

LA LEY



CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Profesor de Derecho Civil (Contratos) y Arbitraje Internacional
Secretario de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano
Miembro correspondiente Extranjero de la Academia de Ciencias
Políticas y Sociales de Venezuela
Académico Honorario de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia
Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR
RICARDO L. LORENZETTI



TOMO III

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR
RICARDO L. LORENZETTI



TOMO III

Coordinador

CARLOS A. SOTO COAGUILA

Co-Autores por orden alfabético

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS • JAIME A. ARRUBLA PAUCAR
EDUARDO BARBOZA BERAÚN • LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA
MARIANA BERNAL FANDIÑO • MASSIMO BIANCA • ALEJANDRO BORDA
GERSON L. BRANCO • ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ • ARTURO CAUMONT
MARIO CORDERO MIRANDA • JORGE SÁNCHEZ CORDERO
HERNÁN CORRAL TALCIANI • MIGUEL F. DE LORENZO • NEWTON DE LUCCA
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA • FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
FREDDY ESCOBAR ROZAS • JUAN ESPINOZA ESPINOZA
MARÍA L. ESTIGARRIBIA BIEBER • CARLOS A. GABUARDI • RAMÓN A. GUZMÁN
CARLOS I. JARAMILLO JARAMILLO • ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA
LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ • CLAUDIA LIMA MARQUES
EUGENIO LLAMAS POMBO • RICARDO L. LORENZETTI
MARÍA MARCOS GONZÁLEZ • ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ
GRACIELA MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ • BRUNO MIRAGEM
RAMIRO MORENO BALDIVIESO • JORGE MOSSET ITURRASPE
ENRIQUE C. MÜLLER • SERGIO MUÑOZ LAVERDE
GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA • FELIPE OSTERLING PARODI
FERNANDO PANTALEÓN • SEBASTIÁN PICASSO • MIGUEL PIEDECASAS
GIOVANNI F. PRIORI POSADA • BOANERGES RODRÍGUEZ FREIRE
HORACIO ROITMAN • EDGARDO I. SAUX • SANDRO SCHIPANI
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ • CARLOS A. SOTO COAGUILA
JAVIER TAMAYO JARAMILLO • GUSTAVO TEPEDINO
ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ • CARLOS VATTIER FUENZALIDA
YURI VEGA MERE • FERNANDO VIDAL RAMÍREZ



IDPL

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO

LA LEY

Soto Coaguila, Carlos A.

Teoría general de los contratos: homenaje al profesor doctor Ricardo Luis Lorenzetti / Carlos A. Soto Coaguila; coordinado por Carlos A. Soto Coaguila. - 1ª ed. - Buenos Aires: La Ley, 2012. v. 3, 1040 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2309-9

1. Derecho Civil. 2. Contratos. I. Soto Coaguila, Carlos A., coord. II. Título
CDD 346.02

© Carlos A. Soto Coaguila, 2012.

© Instituto de Derecho Privado Latinoamericano, 2012

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I. 2012.

Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

Impreso en la Argentina.

Todos los derechos reservados.

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida.

o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio.

electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación.

o cualquier otro sistema de archivo y recuperación.

de información, sin el previo permiso por escrito del editor y del autor.

Printed in Argentina.

All rights reserved.

No part. of this work may be reproduced.

or transmitted in any form or by any means,

electronic or mechanical, including photocopying and recording.

or by any information storage or retrieval system,

without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-2309-9 (Tomo III)

I.S.B.N. 978-987-03-2306-8 (Obra completa)

SAP 41344267

SET 41344268

ARGENTINA

SUMARIO

- TOMO I -

CAPÍTULO I

UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

EL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO Y BASES PARA UN CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS

Por *Ricardo L. Lorenzetti (Argentina)*

LOS RETOS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA

Por *Jorge Sánchez Cordero (México)*

UN CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES PARA AMÉRICA LATINA. RELEER LOS "DIGESTA" DE JUSTINIANO

Por *Sandro Schipani (Italia)*

LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por *Carlos Vattier Fuenzalida (Chile)*

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO Y LA CODIFICACIÓN

Por *Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)*

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONTRACTUALES

PRINCIPIOS CONTRACTUALES

Por *Felipe Osterling Parodi (Perú)*

PRINCIPIOS CONTRACTUALES EN DERECHO PRIVADO

Por *Sergio Muñoz Laverde (Colombia)*

PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL (DE LA IGUALDAD FORMAL A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)

Por *Miguel F. De Lorenzo (Argentina)*

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE Y EL DERECHO DE CONTRATOS (ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS)

Por *Mariana Bernal Fandiño (Colombia)*

NUEVOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA: BUENA FE OBJETIVA Y FUNCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO BRASILEÑO

Por *Claudia Lima Marques y Bruno Miragem (Brasil)*

NUEVOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES DEL DERECHO BRASILEÑO Y LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

Por *Gustavo Tepedino (Brasil)*

CAPÍTULO III**FORMACIÓN DEL CONTRATO: OFERTA. ACEPTACIÓN. CONSENTIMIENTO. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO****LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL. LA OFERTA Y ACEPTACIÓN**

Por *Enrique C. Müller (Argentina)*

LA OFERTA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONTRATO Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Por *Newton De Lucca (Brasil)*

LA OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS INDETERMINADAS

Por *Arturo Solarte Rodríguez (Colombia)*

UNA NUEVA MIRADA RESPECTO DE LA VISIÓN CLÁSICA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS VICIOS

Por *Edgardo I. Saux (Argentina)*

EL SILENCIO Y OTROS MEDIOS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD COMO EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

Por *Luis F. P. Leiva Fernández (Argentina)*

EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. LA BÚSQUEDA DE PUNTOS TEÓRICOS DE ENCUENTRO PARA LA VIABILIDAD DEL EMPRENDIMIENTO UNIFICADOR DEL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO

Por *Arturo Caumont (Uruguay)*

APROXIMACIÓN OBJETIVA A LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: A PROPÓSITO DEL ERROR JURÍDICAMENTE RELEVANTE

Por *José Daniel Amado Vargas (Perú)*

LA REPRESENTACIÓN: SU RECEPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA

Por *Giovanni F. Priori Posada (Perú)*

LAS BASES PARA EL CÓDIGO LATINOAMERICANO: ¿CONTRATOS CONSENSUALES O REALES?

