosela y de ese no suministro deriva el error de quien se equivocó al celebrar el contrato.

En cuanto al error común, el ahora artículo 29.1(c) PLDC 2016 se refiere a él como «cuando ambas partes han padecido el mismo error». Por ejemplo, ambos contratantes parten de la edificabilidad del terreno.

Para que el contrato sea nulo por error –de nulidad relativa– es preciso, junto con lo hasta ahora dicho, que el error sea excusable; esto es, que no se hubiera podido evitar en función de la diligencia que le sea exigible. Por ejemplo, el comprador, experto en ese sector del tráfico, debería haber sabido de la no edificabilidad del terreno.

Si se dan todos los requisitos mencionados, el contrato podrá impugnarse por quien erró (la persona en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa). Pero, no podrá impugnarse si, según ordena el actual artículo 29.2 segunda regla PLDC 2016, el riesgo de la existencia del error se materializa y es riesgo que asumió o debió asumirlo, sea por pacto, sea por la naturaleza del contrato, o por las concretas circunstancias. Por ejemplo, la compra de una pintura atribuida a un pintor famoso, que luego resulta no ser así, o viceversa, compra hecha en un mercado de «gangas».

Y aun reuniendo los expuestos requisitos, el que erró no podrá impugnar el contrato, si resulta, según prescribe el actual artículo 30 PLDC 2016, que el otro contratante le ofrece «ejecutarlo con las modalidades y el contenido» que, el que erró, «entendió celebrarlo».

En cuanto al error en la declaración, el actual artículo 31 PLDC 2016 viene a disponer que lo expuesto para el error (error vicio) se aplica al error en la declaración de voluntad, y también al error en su transmisión (por ejemplo, la declaración se comunicó a través de mandatario, a través de una oficina de correos, etc.). Si el error en la declaración no puede solucionarse mediante las normas de interpretación contractual, los PLDC optan por aplicar el mismo régimen jurídico que el del error, esto es, el de la nulidad relativa.

La ponente concluyó que, aunque dependiendo del texto jurídico que se maneje pueden constatarse diferencias, algunas de importancia, el modelo de regulación del error de los PLDC ha sido ya recogido (y difundido) por los PECL (arts. 4:103 y 4:104), por el MCR (arts. II.-7:201, II.-7:202), por los Principios UNIDROIT (arts. 3.2.1, 3.2.2), por la Propuesta (española) para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 de la Sección Derecho civil de la Comisión General de Codificación (art. 1298), por la Propuesta (española) de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (arts. ) y por la Propuesta de Código civil de Cataluña, Libro VI de los profesores Bosch/Del Pozo/Vaquero (arts. 51 y 52). También la había recogido el Código civil holandés de 1992 para el error vicio (en su art. 6:228). Si bien para ser exactos, lo que realmente parece haber sucedido, según indicación de Hondius/Keirse, es que la regulación del Código civil holandés influyó directamente en los citados Principios UNIDROIT. Hartkamp informa, que el supuesto de que el error hubiera sido causado por la información suministrada por la otra parte del artículo 6:228.1.a BW se inspiró en la *misrepresentation* del *Common Law*, y que el supuesto del error común del artículo 6:228.3 BW se inspiró en *subjektive Geschäftsgrundlage* (base del negocio subjetiva) del Derecho alemán (antes de su reforma). En cuanto al

error en la declaración del Derecho holandés, el artículo 3:35 BW sigue orientación distinta (según el mismo, la ausencia de voluntad en una declaración no puede invocarse contra la persona que interpretó esa declaración o conducta, de conformidad con el sentido que él podría razonablemente atribuirle, en las circunstancias, como una declaración de una particular consecuencia hecha a él por la otra parte).

En el Derecho francés, antes de la reforma de 2016, el error vicio estaba regulado en el artículo 1110 *Code civil*, que venía a disponer que el error es causa de nulidad de la convención cuando recae sobre la sustancia de la cosa que es su objeto, y que el error sobre la persona con la cual se tiene la intención de contratar no causa la nulidad, salvo que su consideración haya sido la causa principal de la convención. La ponente señaló que, aunque la regulación del *Code civil* era parca, la doctrina de los autores y la jurisprudencia se habían encargado de completarla ampliamente. Y al respecto, para el error (vicio) estaba asentado lo siguiente: (1) que la fórmula legislativa de la «sustancia de la cosa» podía interpretarse en sentido objetivo (la «sustancia» designa la materia de la que la cosa se compone) o en sentido subjetivo (la «sustancia» es la cualidad que ha determinado el consentimiento de una de las partes, de modo que, sin ella, no se hubiera vinculado) entendiéndose en este último sentido, por lo que no podía establecerse una lista cerrada de anulaciones. Además, la interpretación subjetiva podía entenderse como la cualidad que individualmente determinó al contratante que erró (apreciación in concreto) o como la cualidad determinante según la opinión común (apreciación in abstracto), entendiéndose en el primer sentido (apreciación in concreto) por el factor psicológico del error; (2) que, por recaer el error sobre una cualidad sustancial, poco importa que aquél recaiga sobre la prestación recibida (por ejemplo, sobre el cuadro que el comprador adquirió) o sobre la prestación suministrada por quien erró (por ejemplo, cuadro que el vendedor vendió); (3) que el error no opera sobre los aspectos en los que hay incertidumbre (contrato aleatorio y sobre lo aleatorio); (4) que el error puede ser de hecho, o de derecho; (5) que el error en la persona puede recaer sobre su identidad o sus cualidades, y que mientras en el contrato oneroso a veces se celebra en función de la persona del otro contratante, en el contrato a título gratuito siempre hay esa contratación en función de la persona; (6) El error sobre el valor es un error indiferente (es una lesión), pero el mismo puede ser causa de nulidad del contrato si deriva de un error sobre la sustancia de la cosa (por ejemplo, un error sobre la autenticidad de un cuadro, implica un error sobre su

valor). Ahora bien, lo anterior es así si el error fue espontáneo, pues si se trató de un error provocado por maniobras o engaños, sí que puede entrañar la nulidad del contrato por dolo. [Lo mismo para el error sobre la rentabilidad económica de un contrato; por ejemplo, un contrato de distribución]; (7) Que el error sobre el motivo determinante para contratar que recae sobre las cualidades del objeto es un error relevante, por cuanto que recae sobre su sustancia (por ejemplo, la compra de una casa para habitarla, que resulta a punto de destruirse por insalubridad; es impropia para su destino). Lo mismo para el error en la persona. En cambio, si el error sobre el motivo determinante es extraño a las cualidades de la cosa, o de la persona, el contrato es válido (por ejemplo, el funcionario que compra la casa porque espera ser destinado próximamente a esa ciudad y ello no sucede). Ahora bien, el motivo exterior determinante puede entrañar la nulidad del contrato, si hubo una estipulación expresa que produjo su entrada en el campo contractual, erigiéndose en condición. Y dicho motivo determinante exterior también puede entrañar la nulidad del contrato si fue el resultado de un dolo (vicio); (8) Que, si el error fue inexcusable, el contrato se mantiene. La inexcusabilidad del error se aprecia *in concreto* (en función de las cualidades personales del interesado). Pero, si el error es fruto de un dolo (así, de una reticencia) no hay un error inexcusable (esto es, que es error excusable).