Por *Fernando Vidal Ramírez (Perú)*

CAPÍTULO IV**TRATATIVAS PRELIMINARES. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL****RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA UN FUTURO CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS**

Por *Fernando Pantaleón (España)*

RUPTURA DE LAS TRATATIVAS PRELIMINARES Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Por *Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)*

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Por *Javier Tamayo Jaramillo (Colombia)*

LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA ETAPA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, EN EL DERECHO EUROPEO

Por *Massimo Bianca (Italia)*

LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Por *Horacio Roitman (Argentina)*

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONSUMIDOR: INCIDENCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Por *Andrés Mariño López (Uruguay)*

CAPÍTULO V**CONTRATOS PREPARATORIOS. COMPROMISO DE CONTRATAR. CONTRATO DE OPCIÓN****LA DENOMINADA PROMESA DE CONTRATAR BAJO EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**

Por *Eduardo Barboza Beraún (Perú)*

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS Y EL CONTRATO NOMINADO DE PROMESA EN MÉXICO

Por *Carlos A. Gabuardi (México)*

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN BOLIVIA

Por *Mario Cordero Miranda (Bolivia)*

- TOMO II -**CAPÍTULO VI****CONTRATOS PREDISPUESTOS. CONTRATO DE ADHESIÓN. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN****APUNTES SOBRE EL CONSUMIDOR Y LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Por *Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Perú)*

**ENTENDIENDO EL MERCADO: LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA
COMO FORMA DE MITIGAR LOS PROBLEMAS DE INSATISFACCIÓN Y
DE SELECCIÓN ADVERSA**

Por *Freddy Escobar Rozas (Perú)*

**LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA PRO-
TECCIÓN DEL CONSUMIDOR (DÉBIL JURÍDICO) ANTE LAS CLÁUSU-
LAS ABUSIVAS**

Por *María L. Estigarribia Bieber (Argentina)*

**¿ES EL CONSUMIDOR UN IDIOTA? EL FALSO DILEMA ENTRE EL CON-
SUMIDOR RAZONABLE Y EL CONSUMIDOR ORDINARIO EN LOS
CONTRATOS DE CONSUMO**

Por *Alfredo Bullard González (Perú)*

**LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y EL NUEVO CÓDI-
GO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

Por *Yuri Vega Mere (Perú)*

**CONTRATOS: CONDICIONES GENERALES, ADHESIÓN Y PREDISPOSI-
CIÓN (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ARGEN-
TINA)**

Por *Miguel Piedecasas (Argentina)*

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LOS CONTRATOS

Por *Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)*

CAPÍTULO VII

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

**PANORAMA DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. LINEAMIE-
NTOS GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA DE
UN “CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS”**

Por *Carlos I. Jaramillo Jaramillo (Colombia)*

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Por *Graciela Messina de Estrella Gutiérrez (Argentina)*

INTEGRACIÓN DEL CONTRATO Y CONSTITUCIÓN

Por *Gustavo Ordoqui Castilla (Uruguay)*

LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PERUANO

Por *Carlos A. Soto Coaguila (Perú)*

“CONSENSUS INTUITU PERSONAE”. LA NATURALEZA DEL PACTO SOBRE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

Por *Fernando De Trazegnies Granda (Perú)*

CAPÍTULO VIII**REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL****LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO**

Por *Eugenio Llamas Pombo (España)*

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS REMEDIOS DE TUTELA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EN LAS TENTATIVAS DE UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE CONTRATOS

Por *Luciano Barchi Velaochaga (Perú)*

LAS DIFICULTADES DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA EXPERIENCIA CHILENA

Por *Fabián Elorriaga De Bonis (Chile)*

LA “ACCIÓN DIRECTA” COMO REMEDIO CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Por *Hernán Corral Talciani (Chile)*

LA DISTINCIÓN ENTRE LA EJECUCIÓN FORZADA POR EQUIVALENTE DINERARIO Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL ACREEDOR: APUNTES PARA UN DEBATE NECESARIO

Por *Sebastián Picasso (Argentina)*

**LA CLÁUSULA PENAL EN LA PROPUESTA PUERTORRIQUEÑA DE UNA
NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO**

Por *Ramón A. Guzmán (Puerto Rico)*

- TOMO III -

CAPÍTULO IX

INEFICACIA. NULIDAD. ANULABILIDAD

NULIDAD DE LOS CONTRATOS

Por *Aníbal Torres Vásquez (Perú)*

**LA FUNCIONALIDAD DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDA-
MENTO PARA LA INVALIDACIÓN DE LOS CONTRATOS**

Por *Gerson L. Branco (Brasil)*

LA INEXISTENCIA JURÍDICA

Por *Boanerges Rodríguez Freire (Ecuador)*

LA PRESUPOSICIÓN

Por *Juan Espinoza Espinoza (Perú)*

**LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL. UNA
FACULTAD INQUISITIVA**

Por *María Marcos González (España)*

CAPÍTULO X

EFFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

LOS EFECTOS DEL CONTRATO

Por *Alejandro Borda (Argentina)*

**CRITERIOS SOBRE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS CON RELACIÓN
A TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA DE 1976**

Por *Ramiro Moreno Baldivieso (Bolivia)*



ANEXOS

- 1. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004 / INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT**
- 2. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 / INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT**
- 3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS / COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS**
- 4. CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO) / ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA**
- 5. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS / COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)**
- 6. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS / SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (MINISTERIO DE JUSTICIA - GOBIERNO DE ESPAÑA)**
- 7. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW / STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP)**

INDICE GENERAL

- TOMO I -

SUMARIO	VII
PRESENTACIÓN	CIX
<i>Por Carlos A. Soto Coaguila (Perú)</i>	
SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI...	CXIII
<i>Por Fernando De Trazegnies Granda (Perú)</i>	
SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI...	CXIX
<i>Por Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)</i>	
CURRICULUM VITAE DEL DR. RICARDO LUIS LORENZETTI	CXXI

CAPÍTULO I

UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

EL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO Y BASES PARA UN CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS	1
<i>Por Ricardo L. Lorenzetti (Argentina)</i>	
1. El consenso sobre las reglas contractuales	1
2. La crisis del consenso	3
3. El consentimiento negociado: el principio consensualista.....	5
4. Excepciones al consentimiento negociado	8
4.1. Contratos predisuestos o “standard”	9
4.2. La adhesión	10
4.3. Intercambio no negociado	11

	Pág.
4.4. Intercambio desigual	11
4.5. El contrato forzoso	12
4.6. Contratos celebrados por medios electrónicos	13
4.7. Condiciones generales conocidas con posterioridad a la celebración ("rolling contracts", "click and wrap agreements")	14
5. El modelo del contrato de cambio y sus excepciones	15
5.1. Contratos de cambio, gratuitos y de colaboración	15
5.2. El modelo adversarial (contratos de cambio) y el cooperativo (contratos de colaboración)	17
5.3. El modelo del contrato instantáneo y de larga duración	20
a) Consentimiento instantáneo y progresivo	20
b) Reciprocidad estática y dinámica	21
c) Objeto material y desmaterialización del objeto	22
d) Autonomía privada en el campo extrapatrimonial	23
e) Contratos de empresa y de consumo	24
f) Contratos colectivos y difusos	26
6. Del modelo único a un modelo general con excepciones	26
7. El contrato en el subsistema jurídico latinoamericano	28
LOS RETOS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA	31
Por <i>Jorge Sánchez Cordero (México)</i>	
1. Introducción	31
2. Sus antecedentes históricos	35
3. Sus orígenes	36
4. Consideraciones generales	42
UN CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES PARA AMÉRICA LATINA. RELEER LOS "DIGESTA" DE JUSTINIANO	59
Por <i>Sandro Schipani (Italia)</i>	
1. Premisa. Referencias bibliográficas	59
2. La importancia de los "Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa" del Parlamento Latinoamericano	62
3. Las implicancias del reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano como subsistema del sistema jurídico romanista	65
a) La armonización interpretativa	66

	Pág.
<i>b)</i> La integración de las lagunas (entre las cuales aquella dependiente de las novedades de los actuales procesos de integración supranacional).....	66
<i>c)</i> El aporte para la unificación del derecho en el continente	67
<i>d)</i> El aporte para la formación del <i>ius gentium</i> actual en la dinámica de los grandes sistemas jurídicos	67
4. La necesidad de un ‘código’	68
5. Centralidad de las obligaciones. La relectura de los “Digesta” y la tutela de los derechos humanos en la dinámica de la obligación ...	69
6. Las fuentes de las obligaciones entre figuras generales y tipicidad: la relectura de los “Digesta” y el enfoque de Gayo (D. 44, 7, 1 pr.) y de Labeón (D. 50,16,19 y las reglas operativas conexas), y el empleo de la analogía.....	71
LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS	79
Por <i>Carlos Vattier Fuenzalida (Chile)</i>	
1. Órgano proponente	79
2. Características de la Propuesta	80
3. Presupuestos, objetivos y fuentes	81
4. Síntesis del contenido.....	83
<i>a)</i> La relación obligatoria.....	84
<i>b)</i> El contrato en general.....	89
5. Conclusión y perspectivas.....	95
LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO Y LA CODIFICACIÓN	97
Por <i>Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)</i>	
Introducción	97
1. La codificación	98
2. El derecho civil y la codificación.....	99
2.1. La codificación	99
2.2. La técnica de la codificación	103
2.3. El individualismo	103
2.4. El Código de Napoleón.....	104
2.5. Los contenidos dogmáticos e ideológicos del Código Civil francés.....	105
3. El derecho comercial y la codificación.....	107

	Pág.
3.1. Panorama sobre las grandes transformaciones del derecho comercial	108
3.2. La materia mercantil y el Código de Comercio colombiano	117
4. Validez del Código como técnica de producción legislativa	118

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONTRACTUALES

PRINCIPIOS CONTRACTUALES	125
<i>Por Felipe Osterling Parodi (Perú)</i>	
1. Introducción.....	125
2. Principios generales del derecho y principios contractuales.....	126
3. Principales Principios Contractuales	128
3.1. El Principio de la Autonomía de la Voluntad.....	129
3.2. Principio de Obligatoriedad (<i>fuerza vinculante</i>).....	131
3.3. El Principio de la Relatividad del Contrato (<i>eficacia del contrato</i>)	133
3.4. El Principio de la Causa Concreta	135
3.5. Principio del Consensualismo (<i>Conclusión y Perfeccionamiento</i>)	136
3.6. El Principio de Sociabilidad/Solidaridad	139
3.7. El Principio de Inalterabilidad.....	140
3.8. El Principio de Eficiencia	141
PRINCIPIOS CONTRACTUALES EN DERECHO PRIVADO	143
<i>Por Sergio Muñoz Laverde (Colombia)</i>	
1. Presentación.....	143
2. Conceptos básicos de principio y de principio general de derecho	144
2.1. Principio	144
2.2. Principio general de derecho.....	145
2.2.1. Origen de los principios generales de derecho	146
2.2.2. Función de los principios generales de derecho en el ordenamiento jurídico	148
3. Principios Contractuales	153
3.1. Delimitación del tema	153
3.2. Identificación de los principios Contractuales	154

	Pág.
3.2.1. Principio de autonomía privada	155
3.2.1.1. Noción de autonomía privada	155
3.2.1.2. Diversas manifestaciones de la autonomía privada.	156
3.2.1.3. Límites de la autonomía privada y en especial el orden público	158
3.2.1.4. El principio de autonomía privada en el Código Civil colombiano	161
3.2.2. El principio de buena fe	164
3.2.2.1. Generalidades sobre la noción de buena fe	164
3.2.2.2. El principio de buena fe en la celebración y en la ejecución de los contratos	168
3.2.2.3. El principio de buena fe en la interpretación contractual	175
3.2.2.4. El principio de buena fe frente al abuso en materia contractual	177
3.2.2.5. Nulidad de las cláusulas abusivas	188
3.2.3. Principio de consensualidad	189
3.2.4. Principio de normatividad	191
3.2.5. Principio de relatividad	192
3.2.6. Principio de prevalencia interpartes de la voluntad real sobre la declarada	193
PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL (DE LA IGUALDAD FORMAL A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)	197
<i>Por Miguel F. De Lorenzo (Argentina)</i>	
1. El derecho común de los contratos, entre los principios y la diversidad	197
2. Contrato, derechos fundamentales y dignidad de la persona	206
3. Colofón	222
EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE Y EL DERECHO DE CONTRATOS (ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS)	225
<i>Por Mariana Bernal Fandiño (Colombia)</i>	
1. Introducción	225
2. El principio general de la buena fe	227
2.1. Concepto	227
2.2. Aplicaciones en el derecho contractual	228
3. La doctrina de los actos propios	229