Sentado lo anterior, la ponente centró su atención en la cuestión del error común en Francia. Con ello, se planteaba si, para que el error pudiera conllevar la nulidad relativa del contrato, era necesario que el otro contratante hubiera conocido las razones que llevaron, al que erró, a la celebración del contrato (las razones que le determinaron su consentimiento contractual). La doctrina de los autores estaba dividida: según unos, el error se consideraba si recaía sobre una cualidad convenida; según otros, dicha exigencia era discutible. En cuanto a la jurisprudencia, esta era poco clara, pero tendía a exigir que el error fuera común.

El error en el Derecho francés tras su reforma de 2016 se encuentra regulado en los artículos 1130 a 1136: observó la ponente que en ellos se recoge un modelo tradicional actualizado, que no ha seguido a los PECL ni al DCFR.

Pasando al Derecho español, la ponente puso de manifiesto la tensión existente entre el modelo tradicional, plasmado en el CC vigente (art. 1266 CC, interpretado literalmente) y el modelo moderno, acogido en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.

La ponente concluyó su intervención felicitando a los redactores de los PLDC por haber adoptado una regulación moderna del error.

El profesor Mendoza<sup>30</sup> se centró en la formación del contrato, que definió como el proceso que da lugar al nacimiento del contrato y que consiste en una secuencia de actos que conducen al resultado de la perfección del contrato. Su ponencia constó de dos partes: en la primera se presentó una panorámica general de la formación del contrato; en la segunda realizó un análisis de los preceptos de los PLDC relativos a esta materia, en la que los Principios UNIDROIT sirvieron de contrapunto. A continuación, expondré brevemente algunas de las ideas planteadas por el ponente.

En la primera parte, tras apuntar que existe un consenso doctrinal y legislativo en materia de formación del contrato, el ponente aludió al papel de la autonomía de la voluntad en esta materia. Centrado en el mecanismo tradicional de formación del contrato, basado en la coincidencia de dos declaraciones negociales (la oferta y la aceptación) y sin dejar de reconocerle la virtud de centrar la atención en el consentimiento, calificó dicho mecanismo de incompleto, por no responder a algunas formas actuales de contratación. Frente al mecanismo tradicional el ponente situó mecanismos *diferentes* y que resultan útiles en aquellos casos en que no hay duda de que se ha concluido un contrato, pero es imposible identificar dos declaraciones sucesivas o conductas de las partes de las que se pueda deducir su voluntad. Apuntó que un sector de la doctrina considera que cuando hay discrepancia entre las partes para determinar si hay contrato, así como para identificar cuál es su contenido, es más realista valorar el conjunto de relaciones de las partes y no limitarse a una aplicación rigurosa de las reglas de la oferta y la aceptación. Estos mecanismos *diferentes* se encuentran en los contratos multilaterales, en los contratos concluidos mediante la celebración de una subasta, en los contratos comprendidos en un documento único elaborado por un Notario o asesor legal y en la contratación progresiva.

Tras esta introducción de carácter general el ponente se centró en los artículos 13, 14 y 15 PLDC 2016 (ahora arts. 14, 15 y 16 PLDC 2017).

Se refiere el primero de ellos al consentimiento de las partes: en él, al igual que en el artículo 2.1.1. Principios UNIDROIT, se contempla la manifestación del consentimiento mediante una declara-

---

<sup>30</sup> Agradezco al Profesor MENDOZA que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

ción o una conducta. Al incluir esta última posibilidad, los PLDC dejan abierta la posibilidad de que el contrato se concluya a través de procedimientos distintos al tradicional de la oferta-aceptación: y así, aun en los casos en que no sea posible determinar la concurrencia de una oferta y una aceptación, será posible establecer la existencia del contrato, siempre y cuando la conducta de las partes así lo demuestre. Los principios UNIDROIT introducen el requisito adicional de la suficiencia de la conducta y los PLDC solo expresan que las conductas pueden ser manifestación del consentimiento.

El artículo 14 (2) PLDC 2016 se ocupa de la oferta al público que, sin embargo, no recibe una atención específica en los principios UNIDROIT. Recordó el ponente que en algunos ordenamientos la oferta al público es una invitación a ofertar y no una oferta vinculante. Los PLDC dejan claro, sin embargo, que la oferta al público sí puede ser considerada como una oferta, lo que contrasta con la tónica de la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos. En opinión del ponente cabe pensar que conforme a los Principios UNIDROIT cuando está claro que la parte proponente tiene la intención de vincularse o quedar vinculada por la aceptación de cualquier persona, no ha lugar a dudas que la propuesta es suficientemente precisa y constituye una oferta, por cumplir con los requisitos de la oferta generalmente establecidos en el artículo 2.1.2. de dicho texto.

El artículo 15 (2) PLDC 2016 se ocupa de la retirada de la oferta, esto es, del caso en que el oferente se retracta antes de que la oferta produzca sus efectos: la retirada, observó el Profesor Mendoza, reconoce el poder que el oferente ejerce sobre su declaración de voluntad, lo que le permite arrepentirse de su oferta inicial. Sus efectos se circunscriben a los casos en los que hay un lapso de tiempo entre la emisión y la llegada de la oferta al destinatario. Los PLDC únicamente contemplan el caso de la retirada de la oferta en el caso en que ésta no haya llegado al destinatario. Por el contrario, los Principios UNIDROIT, en su artículo 2.1.3, también incluyen el supuesto de que la retirada llegue junto con la oferta. Apuntó una diferencia adicional entre ambos textos: los PLDC hablan en general de retirada de la oferta, sin precisar si únicamente procede cuando es revocable, lo que podría crear la duda de si puede retirarse una oferta cuando es irrevocable. El ponente consideró preferible optar por la redacción de los Principios de UNIDROIT, ya que aclaran que todas las ofertas pueden ser retiradas aun siendo irrevocables.