	Pág.
3.1. Breves comentarios sobre la noción de actos propios.....	229
3.2. Requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios ...	231
3.2.1. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz	231
3.2.2. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción —atentatorio de la buena fe— existente entre ambas conductas	233
3.2.3. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas	235
3.3. Límites de la doctrina de los actos propios.....	236
4. Consideraciones finales	238
Bibliografía.....	238
 NUEVOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA: BUENA FE OBJETIVA Y FUNCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO BRASILEÑO	
	241
<i>Por Claudia Lima Marques y Bruno Miragem (Brasil)</i>	
1. Introducción: homenaje a un reconstructor del derecho privado latinoamericano.....	241
2. La buena fe objetiva en el derecho contractual brasileño	246
2.1. Intervención del Estado en la autonomía contractual y buena fe.....	250
2.2. Buena fe objetiva como fuente de deberes anexos en los contratos	255
3. Función social de los contratos en el derecho brasileño	263
3.1. Orígenes de la función social de los contratos en el derecho privado brasileño	264
3.2. Efectos de la función social de los contratos en el derecho brasileño.....	273
4. Consideraciones finales	287
 NUEVOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES DEL DERECHO BRASILEÑO Y LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.....	
	289
<i>Por Gustavo Tepedino (Brasil)</i>	
1. Breve panorama del derecho contractual brasileño	289
2. Función social de los contratos y la observación de deberes extracontractuales	290
3. El principio de la buena fe objetiva. Imposición a terceros del deber legal de abstención	295

CAPÍTULO III

FORMACIÓN DEL CONTRATO: OFERTA. ACEPTACIÓN.
CONSENTIMIENTO. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL. LA OFERTA Y ACEPTACIÓN	305
<i>Por Enrique C. Müller (Argentina)</i>	
1. El consentimiento	305
2. Oferta y aceptación	306
2.1. La oferta	306
2.2. La aceptación	306
3. La manifestación de la voluntad por medios electrónicos	307
4. Forma de las manifestaciones.....	309
4.1. El esquema del Código Civil y del de Comercio	309
4.2. Como superar las dificultades	309
5. Respuestas	312
LA OFERTA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONTRATO Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO	315
<i>Por Newton De Lucca (Brasil)</i>	
1. Consideraciones introductorias: la cuestión terminológica	315
2. Noción jurídica de la oferta.....	319
3. La nueva noción de oferta electrónica	326
4. Bibliografía	335
LA OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS INDETERMINADAS	339
<i>Por Arturo Solarte Rodríguez (Colombia)</i>	
1. Introducción.....	339
2. Negocio jurídico y declaración de voluntad	339
3. Modalidades de la declaración de voluntad	341
4. La formación del consentimiento	343
5. La oferta. Criterios generales	347
6. La oferta dirigida a personas indeterminadas.....	349
6.1. Generalidades	349
6.2. El Derecho Colombiano	350

	Pág.
6.2.1. El régimen del Código de Comercio	350
6.2.2. Las normas sobre protección de los consumidores y las propuestas de reforma	352
7. La oferta a personas indeterminadas en el Derecho Comparado ..	358
7.1. Argentina	358
7.2. Chile	362
7.3. España.....	363
7.4. Perú.....	366
8. Conclusiones.....	367
Bibliografía.....	368
 UNA NUEVA MIRADA RESPECTO DE LA VISIÓN CLÁSICA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS VICIOS	 373
Por <i>Edgardo I. Saux (Argentina)</i>	
1. La autonomía de la voluntad: <i>corsi e ricorsi</i> del motor dinamizador del fenómeno contractual	373
2. Relatividad de la vigencia plena de la visión clásica de los vicios del consentimiento	384
3. Los vicios del consentimiento en el ámbito contractual dentro de las propuestas de unificación del Derecho Privado europeo.....	395
4. Conclusiones.....	400
 EL SILENCIO Y OTROS MEDIOS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUN- TAD COMO EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRAC- TUAL.....	 403
Por <i>Luis F. P. Leiva Fernández (Argentina)</i>	
1. La sencillez destaca a la inteligencia	403
2. Del origen común al futuro común	405
3. Los proyectos europeos. Las Reglas de UNIDROIT	406
4. Mirando al futuro	407
5. Formas de manifestar la voluntad contractual.....	408
6. Concepto jurídico de “silencio”	408
7. Las reglas para la celebración del contrato entre presentes, importa atribuir al silencio eficacia como declaración de voluntad.....	412
8. Valor del silencio en el Derecho Civil y en el Derecho de los consu- midores	413
9. Sin embargo, es inexigible la actividad del destinatario de una ofer- ta.....	414

	Pág.
10. En ausencia de norma, el silencio sólo vale como manifestación de voluntad contractual si actúa en el marco de una relación jurídica preexistente	415
11. En la oferta de contrato no existe una relación jurídica preexistente apta para otorgar validez al silencio como manifestación de asentimiento	416
12. Es ineficaz la oferta en la que se prevea que ante el silencio o falta de contestación del destinatario el oferente juzgará aceptada su propuesta	418
13. Postulados finales	420
14. Colofón	421
 EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. LA BÚSQUEDA DE PUNTOS TEÓRICOS DE ENCUENTRO PARA LA VIABILIDAD DEL EMPRENDIMIENTO UNIFICADOR DEL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO.....	
423	
<i>Por Arturo Caumont (Uruguay)</i>	
1. Planteo del Tema: Desafíos de la Armonización y Uniformización jurídicas a regir en comunidades diferenciadas.....	423
2. De la armonización y uniformización como programa a la concreción de una vía inicial para afrontar la faena.....	425
3. Presupuestos de Existencia y Requisitos de Validez: su diferenciación ontológica.....	428
4. Proposición	430
Bibliografía.....	432
 APROXIMACIÓN OBJETIVA A LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: A PROPÓSITO DEL ERROR JURÍDICAMENTE RELEVANTE ..	
435	
<i>Por José Daniel Amado Vargas (Perú)</i>	
1. Vicios de la declaración o de la exteriorización de la voluntad	436
1.1. El Error en la Declaración	437
a) Distinción entre error en la declaración y error en la voluntad.....	437
b) Elementos del Error en la Declaración	439
c) Casos de Error en la Declaración	440
d) Disenso, error impediendo y error sobre la existencia de la declaración.....	441
1.2. La Omisión en la declaración	442
a) Distinción entre la omisión y el error en la declaración.	443
b) Elementos de la omisión en la declaración.....	444

	Pág.
c) La omisión en la declaración y el disenso	445
1.3. Error en la declaración y omisión provocados	445
2. Los vicios de la voluntad	446
2.1. El error en la voluntad	447
a) Elementos del error en la voluntad	448
b) Carácter esencial del error	451
c) Casos de error relevante.....	452
2.2. La ignorancia.....	457
a) Distinción entre la ignorancia y error en la voluntad	457
b) Elementos de la ignorancia.....	459
3. A modo de conclusión	460
LA REPRESENTACIÓN: SU RECEPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA	461
Por <i>Giovanni F. Priori Posada (Perú)</i>	
1. La representación en el derecho romano	461
1.1. El desarrollo de la institución	461
1.1.1. El derecho quirritario: La regla “per extraneam personam nihil adquiri potest”	462
1.1.2. El derecho clásico: El desarrollo comercial y las excepciones impuestas por el derecho pretorio al principio del <i>ius civile</i>	464
1.1.3. El derecho justiniano.....	465
1.2. Las figuras del <i>nuntius</i> y del <i>procurator</i>	468
1.2.1. El <i>nuntius</i>	468
1.2.2. El <i>procurator</i>	469
2. La representación en el derecho intermedio.....	470
2.1. El instituto de la representación en el derecho germánico y en el derecho longobardo.....	470
2.2. El derecho canónico	471
2.3. La recepción de los postulados del derecho canónico en los estatutos de las ciudades italianas de la Edad Media	472
2.4. El derecho castellano.....	473
2.5. La obra de Bartolo.....	475
2.6. La escolástica española y la escuela del derecho natural	476
3. Las codificaciones europeas que influyeron en la codificación latinoamericana	478
3.1. El <i>Code civil</i>	478

	Pág.
3.2. El <i>Codice civile</i> de 1865	480
3.3. El Código Civil español.....	480
3.4. El <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB).....	482
3.4.1. La doctrina alemana del siglo XIX.....	482
3.4.1.1. La <i>Zessionstheorie</i> (Teoría de la cesión)	483
3.4.1.2. La <i>Geschäftsherrntheorie</i> (Teoría del <i>dominus negotii</i> o teoría del titular del negocio)	484
3.4.1.3. La <i>Repräsentationstheorie</i> (Teoría de la representa- ción)	484
3.4.1.4. La autonomía de la <i>Vollmacht</i> (poder) frente al <i>Auftrag</i> (mandato).....	486
3.4.1.5. La Teoría de la cooperación	489
3.4.1.6. La teoría de Schlossmann.....	490
3.4.2. La representación en el BGB.....	490
3.5. El <i>Codice civile</i> de 1942	493
3.5.1. La doctrina italiana del siglo XX.....	493
3.5.1.1. La teoría de la sustitución.....	493
3.5.1.2. La teoría de la cooperación	495
3.5.2. La representación en el <i>Codice civile</i>	496
4. La codificación latinoamericana	499
LAS BASES PARA EL CÓDIGO LATINOAMERICANO: ¿CONTRATOS CONSENSUALES O REALES?	507
Por <i>Fernando Vidal Ramírez (Perú)</i>	

CAPÍTULO IV

TRATATIVAS PRELIMINARES. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: PROPUESTAS DE RE- GULACIÓN PARA UN FUTURO CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS	513
Por <i>Fernando Pantaleón (España)</i>	
1. Ideas vertebrales	513
1.1. Existencia de deberes precontractuales de lealtad y de infor- mación. La posición de los ordenamientos del <i>common law</i> ..	513

	Pág.
1.2. Naturaleza extracontractual (no obligacional) de la responsabilidad precontractual. La construcción alemana de la culpa <i>in contrahendo</i>	516
1.3. Los artificios de la construcción alemana de la culpa <i>in contrahendo</i>	518
1.4. Responsabilidad precontractual en los casos en que se celebra un contrato válido	520
1.5. Responsabilidad precontractual y autonomía privada.....	520
2. Grupos de casos más relevantes	521
2.1. Infracción de los deberes de lealtad en las negociaciones contractuales	521
2.1.1. Ruptura de las negociaciones contractuales	521
2.1.2. Infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido	528
2.1.3. Infracción del deber de confidencialidad.....	531
2.2. Infracción del deber de revelar información o de informar correctamente a la otra parte en las negociaciones, que provoca que ésta consienta un contrato que, si el deber no se hubiese infringido, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró	533
2.2.1. Caracterización general del grupo de casos. Precisiones terminológicas	533
2.2.2. Alcance del deber precontractual de revelar información a la otra parte	535
2.2.3. Problemas de concurrencia de remedios	536
2.2.4. Medida de la indemnización	537
2.2.5. Modelos de regulación	541
3. Conclusión	545
Bibliografía.....	545
RUPTURA DE LAS TRATATIVAS PRELIMINARES Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL	547
Por <i>Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)</i>	
Introducción. El camino al “contrato definitivo”. Comienzo, etapas y conclusión	549
1. Libertad para contratar o no, iniciadas las tratativas. Libertad para salir de ellas u obligación de mantenerse. Ventajas e inconvenientes. La buena y la mala fe de los tratantes	553
2. El Proyecto de reforma al Código Civil de 1998 en Argentina.....	558