## VI. RESTITUCIONES EN LOS PLDC. NULIDAD Y RESOLUCIÓN: ¿SISTEMA ÚNICO O DIFERENCIADO?

Contestaron a este interrogante, que parece haber sido definitivamente resuelto en la última versión (que establece un sistema único de restituciones<sup>31</sup>) los Profesores Pizarro (Universidad Diego Portales), y Aedo (Universidad Católica del Norte).

El Profesor Pizarro manifestó que durante la elaboración de los PLDC este tema no dio lugar a mucho debate. Señaló, además que la retroactividad era una idea clara, que se establece la regla de la restitución en especie y que, por tanto, solo cuando esta no sea posible se procederá a la restitución del valor, que pasa a ser, entonces, excepcional. Se preguntó el ponente si en la restitución del valor debe incluirse el uso o goce de la cosa y aludió también a la reforma francesa resaltando que las restituciones se han recogido en un único capítulo.

El Profesor Aedo<sup>32</sup> dividió su intervención en dos partes: en la primera se ocupó de la nulidad y en la segunda de la resolución. En ambas partes presentó, primero, una fotografía de los sistemas latinoamericanos para, después, exponer la regulación de los PLDC. Veamos cuáles fueron las ideas esenciales transmitidas por el ponente.

Cabe diferenciar tres sistemas de regulación de la nulidad en los Derechos latinoamericanos: aquel que configura la nulidad (absoluta y relativa) como modos de extinguir las obligaciones (el más representativo es el chileno); aquellos que contemplan un sistema de declaración judicial, bien solo para la anulabilidad o bien también para la nulidad (se situaría aquí Perú, Paraguay, Bolivia y Argentina); y un tercer sistema que no regula expresamente sus efectos (se situaría aquí Venezuela). Se refirió el ponente seguidamente a los efectos respecto de terceros, existiendo también tres

---

<sup>31</sup> En los PLDC 2017 se ha añadido una sección 4 al capítulo 8, denominada restituciones: consta de un solo precepto del que, si algo claro se desprende, es que unifica el régimen de las restituciones en la nulidad y en la resolución. Y así, el art. 120 PLDC 2017 reza como sigue: «Restituciones en la nulidad y la resolución. (1) Anulado o resuelto el contrato, los contratantes deben restituirse lo que hubieren recibido en virtud del mismo, junto con los frutos percibidos, de manera simultánea o dentro del plazo que fijen ellos mismos o, en su defecto, el juez. (2) Las prestaciones ejecutadas que hayan sido útiles y equivalentes, no dan lugar a restitución, a menos que atendida la finalidad del contrato se requiera su ejecución total. La utilidad se apreciará conforme a la finalidad del contrato. (3) Si las prestaciones ejecutadas no fueron útiles, se estará a lo dispuesto en el numeral 1.º (4) Si las prestaciones no son equivalentes, la restitución queda limitada al valor de la diferencia».

<sup>32</sup> Agradezco al Profesor AEDO que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

modelos: efectos sin limitación, efectos limitados o ausencia de regla sobre la cuestión.

Entrando ya en los PLDC, el ponente aludió a la regla conforme a la cual la nulidad produciría la extinción del contrato, así como a aquella que prevé la suspensión de las restituciones cuando uno de los contratantes no cumple con la restitución a la que está obligado. Subrayó igualmente la protección de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, que no se ven afectados por la nulidad. Finalizó el análisis de la nulidad haciendo referencia a la nulidad parcial: conforme a los PLDC, ésta no implica la nulidad total a menos que por la naturaleza misma del contrato o la intención original de los contratantes ello no sea posible, en cuyo caso el juez deberá declarar la nulidad total del contrato; los PLDC permiten al tribunal, en caso de que sea necesario, adaptar el contrato observando las exigencias de la buena fe.

Pasando ya a la resolución, el profesor Aedo se centró en los efectos de la resolución respecto de terceros. A este respecto, indicó que existen tres modelos en los sistemas latinoamericanos. En primer lugar, aquellos que reconocen efectos limitados: se sitúa en este modelo, por ejemplo, el Derecho chileno, que protege a los terceros de buena fe y que contempla una regulación diferenciada para los bienes muebles y para los bienes inmuebles. En segundo lugar, se encuentra el modelo, representado por el Derecho paraguayo, que no reconoce efectos a la resolución respecto de tercero en ningún caso. El tercer modelo se caracteriza por no regular esta cuestión: se sitúa en él únicamente el CC venezolano.

En relación con los PLDC, el ponente indicó que la regulación de los efectos de la resolución se inspira en el CC y comercial argentino [art. 1078 h)]<sup>33</sup> y expuso la regulación de los efectos restitutorios que, sin embargo, ha sido eliminada en los PLDC 2017<sup>34</sup>.

El ponente concluyó que el sistema es diferenciado y que no puede ser único porque es difícil concebir a la resolución como una causa de ineficacia del contrato.

---

<sup>33</sup> Art. 1078 h) CC y Comercial argentino: «[L]a extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y las obligaciones de las partes tras la extinción».

<sup>34</sup> Recuérdese lo indicado en la nota 31.

## VII. LA NULIDAD DEL CONTRATO. ¿QUÉ MEJORAS INTRODUCIR PARA UNA COHERENCIA EN EL SISTEMA DE INEFICACIAS?

Este tema corrió a cargo de los profesores Severín (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Baraona (Universidad de los Andes) y de la profesora Prado (Universidad de Valparaíso).

El Profesor Severín<sup>35</sup> se centró en la nulidad absoluta del contrato y analizó el origen de la regulación de la nulidad en los PLDC y las causas que provocan la nulidad absoluta del contrato conforme a ellos. Expondré a continuación las ideas clave de su exposición.

En cuanto a la regulación en sí misma, el ponente señaló que en la primera versión de los PLDC no existía un capítulo específico dedicado a la nulidad y que la regulación se limitaba a los vicios del contrato; sin embargo, hizo notar que ya se incluía una regulación novedosa, pues contemplaban la posibilidad del ejercicio extrajudicial. En la segunda versión hay un cambio de enfoque y una prolija discusión sobre algunos extremos como el mantenimiento de la nulidad extrajudicial, la incorporación de los elementos esenciales y la conveniencia de tratar todos los supuestos de ineficacia. Expuesta la estructura del capítulo 3, dedicado a la nulidad del contrato, y que consta de unas disposiciones generales, una sección primera dedicada a la nulidad absoluta, una sección segunda sobre la nulidad relativa y una sección tercera, sobre los efectos, el ponente avanzó dos reflexiones sobre el diseño: por un lado, indicó que el momento en que se decide incorporar el capítulo específico probablemente explica alguno de sus defectos formales; y por otro lado, que en los PLDC se intenta rescatar una identidad propia.