	Pág.
3. En la formación del contrato que fuentes deben atender los tratantes: que ponen las partes y que el estado cual es la prelación normativa el rol de la autonomía de la voluntad la integración del contrato.....	560
4. En la formación del contrato los tratantes deben atender al equilibrio negocial. A la justicia y equivalencia de las prestaciones deben evitar la presencia de cláusulas abusivas que conducen a la nulidad de lo acordado el contrato definitivo debe ser útil y justo de justicia conmutativa. El artículo 37 de la ley 24.240.....	563
LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.....	567
<i>Por Javier Tamayo Jaramillo (Colombia)</i>	
Reconocimiento a la inteligencia, la ética y la constancia	568
Introducción	568
1. La precontractual, ¿es responsabilidad contractual o extracontractual?	568
2. Plan	569
I. Daños causados por la no celebración del contrato	570
3. Delimitación del problema	570
4. Tesis de Ihering	571
5. Daños indemnizables.....	572
II. Daños causados en razón de un contrato nulo, por culpa de una de las partes al contratar.....	573
6. Origen de los daños	573
7. Daños producidos por el hecho de la nulidad.....	573
8. Daños causados durante la ejecución de un contrato que se declara nulo.....	574
III. Daños causados por la inexistencia de un contrato que de buena fe el acreedor creía haber celebrado (el contrato de seguros).....	575
9. Planteamiento del problema	575
IV. Las obligaciones precontractuales y contractuales de información, de consejo y de instrucción (con énfasis en los contratos de seguro y transporte)	576
10. Obligación de lealtad de las partes.....	576
A. Principio general de la obligación de lealtad precontractual.....	577
11. Fundamento legal y contractual de la obligación de lealtad....	577
12. Naturaleza de la responsabilidad de la parte desleal.....	578
13. Las obligaciones de información y de consejo en el período precontractual son especies de la obligación de lealtad precontractual.....	579

	Pág.
14. Límites de las obligaciones de información y de consejo	580
15. Diferencia entre la obligación de consejo y la de información	580
16. Diferencias entre la información y publicidad	581
17. Hasta dónde deben llegar los conocimientos del deudor	582
B. Las obligaciones de información y de consejo en el contrato de se- guros.....	582
18. Problemas que se presentan en la práctica.....	582
19. Responsabilidad del intermediario y del asegurador	583
20. Obligación de información a cargo del tomador del seguro	584
21. Casos en que el asegurador y el intermediario incumplen sus obligaciones de informar y de aconsejar al tomador del segu- ro	584
22. Cobertura deficiente.....	584
23. No informar suficientemente sobre el alcance y cumplimiento de garantías	585
24. Diferencias entre lo negociado y lo que consta en la póliza.....	586
25. Daños no cubiertos en los seguros de responsabilidad civil....	586
26. Silencio sobre las consecuencias de una mala declaración del riesgo.....	587
27. Responsabilidad cuando al tomador se le dice que está asegu- rado sin estarlo.....	588
28. No advertencia al tomador sobre libros de comercio	588
29. No advertencia de las limitaciones de la indemnización en los seguros de transporte de mercancías.....	589
30. No advertencia (exigir improntas del DAS) sobre no asegu- rabilidad de cargos de contrabando	589
31. ¿Cuál es la responsabilidad del intermediario y del asegura- dor en estos casos?.....	589
C. Las obligaciones de información y de consejo en el contrato de transporte	590
32. Principio	590
33. Declaración sobre la naturaleza y valor de las mercancías	590
34. Perjuicios en caso de no declaración del valor exacto de la mercancía	591
35. Presunción de contrato cumplido si el destinatario retira la mercancía sin protestas.....	592

	Pág.
36. Confusión en cuanto a los seguros existentes	593
37. Conclusiones	593
Bibliografía	593
LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA ETAPA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, EN EL DERECHO EUROPEO.....	595
Por <i>Massimo Bianca (Italia)</i>	
LA ETAPA PRECONTRACTUAL	605
Por <i>Horacio Roitman (Argentina)</i>	
1. Introducción.....	605
1.1. La actualidad en materia de contratos.....	605
1.2. Sistema del Código Civil.....	606
1.3. Nuevas formas contractuales.....	606
2. Etapa de formación del contrato	607
2.1. La oferta	607
2.2. Aceptación.....	607
2.3. Etapa precontractual	608
3. Efectos de esta modalidad.....	609
4. Regímenes de responsabilidad en el Código Civil	610
4.1. Prescripción	610
4.2. La extensión del resarcimiento	610
4.3. Divisibilidad de las obligaciones	610
5. Responsabilidad precontractual.....	611
5.1. La naturaleza de la responsabilidad precontractual.....	611
a) Teoría clásica: contractual	611
b) Teoría actual: extracontractual	611
5.2. Particularidades	612
a) Principales casos	612
b) Presupuestos	612
c) Extensión de la reparación.....	613
6. Los deberes en la negociación.....	613
6.1. Información.....	613
6.2. La buena fe	614
6.3. El abuso de derecho.....	614
7. Los efectos y la responsabilidad precontractual	615

	Pág.
NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONSUMIDOR: INCIDENCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DEL CONSUMO	617
<i>Por Andrés Mariño López (Uruguay)</i>	
1. Introducción.....	618
2. El paradigma de la prevención: derecho de daños y derecho del consumo	618
2.1. Las bases del Derecho Privado Moderno	618
2.2. El Derecho de Daños y el paradigma de la prevención	619
2.3. El Derecho del Consumo y los daños al consumidor	620
3. La construcción del paradigma de la precaución	622
4. La presencia del paradigma precautorio en el derecho positivo y su expansión en el sistema jurídico	623
4.1. La inserción del derecho ambiental en el sistema jurídico. Problemas planteados	624
4.2. El principio de congruencia.....	625
4.3. Aplicación de la precaución en el sistema normativo	626
4.4. Incidencia especial de la precaución en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo	627
5. La obligación de informar en el derecho del consumo y los defectos de información de productos y servicios	628
5.1. La obligación de informar al consumidor.....	628
5.2. Los defectos de información en la responsabilidad por productos y servicios defectuosos.....	629
5.3. La información al consumidor desde el paradigma de la prevención	630
6. Los cambios en la obligación de informar y nuevos contenidos de los defectos de información	631
6.1. La forma de la información: advertencia e instrucciones formalmente correctas	631
6.1.1. Información: advertencias e instrucciones	631
6.1.2. Corrección formal de la advertencia de riesgo de daños	632
6.1.3. La comprensibilidad de la advertencia y la instrucción.	632
6.2. Nuevos contenidos de la información	633
6.2.1. Información específica sobre el riesgo posible	633
6.2.2. Información para las acciones posteriores al daño	634
6.2.3. Ampliación de los sujetos a informar	635

	Pág.
6.2.3.1. Información a todos los consumidores posibles	635
6.2.3.2. Información de los riesgos de daños aunque el producto vaya dirigido a profesionales y consumidores expertos.....	635
6.2.4. Ampliación del elenco de sujetos obligados a informar	636
7. Conclusiones.....	638
Bibliografía.....	638

CAPÍTULO V

CONTRATOS PREPARATORIOS. COMPROMISO DE CONTRATAR. CONTRATO DE OPCIÓN

LA DENOMINADA PROMESA DE CONTRATAR BAJO EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.....	643
<i>Por Eduardo Barboza Beraún (Perú)</i>	
1. Introducción.....	643
2. Obligaciones y responsabilidad de las partes.....	646
2.1. El deber de buena fe en la Promesa de Contratar	653
3. Indemnización por daños	656
4. Conclusión	658
LOS CONTRATOS PREPARATORIOS Y EL CONTRATO NOMINADO DE PROMESA EN MÉXICO.....	659
<i>Por Carlos A. Gabuardi (México)</i>	
Introducción	659
1. El contrato nominado de promesa de celebrar un contrato futuro .	660
1.1. Los contratos nominados de promesa pueden ser unilaterales o bilaterales	661
1.2. El contrato nominado de promesa sólo da origen a obligaciones de hacer.....	664
1.3. Los requisitos de los contratos nominados de promesa y sus implicaciones jurídicas.....	666
1.4. Acciones para el caso de incumplimiento de los contratos nominados de promesa	670
1.5. Pequeñas variantes en la codificación civil mexicana	671
2. Los contratos preparatorios innominados	672

	Pág.
2.1. Los <i>Non-Binding Agreements</i>	673
2.2. Y ahora, ¿quién podrá salvarnos?	674
Conclusiones	675
LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN BOLIVIA	677
<i>Por Mario Cordero Miranda (Bolivia)</i>	
1. Antecedentes de los contratos preparatorios en Bolivia	678
2. La evolución de la noción de contrato	679
2.1. El contrato como hecho y como norma	681
2.2. La autonomía de la voluntad	683
2.3. Límites a la libertad contractual	685
3. Los contratos preparatorios en Bolivia	687
3.1. Contrato preliminar	688
3.2. Contrato de opción	691
3.3. Contrato consigo mismo	693

- TOMO II -

CAPÍTULO VI

CONTRATOS PREDISPUESTOS. CONTRATO DE ADHESIÓN. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

APUNTES SOBRE EL CONSUMIDOR Y LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR	699
<i>Por Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Perú)</i>	
1. Introducción.....	699
2. Antecedentes.....	700
3. Contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación (CGC)	706
3.1. Desarrollo normativo en el Perú.....	706
3.2. Las cláusulas abusivas	709
3.3. La “doble lista” de cláusulas abusivas o vejatorias en el Código de Consumo	710

	Pág.
ENTENDIENDO EL MERCADO: LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA COMO FORMA DE MITIGAR LOS PROBLEMAS DE INSATISFACCIÓN Y DE SELECCIÓN ADVERSA.....	715
<i>Por Freddy Escobar Rozas (Perú)</i>	
1. Introducción.....	715
2. El rol de los contratos.....	717
3. La regulación estatal supletoria y la reducción de costos de transacción	719
4. La contratación estandarizada	721
5. El problema de insatisfacción de los adherentes	723
6. El mecanismo de control de los formularios contractuales	725
7. La mitigación del problema de insatisfacción desde el mercado	728
8. El problema de selección adversa de los proveedores.....	731
9. El espacio para la regulación	736
10. La opción del Código Civil	738
11. Conclusión	741
LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (DÉBIL JURÍDICO) ANTE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	743
<i>Por María L. Estigarribia Bieber (Argentina)</i>	
Breves palabras de homenaje.....	743
1. Introducción.....	744
2. Relaciones de Consumo	746
3. Cláusulas abusivas.....	749
4. Prácticas abusivas	765
5. Reflexiones finales	767
6. Bibliografía consultada.....	769
¿ES EL CONSUMIDOR UN IDIOTA? EL FALSO DILEMA ENTRE EL CONSUMIDOR RAZONABLE Y EL CONSUMIDOR ORDINARIO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO	773
<i>Por Alfredo Bullard González (Perú)</i>	
Resumen	773
1. Introducción.....	774
2. ¿Por qué Contar con un estándar de consumidor razonable?	778
3. ¿Cómo se Aplica el Estándar de Consumidor Razonable?	782

	Pág.
4. ¿Son los Consumidores Irrazonables en la Realidad?	794
4.1. Pesimismo de los Consumidores.....	795
4.2. Consumidor Razonable y Asimetría Informativa.....	802
4.3. Consumidor Razonable y Pobreza	814
5. Comentarios finales.....	823
LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y EL NUEVO CÓDIGO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.....	825
<i>Por Yuri Vega Mere (Perú)</i>	
1. Preliminares	825
2. La falta de coordinación entre las normas pre-existentes al Código de Consumo en materia de cláusulas generales	826
3. ¿Era necesario tener un régimen más elaborado de cláusulas gene- rales de contratación? Referencia a las expectativas razonables	833
4. (Sigue) Las expectativas razonables	847
5. La dispersión del tratamiento legislativo sobre las cláusulas gene- rales de contratación en el derecho común y en el derecho del con- sumo	849
CONTRATOS: CONDICIONES GENERALES, ADHESIÓN Y PREDIS- POSICIÓN (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDEN- CIA ARGENTINA)	859
<i>Por Miguel Piedecasas (Argentina)</i>	
1. Condiciones Generales, adhesión y predisposición: Necesaria dis- tinción inicial.....	859
2. Las CGC, los CA y las CP, en relación a nuestro concepto de contra- to.....	861
3. Las CGC, los CA y las CP, en la ley de defensa del consumidor	862
4. Las CGC, los CA y las CP, los consumidores y el previo control esta- tal.....	864
5. Consentimiento, adhesión y predisposición, frente a los consumi- dores.....	866
6. Contratos administrativos, CGC, CA y CP	869
7. Contratos Empresariales, CGC, CA y CP.....	872
8. La interpretación “contra predisponente”	873
9. La “abusividad” como criterio límite.....	874
10. Las CGC, las CP y los CA, frente al negocio y los derechos funda- mentales	875