Pasando ya a las causas de nulidad, el ponente situó en el CC y comercial argentino el origen de esta regulación. Observó que no se ofrece una definición de la nulidad, aunque subyace la idea de sanción. Conforme al artículo 40 PLDC 2016 (correspondiente al artículo 45 PLDC 2017) los contratos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta. El profesor Severín observó que el citado precepto contempla dos causas tradicionales de nulidad absoluta en los ordenamientos internos, el objeto ilícito y la causa ilícita, y se preguntó si, más allá de las causas de nulidad absoluta expresamente contempladas,

---

<sup>35</sup> Agradezco al Profesor SEVERÍN que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

cabe interpretar que la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato es, también, causa de nulidad. Y habida cuenta que, conforme al artículo 8 PLDC 2016 (correspondiente al art. 9 PLDC 2017), son elementos para la formación del contrato el consentimiento, el objeto, la causa y, en ciertos casos, la solemnidad, el ponente realizó un cuidadoso ejercicio de análisis de cada uno de ellos poniendo de manifiesto las inconsistencias presentes en la regulación, especialmente por lo que se refiere a las consecuencias de la falta de solemnidad cuando ésta sea requerida, de la falta de objeto, de la imposibilidad inicial y de la falta de capacidad.

La Profesora Prado<sup>36</sup> se ocupó de los vicios de la voluntad como causa de nulidad relativa en los PLDC, tomando como contrapunto los demás instrumentos de Derecho Uniforme, así como la jurisprudencia chilena.

Inició la ponente su intervención recordando la moderna concepción de los vicios de la voluntad (presente también en la jurisprudencia chilena), conforme a la cual son módulos de distribución de riesgos en el contrato que inciden directamente en las cláusulas del contrato. Concepción moderna que, tal y como indicó la ponente, se percibe en la propia ubicación sistemática de los vicios de la voluntad en los PLDC: en efecto, éstos se sitúan en un capítulo (el 2, sobre formación del contrato) independiente del capítulo dedicado a la nulidad del contrato (el 3), lo que facilita que no se identifiquen los vicios de forma exclusiva con la ineficacia contractual. Y en la misma línea cabe situar la reciente Reforma al *Code*, que coloca los vicios del consentimiento en el Título III, subtítulo I (sobre el contrato), Capítulo II, Sección II (sobre la validez del contrato), entre los artículos 1130 y 1144, separados de la nulidad, que se encuentra regulada en la Sección IV (sobre sanciones), aunque, como la propia ponente señaló, el artículo 1131 establece que los vicios del consentimiento son causa de nulidad relativa del contrato. Frente a dichas opciones de ubicación sistemática, se sitúan las de los Principios UNIDROIT, que tratan los vicios de la voluntad en la Sección 2 del Capítulo 3 (sobre validez) bajo el epígrafe de las «Causas de anulación»; los PECL, que en el Capítulo 4 referido a la «Validez» sitúa la temática de los vicios de la voluntad; y la Propuesta española de modernización, que regula los vicios como causas de anulación.

A continuación, la ponente se centró en la compatibilidad, reconocida en los PLDC, entre la nulidad y el remedio indemnizatorio en sede de dolo. Según la profesora Prado esta regla es coherente

---

<sup>36</sup> Agradezco a la Profesora PRADO que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

con la naturaleza del dolo *in contrahendo*, pues se trata de uno de los grupos de casos que la doctrina ha identificado como susceptible de dar lugar a la responsabilidad precontractual o *in contrahendo*. A partir de aquí, la ponente trató diversas cuestiones sobre las que los PLDC guardan silencio. En primer lugar, se preguntó si es posible ejercitar idéntica acción para el caso de los otros vicios de la voluntad y en caso de nulidad absoluta; y sostuvo que, conforme a la reglamentación que se contiene en materia de error, es factible que este error pueda dar lugar a daños resarcibles. Ello será especialmente posible, insistió la ponente, en los casos de error provocado o imputable a la otra parte, en los que estaríamos ante culpa *in contrahendo*. No guardan silencio al respecto, resaltó la ponente, los Principios UNIDROIT, en cuyo artículo 3.2.16 se establece que, con independencia de que el contrato se anule o no, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato. La segunda cuestión que se planteó la ponente fue la relación entre la acción de indemnización y la de anulación: a diferencia del silencio de los PLDC, los Comentarios a los Principios UNIDROIT señalan que la acción de nulidad y la acción indemnizatoria son independientes. Según la ponente, a la luz de los PLDC no habría inconveniente en ejercitar únicamente la acción de indemnización de perjuicios fundada en el dolo con eficacia anulatoria, pero entonces cabría preguntarse acerca de la naturaleza de esta acción ya que podría considerarse que, al mantener vigente el contrato, esta pretensión indemnizatoria pudiere dar lugar a la aplicación del régimen contractual, asumiendo el carácter de remedio por incumplimiento. Lo anterior no es, a juicio de la ponente, tan claro, pues habrá que determinar la naturaleza de los daños indemnizables, esto es, interés negativo o positivo, cuestión ésta que es la tercera sobre la que guardan silencio los PLDC y que, tanto en los Principios UNIDROIT como en el MCR, se resuelve limitando la indemnización al interés negativo.

Avanzó seguidamente la ponente las dos mejoras que, a su juicio, es necesario introducir para lograr una coherencia en el sistema de ineficacia: en primer lugar, la superación de aquellos viejos principios que postulaban la preeminencia de la nulidad sobre otras acciones susceptibles de ser ejercidas respecto del contrato y el reconocimiento de un derecho de opción a la parte interesada, de manera tal que pueda elegir entre ejercitar la acción de nulidad y las demás acciones y remedios que confiere el ordenamiento jurídico. Dicha mejora está, confirmó la ponente, incorporada en los

PLDC. Y así, conforme a ellos, el sujeto legitimado activamente para solicitar la nulidad relativa puede escoger entre demandar la ineficacia o hacer valer alguno o algunos de los remedios por incumplimiento. Se trata de una solución que se sitúa en la línea de los PECL, que admiten esta opción en su artículo 4:119, y del MCR (*vid.* art. II. 7:216, del MCR, bajo el epígrafe de «acumulación de remedios»). Por el contrario, los Principios UNIDROIT establecen en su artículo 3.2.4 que, en caso de error, el contratante no está facultado para anular el contrato si pudiere ejercitar los remedios por incumplimiento. La ponente se mostró más favorable a la solución adoptada por los PLDC que, además, encuadró dentro de la convalidación del contrato: el ejercicio de los remedios por incumplimiento se erigiría, así, en una manifestación de su voluntad de tener por válido el contrato. La profesora Prado defendió esta misma opción para el Derecho chileno para aquellos casos en que la causa de nulidad relativa se proyecte en la ejecución del contrato. Las razones en las que apoyó su posición fueron fundamentalmente dos. De una parte, porque dado que el único legitimado para el ejercicio de la pretensión anulatoria es el contratante que ha sufrido la causa de nulidad, es perfectamente posible que elija no ejercitarla, pues es solo su interés el que está en juego; en la línea del razonamiento apuntado anteriormente, la ponente reiteró la idea de que el ejercicio de los remedios por incumplimiento constituiría una confirmación del contrato. La segunda razón avanzada por la profesora Prado es que la tendencia de la jurisprudencia chilena en lo que se refiere a los concursos de acciones en sede contractual, ha sido la de señalar que mientras no se resuelva claramente si existe o no jerarquía entre las diversas acciones y derechos, el contratante tiene derecho de elección.

La segunda mejora propuesta por la Profesora Prado fue la admisión de la dimensión de remedio de la acción de nulidad: según la ponente, tanto en caso de nulidad absoluta como en caso de nulidad relativa, la intención de los operadores jurídicos es usualmente velar por conseguir sus particulares propósitos a través de esta institución, y no necesariamente velar por el cumplimiento de los requisitos de validez del contrato.

El profesor Baraona se centró en tres puntos. En primer lugar, en la diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, que estriba en el interés protegido (público en el primer caso, privado en el segundo); aunque en su opinión también en la nulidad relativa está involucrado el interés público. En segundo lugar, se mostró el ponente a favor del ejercicio extrajudicial de la acción de nulidad relativa. En tercer lugar, y en cuanto a la convalidación, a juicio del

ponente hay que decidir cuándo convalidar, debe configurarse como una declaración de voluntad de carácter recepticio y no debe olvidarse la protección de los terceros de buena fe.

## VIII. IMPREVISIÓN

Explicaron este tema la Profesora San Miguel (Universidad Autónoma de Madrid) y el Profesor Momberg (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

La Profesora San Miguel<sup>37</sup> realizó una intervención que podría dividirse en dos partes: por un lado, realizó un análisis exegético de la Sección 2 del Capítulo 8 dedicada a la imprevisión<sup>38</sup>; por otro lado, avanzó una serie de reflexiones que, no obstante, ya dejaba intuir a los asistentes en su cuidadoso análisis previo.

Y así, centrada en la regulación de la imprevisión en los PLDC, la ponente se preguntó: (1) ¿cuándo hay imprevisión?; y (2) ¿cuáles son los efectos de la imprevisión? En relación con la primera pregunta, dedicó su atención al cambio de circunstancias, exigido por el artículo 88 PLDC 2016<sup>39</sup> (correspondiente al art. 85 PLDC 2017)<sup>40</sup>: debe tratarse de un cambio de circunstancias posterior a la celebración del contrato, imprevisible (esto es, no previsto y no razonablemente previsible) y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada. La ponente subrayó que los principios UNIDROIT incluyen también el cambio de circunstancias anterior a la celebración del contrato, pero desconocido por las partes, supuesto que los PLDC tratan como error común. Además, para que entre en juego la imprevisión, como consecuencia

---

<sup>37</sup> Agradezco a la Profesora SAN MIGUEL que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

<sup>38</sup> En los PLDC 2017 la ubicación sistemática de la imprevisión ha sufrido importantes modificaciones: en primer lugar, los preceptos dedicados a ella (arts. 85 y 86) ya no están en el capítulo 8, sobre el incumplimiento, sino que se encuentran en el capítulo 7, relativo al cumplimiento; además, se ha suprimido la sección específica, que en la anterior versión se denominaba «Imprevisión».

<sup>39</sup> Art. 88 PLDC 2016: «Concepto de imprevisión. Si la ejecución del contrato se torna excesivamente onerosa, a causa de un cambio de circunstancias posterior a su perfección, cuyo acaecimiento no fue previsto o no era razonable preverlo, la parte afectada tiene derecho a requerir la renegociación del contrato».

<sup>40</sup> Art. 85 PLDC 2017: «Cambio de circunstancias. (1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede requerir a la otra la renegociación del contrato. (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada. (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes».

de este cambio de circunstancias la ejecución del contrato debe resultar excesivamente onerosa para una de las partes e implicar la frustración del fin del contrato. Constatada la imprevisión conforme a los parámetros indicados, se despliegan sus efectos. En primer lugar, la renegociación del contrato; la profesora San Miguel enfatizó que, conforme a la redacción de los PLDC, la parte perjudicada lo que tiene es un derecho a la renegociación, luego puede no ejercitarlo, posibilidad que, a juicio de la ponente, es criticable pues debería tratarse de un deber de renegociar el contrato. En clara conexión con lo anterior, la ponente defendió que conforme a la buena fe la parte perjudicada debería estar obligada a comunicar el cambio de circunstancias y a renegociar de buena fe. La ponente puso de manifiesto que existen cuestiones no resueltas por los PLDC, como los efectos de la imprevisión sobre la pretensión de cumplimiento o los efectos sobre la ejecución ya iniciada del contrato<sup>41</sup>. El segundo efecto de la imprevisión es la adaptación judicial del contrato o la resolución: este efecto entra en juego «transcurrido un plazo razonable, si las partes no alcanzan un acuerdo» pudiendo cualquiera de ellas demandar la adaptación o la resolución. Observó la ponente que en este contexto no se está contemplando la resolución por incumplimiento, de modo que el juez debe determinar la fecha de efectos de la resolución, las restituciones y las indemnizaciones, en su caso.

Muchas de las reflexiones que la profesora San Miguel compartió en el Congreso han sido acogidas en los PLDC 2017: y así, tras constatar que en la tensión entre tradición y modernización ha ganado, en sede de imprevisión, la corriente modernizadora, propuso una nueva ubicación de la regulación, bien en sede de cumplimiento o en un capítulo dedicado a los efectos del contrato<sup>42</sup> y una nueva denominación que fuera «cambio de circunstancias»<sup>43</sup>; se planteó la conveniencia de regular expresamente los efectos de la renegociación sobre la ejecución del contrato ya iniciada<sup>44</sup>; y apuntó la necesidad de jerarquizar los remedios de manera más clara y de otorgar poderes al juez.

El profesor Momberg, tras poner de manifiesto, en línea con la anterior ponente, que en el Derecho uniforme prevalece la terminología «cambio de circunstancias», y que en esta materia se produce una tensión entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula

<sup>41</sup> En la nueva redacción esta cuestión ha quedado resuelta, pues el apartado 2 del art. 85 PLDC 2017 establece que la renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada (*vid. supra* nota 40).

<sup>42</sup> Como ya se ha indicado, este cambio de ubicación se ha producido en los PLDC 2017 (*vid. supra* nota 38).

<sup>43</sup> También esta propuesta ha sido acogida por los redactores en la última versión: el art. 85 PLDC 2017 se denomina, de hecho, «cambio de circunstancias».

<sup>44</sup> *Vid. supra* nota 41.

*rebus sic stantibus*, dividió su intervención en dos partes: una primera en la que presentó un panorama de Derecho comparado y una segunda de análisis de los PLDC.

Su itinerario de Derecho comparado comenzó con el famoso caso de la Corte de casación francesa de 6 de marzo de 1876 (Canal de *Créponne*) sobre un contrato de suministro de agua para irrigar tierras, con más de 300 años de vigencia en el que el precio pagado había devenido claramente irrisorio y que el tribunal francés se negó a adaptar y mucho menos a resolver. Pasando al Derecho alemán, el ponente recordó que la primera versión del BGB no contemplaba el cambio de circunstancias, acudiendo los tribunales al parágrafo 242 BGB para aplicar una teoría que, ya tras la reforma de 2002, se reconoce en el parágrafo 313 BGB. Dirigiendo ya su mirada a Latinoamérica, el Profesor Momberg informó del generalizado reconocimiento de la regla de la imprevisión, siendo Chile, Venezuela y Uruguay los únicos países que se separan de esta tendencia.

La valoración que el ponente realizó de la regulación de los PLDC se centró fundamentalmente en el concepto de imprevisión. Y así, puesto que para el ponente la imprevisión es un supuesto de incumplimiento (si bien es cierto que con los remedios disponibles limitados), la ubicación sistemática en sede de incumplimiento le parecía adecuada. También consideró correcto restringir la entrada en juego de la imprevisión a los cambios posteriores a la celebración del contrato, ya que las situaciones previas hay que situarlas en el ámbito del error. Se mostró partidario de un concepto amplio, que uniera imprevisión y frustración del fin. En relación con la excesiva onerosidad, se refirió a los límites, muy difusos, de esta figura con la imposibilidad. El ponente puso de manifiesto la ausencia del requisito de la asunción del riesgo por el contratante afectado, carencia que, en la última versión, ha sido ya colmada<sup>45</sup>. Por lo que se refiere a los efectos de la imprevisión, el profesor Momberg indicó que la finalidad de la adaptación del contrato debería ser acorde con la distribución de riesgos, lo que se traduciría en que el negocio adaptado, aun sin ser un negocio ruinoso, debería seguir siendo un mal negocio.

## IX. CASO FORTUITO, IMPOSIBILIDAD Y REMEDIOS DEL ACREEDOR

Los profesores Mariño (Universidad de la República, Uruguay), Marín (Instituto Tecnológico Autónomo de México) y la

<sup>45</sup> Vid. art. 85 (1) PLDC 2017, reproducido *supra* en nota 40.

Profesora Mejías (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) conformaron la mesa dedicada a estos temas.

La profesora Mejías partió del concepto amplio y neutro de incumplimiento, subrayando que la imputabilidad no forma parte de dicho concepto y aparece sólo en el ámbito de la indemnización. Centrándose en el caso fortuito, y tras informar de la falta de consenso que existía al inicio de las discusiones durante el proceso de elaboración de los PLDC, se ocupó, primero, del concepto de caso fortuito para, a continuación, aludir a los remedios disponibles para el acreedor. En cuanto al concepto, constató la cercanía existente entre la redacción analizada y la CISG y el alejamiento con la noción presente en las legislaciones latinoamericanas. Y así, en los PLDC el caso fortuito se define como «un hecho ajeno al control del deudor que, sin ser un riesgo a su cargo, le impide cumplir la obligación temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento y efectos no ha podido resistir» (art. 86 PLDC 2016, recogido en el art. 90 PLDC 2017). La ponente destacó el componente subjetivo introducido por la idea de «irresistibilidad» y echó en falta el establecimiento del estándar de comportamiento que cabe exigir al deudor.

El caso fortuito, terminó recordando la ponente, priva al acreedor del remedio indemnizatorio y de la pretensión de cumplimiento.

El profesor Mariño comenzó afirmando que cuando hay un incumplimiento por causa no imputable debido a imposibilidad sobrevenida fortuita, la obligación se extingue y se produce una exoneración de responsabilidad. Su ponencia se focalizó en la distribución de riesgos en el caso de las obligaciones recíprocas, aludiendo a las dos soluciones que actualmente coexisten. Por un lado, aquella que asigna el riesgo al acreedor, quien, por tanto, debe cumplir, aunque no reciba, y que tiene derecho al *commodum representationis*; se trata de la solución propia del derecho romano, el CC francés, el español, el chileno y el uruguayo. Por otro lado, encontramos la solución del moderno derecho de obligaciones y contratos, conforme a la cual el acreedor puede pedir la resolución o la cesión de derechos. En opinión del ponente, los PLDC han adoptado una posición moderna, pues en su artículo 87 PLDC 2016 (correspondiente al art. 91 PLDC 2017) se establece que «[I]a imposibilidad sobreviviente total y definitiva para cumplir una obligación contractual, causada por caso fortuito, extingue la obligación y libera al deudor. En tal caso, el acreedor puede optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, en razón de la imposibilidad, el deudor detenta contra un tercero».

El profesor Marín<sup>46</sup> ofreció una visión comparada de la regulación del caso fortuito en los PLDC, en el Derecho francés y en instrumentos internacionales.

En los PLDC no se diferencia el caso fortuito de la fuerza mayor, sino que se tratan como sinónimos, lo que al ponente le pareció correcto. De los dos tradicionales elementos (imprevisibilidad e irresistibilidad) presentes en el artículo 1218 CC francés, los PLDC sólo han tomado expresamente la irresistibilidad. Aparece la idea de la esfera de control, recogida también en los PECL, en el CC francés y en los Principios UNIDROIT. El ponente mostraba sus dudas acerca del significado exacto de la puesta a cargo del deudor del riesgo.

Al analizar la imposibilidad, el ponente dirigió, primero, su mirada al Derecho inglés, recordando importantes y conocidos casos de la jurisprudencia, como *Taylor v. Caldwell*, *Siegel v Eaton* o *Texas Co. V. Hogarth Shipping Co.* Para, después, fijarse en los remedios disponibles para el acreedor conforme a los PLDC en caso de imposibilidad total y definitiva (opción entre resolución o cesión de derechos) e imposibilidad temporal y parcial (suspensión o reducción de la propia contraprestación).

## X. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS EN LOS PLDC. CONDICIONES. PROCEDENCIA, EXONERACIÓN Y LÍMITES

Fueron tres los ponentes en esta mesa: los Profesores Kindl (Universidad de Münster), Vidal (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) y De la Maza (Universidad Diego Portales).

El Profesor Vidal se ocupó del ejercicio autónomo de la indemnización en los PLDC, contemplado en el artículo 91.2 PLDC 2016 (correspondiente al art. 92.2 PLDC 2017) en los siguientes términos: «La indemnización de los daños podrá ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela». El ponente expuso que la expresión «ejercicio autónomo» debe interpretarse en el sentido de ejercicio independiente respecto de los otros medios de tutela, si bien consideró necesaria una mejor redacción (por ejemplo, «ejercicio en forma exclusiva o en conjunto con los otros medios de tutela»). Centrándose ya en el remedio indemnizatorio, el profesor observó que no se ha introducido la categoría del derecho al reintegro del valor de la prestación.

---

<sup>46</sup> Agradezco al Profesor MARÍN que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

A continuación, el ponente defendió la carga que todo acreedor debería tener de comunicar el cumplimiento imperfecto, contemplado en el artículo 92 PLDC 2016 (correspondiente al art. 93 PLDC 2017), deber que se desprende del principio general de buena fe y de conservación del negocio. Y este último le condujo a plantear la conveniencia de incorporar el derecho del deudor a subsanar el incumplimiento, previsto en el Derecho uniforme, que, de manera correlativa, contempla la obligación del acreedor a otorgar un plazo para subsanar, cuando ello sea razonable. La propuesta del ponente, de introducir un nuevo precepto en el que se reconociera expresamente la *Nachfrist*, ha sido acogida en los PLDC 2017<sup>47</sup>.

El Profesor De la Maza se centró en la relación de causalidad como requisito y límite de la indemnización. Informó el ponente de que en Latinoamérica se ha prestado poca atención a esta cuestión en sede contractual, contrariamente a lo que ha sucedido en sede extracontractual, en el que se distingue entre las circunstancias que pueden considerarse históricamente causa del resultado y las que, de entre aquéllas, son normativamente relevantes. La previsibilidad del daño, recogida en el artículo 107 PLDC 2016 (ahora art. 108 PLDC 2017), constituye uno de los test necesarios para superar los excesos de la causalidad fáctica. Finalizó la intervención citando un caso de la jurisprudencia chilena que basó su decisión sobre el carácter indemnizable del daño moral contractual en la idea del fin de protección del contrato.

Y precisamente del fin de protección del contrato habló el Profesor Kindl<sup>48</sup>, que focalizó su intervención en el Derecho alemán, estructurándola en 4 partes: (1) cuestiones generales; (2) fin de protección de los deberes contractuales; (3) la previsibilidad del daño; (4) conclusiones. Trazaré las ideas básicas de cada una de estas partes.

Fueron varias las cuestiones generales que sirvieron de premisa para las siguientes partes de la ponencia. Y así, recordó que en Derecho alemán: no hay responsabilidad sin violación de un deber; la previsibilidad, en principio, no es un elemento que se tenga en cuenta para dilucidar el carácter resarcible o no del daño; la resarcibilidad del daño contractual depende del tipo de daño. Y a este propósito explicó que existe el daño simple (cuyo único requisito es la violación de cualquier deber contractual causando un daño), el daño por mora (que supone la violación de un deber de presta-

<sup>47</sup> En el art. 94 PLDC 2017, como ya se ha indicado *supra*, en la nota 13.

<sup>48</sup> Agradezco al Profesor KINDL que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

ción y, en principio, la intimación del deudor) y el daño en lugar de la prestación (que es el fundamento de la pretensión más importante en la práctica y cuyos requisitos son la violación de un deber de prestación más, en principio, la fijación de un plazo razonable al deudor para el cumplimiento por parte del acreedor después del momento del vencimiento y el no cumplimiento por el deudor dentro de ese plazo).

La segunda parte de la intervención se centró en el fin de protección de los deberes contractuales. Partió el ponente de la necesidad de limitar la obligación de resarcimiento, siendo la doctrina de la *conditio sine qua non* claramente insuficiente a estos efectos. El filtro de la causalidad adecuada es, a juicio del ponente, un filtro demasiado grueso (solo hechos que hayan aumentado el riesgo de la realización de tal daño pueden justificar la responsabilidad). Aparece así el fin de protección de los deberes contractuales como instrumento adecuado para la limitación de daños resarcibles: se pregunta esta teoría si el deber violado sirve para proteger a la parte contratante contra la realización del riesgo que creó. Para contestar a esta pregunta, indicó el profesor alemán, hay que hacer una interpretación teleológica del contrato. A continuación, ilustró la explicación con ejemplos extraídos de la jurisprudencia alemana, que clasificó en función del deber incumplido.

La tercera parte de la exposición se centró en la previsibilidad del daño que, aunque como regla general no sirve como criterio de limitación de daños, puede llegar a ser importante en el caso del artículo 254 (2) BGB, que reduce la responsabilidad del deudor cuando el perjudicado ha omitido advertir al deudor del peligro de un gran daño inusual, que el deudor ni conocía, ni tenía que conocer. En opinión del ponente, dicho precepto pone de manifiesto que la previsibilidad del daño en el Derecho alemán tiene importancia en el contexto del concurso de culpas.

## XI. CLÁUSULA PENAL

Expusieron en la última de las mesas los Profesores Carvajal (Pontificia Universidad Católica de Chile) y Corral (Universidad de los Andes). Debe advertirse que en la última versión de los PLDC los preceptos dedicados a la cláusula penal han sufrido importantes modificaciones.

Antes de la intervención del Profesor Carvajal, en la que abundaron las referencias a la cláusula penal en el Derecho romano,

expuso el Profesor Corral<sup>49</sup>, para quien la cláusula penal no es una verdadera cláusula, sino un contrato accesorio de garantía. Su intervención se estructuró en 4 partes: las funciones de la cláusula penal, sus requisitos, la pena en caso de cumplimiento parcial o imperfecto y la pena excesiva o irrisoria. Expondré las ideas principales de cada parte.

El ponente indicó que en los PLDC se recogen las tres funciones que puede cumplir la cláusula penal: de garantía, de valoración anticipada de los daños y sancionadora.

En cuanto a los requisitos, señaló, en primer lugar, el incumplimiento: planteó el ponente la duda de si el incumplimiento debe ser probado por el acreedor y echó en falta una previsión sobre si el deudor podría alegar el caso fortuito o la falta de culpa para exonerarse de cumplir la pena. Los PLDC no contemplan la mora como requisito para la indemnización de daños y perjuicios, ni para cobrar la pena, con lo que se mantiene la coherencia. Siguiendo lo que ya es tradicional, no se exige que el acreedor pruebe los daños ni se admite la prueba de que el incumplimiento no causó daños, sin perjuicio de la facultad del juez de moderar la pena excesiva.

En relación con los casos de cumplimiento parcial, el ponente se centró, primero, en lo que, según los PLDC, cabe calificar de cumplimiento parcial. A este propósito, el artículo 113 PLDC 2016 contempla varios supuestos<sup>50</sup>: el cumplimiento imperfecto, el cumplimiento parcial («cumple sólo una parte de la obligación»), el cumplimiento irregular («la cumple de un modo irregular») y el cumplimiento «fuera del lugar o del tiempo a que se obligó». Este último, observó el ponente, parece más bien retraso, con lo que consideró que podría ser indemnizado por una pena moratoria. Seguidamente, el profesor explicó las consecuencias del cumplimiento parcial, a saber, la reducción proporcional de la pena. A juicio del ponente dicho criterio tiene sentido cuando se cumple una parte de la obligación, pero no cuando hay otras formas de cumplimiento imperfecto; de ahí que, en su opinión, fuera preferible emplear la palabra «prudencialmente» o aclarar que la reducción se hará en proporción a la medida en que el cumplimiento satisfizo el interés del acreedor.

Por lo que se refiere a las penas excesivas o irrisorias, el ponente hizo hincapié en que la alteración judicial del monto de la pena

---

<sup>49</sup> Agradezco al Profesor CORRAL que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

<sup>50</sup> La actual redacción se ha simplificado considerablemente, pues el art. 116 PLDC 2017 ahora habla únicamente de cumplimiento imperfecto. El precepto citado reza como sigue: «Rebaja por cumplimiento imperfecto del contrato. Si el cumplimiento es imperfecto y el acreedor lo acepta, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena, salvo acuerdo en contrario».

sólo procede a petición de parte, y no de oficio, a diferencia de lo que sucede en el nuevo CC francés, que autoriza expresamente la actuación de oficio en su artículo 1231-5. Observó también el profesor que a partir del tenor literal del precepto (art. 112 PLDC 2016) parece que se esté pensando en una pena dineraria (el artículo emplea la expresión «monto»), lo que deja fuera otro tipo de penas que consisten en la entrega de una especie o cuerpo cierto o incluso en una obligación de hacer o de no hacer. Por ello, el profesor avanzó una propuesta de cambio de redacción, que eliminara el término «monto», propuesta que ha sido acogida en la última versión: el artículo 115 PLDC 2017 establece que el juez puede «reducir la pena». Centrado en las penas excesivas, señaló que la expresión utilizada por el precepto («monto manifiestamente excesivo») entraña el riesgo de no poder evitar que todos los deudores aleguen enormidad de la pena y que se produzca una exagerada discrecionalidad judicial. Proponía, por ello, establecer algunos requisitos o incluso tipificar casos en los que se presuma ese exceso, como el criterio del duplo para obligaciones dinerarias, previsto en el Código Civil chileno (art. 1544)<sup>51</sup> y cuyo origen se sitúa en el Derecho romano justinianeo.

Pasando a la pena considerada «irrisoria» y al poder del juez de aumentarla, el ponente observó que una regla como ésta adquiere todo su sentido en sistemas como el francés, el español o el argentino en el que el acreedor está obligado a reclamar la pena sin que pueda recurrir a la indemnización ordinaria; pero no tiene utilidad en sistemas como el chileno (seguido, a su juicio, por los PLDC) que permiten al acreedor optar entre exigir la pena o la indemnización de daños y perjuicios ordinaria (asumiendo, en este último caso, la carga de probar el daño): si se ha pactado una pena que se revela inferior al daño causado, al acreedor le bastará con no reclamar la cláusula penal y demandar la indemnización ordinaria de los perjuicios padecidos.

## XII. VALORACIÓN FINAL

Estoy convencida de que todos los asistentes al Congreso aprendieron algo nuevo: quienes veníamos de Europa, tuvimos la oportu-

---

<sup>51</sup> Art. 1544 CC Chileno: «Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. [...]».

tunidad de conocer las principales características de los derechos de contratos latinoamericanos de la mano de algunos de sus académicos más prestigiosos en la materia, quienes, a su vez, escucharon las reflexiones que los juristas europeos compartieron desde la realidad de sus propios sistemas jurídicos. Como punto de encuentro los PLDC, en los que volvió a constatarse la tensión entre las tendencias modernas y las construcciones tradicionales del Derecho de contratos, así como las incoherencias que, en algunos ámbitos, esta tensión produce. Sin embargo, un rápido vistazo a la última versión de los PLDC (todavía inédita<sup>52</sup>) permite afirmar que en esta «batalla de tendencias» va ganando terreno el moderno Derecho de contratos.

No quiero cerrar estas líneas sin una última reflexión: escuchando a muchos de los académicos latinoamericanos no podía por menos que comprobar el empleo de un lenguaje, de unas categorías y de un razonamiento jurídico en los que me he estado empapando desde mi formación: el del Moderno Derecho de Contratos. La notable difusión de los textos de Derecho Privado Europeo y Uniforme, también en Latinoamérica, ha sido probablemente la causante de esta feliz coincidencia. Pero quiero pensar que la Escuela que el profesor Morales ha erigido en Chile durante los últimos años ha tenido también algo (mucho) que ver con esta realidad.

---

<sup>52</sup> Aunque de próxima publicación en España.