	Pág.
ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LOS CONTRATOS.....	881
<i>Por Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)</i>	
Introducción	881
1. La problemática en la contratación.....	882
2. Las nuevas formas de contratación	886
2.1. Contrato por adhesión a condiciones generales.....	887
2.2. En busca de un concepto sobre los contratos de adhesión a condiciones generales	888
3. Problemas y ventajas de la contratación estándar	890
4. En búsqueda de soluciones.....	894
4.1. Los derechos del consumidor.....	895
5. La posibilidad de protección al consumidor en el derecho de los contratos.....	896
5.1. En la etapa de formación del contrato	897
5.2. Clasificación de los contratos	897
5.3. El contenido del contrato	897
5.4. Condiciones generales	898
5.5. Cláusulas abusivas.....	899
5.6. Responsabilidad.....	902
6. La situación en Colombia.....	908
7. Conclusiones y recomendaciones.....	919

CAPÍTULO VII

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

PANORAMA DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. LINEA- MIENTOS GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PRO- PUESTA DE UN “CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRA- TOS”	923
<i>Por Carlos I. Jaramillo Jaramillo (Colombia)</i>	
1. Agradecimientos	924
2. Cuestión previa y propósito medular del presente estudio.....	925
3. Aproximación a la interpretación contractual. Ideas generales.....	929
3.1. Vigencia e importancia cardinal de la interpretación contrac- tual	929

	Pág.
3.2. Finalidades primordiales y genuino significado de la interpretación del contrato	935
3.3. Límites consustanciales de la interpretación contractual.....	939
4. Sistemas tradicionales de interpretación de los contratos. Balance de la polémica reinante y reformulación de la metodología interpretativa	951
4.1. Sistema subjetivo	953
4.2. Sistema objetivo	955
4.3. Críticas a los dos sistemas; balance general de la controversia reinante y reformulación de la metodología interpretativa. Estado de la cuestión	957
5. La búsqueda de la ‘común intención de la partes contratantes’ como principio rector de carácter hermenéutico	973
6. Abandono de la máxima latina, “in claris non fit interpretatio”. Valoración de la exigencia de la ‘oscuridad’ o ‘falta de claridad’ para que la interpretación se torne procedente. Precisión jurisprudencial ...	983
7. Justificación normativa, naturaleza jurídica y fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los contratos.....	989
7.1. Justificación normativa de las reglas de interpretación de los contratos	991
7.2. Naturaleza jurídica de las reglas interpretativas: ¿principios generales, principios jurídicos rectores o reglas de interpretación?.....	999
7.3. Fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los contratos	1008
8. Carácter dispositivo o imperativo de las reglas hermenéuticas. Examen de las denominadas estipulaciones ‘parole evidence rule’ y ‘merger clauses’ (cláusulas de fusión o integración).....	1024
9. Jerarquía de las reglas de interpretación de los contratos	1044
10. Propuestas preliminares para la elaboración de las bases de un ‘Código Latinoamericano de Contratos’	1050
INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.....	1055
<i>Por Graciela Messina de Estrella Gutiérrez (Argentina)</i>	
1. Introducción.....	1055
2. Normas interpretativas: la intención de las partes.....	1059
3. Directivas de interpretación de fuente legal.....	1060
4. La buena fe como regla de conducta básica de interpretación del contrato.....	1062

	Pág.
5. Bases de interpretación para el futuro Código Latinoamericano de Contratos	1063
a) Voluntad real de las partes o voluntad declarada	1063
b) La intención común, más allá de la literalidad expresada	1063
c) Regla de interpretación en cuanto al significado de las palabras.....	1064
d) El contexto contractual.....	1064
e) La naturaleza del negocio y la equidad.....	1064
f) La regla “favor negotii”	1065
g) Usos y prácticas del lugar de celebración	1065
h) Equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos....	1066
6. La interpretación objetiva	1066
INTEGRACIÓN DEL CONTRATO Y CONSTITUCIÓN.....	1069
Por <i>Gustavo Ordoqui Castilla (Uruguay)</i>	
1. Generalidades	1070
1.1. Precisiones metodológicas previas. La integración del contrato y la necesaria interpretación de la norma	1074
2. Calificación del contrato (Tipificación)	1074
2.1. Generalidades	1074
2.2. Concepto	1075
2.3. Importancia de la calificación	1076
2.4. Cómo se califica	1077
2.5. En nuestro derecho.....	1078
2.6. Nuestra opinión	1079
2.7. Indisponibilidad de la calificación	1080
2.8. Conclusiones.....	1081
2.9. Jurisprudencia.....	1081
3. Integración del contrato	1083
3.1. Concepto	1083
3.2. ¿Es correcta la diferenciación entre “efecto” y “contenido” del contrato?.....	1085
3.2.1. Presentación del tema.....	1085
3.2.2. [...] y por consiguiente obligan a lo que en ellos no se expresa.....	1086
3.2.3. “Reglamento Contractual” como unidad indisoluble de la autonomía de la voluntad y la norma	1087
3.2.4. Nuestra opinión	1089

	Pág.
3.3. Diferencias entre interpretación e integración del contrato	1089
3.3.1. Presentación del tema.....	1089
3.3.2. ¿Existencia de una “laguna” por falta de previsión o vacío normativo en el contrato?	1091
3.4. Formas de integración del contrato.....	1092
3.5. Integración sin lagunas	1093
3.6. La integración del contrato no debe considerarse como “subsidiaria”	1093
3.7. Nuestra opinión	1094
4. Fuentes de integración del contrato.....	1094
4.1. Presentación del tema	1094
4.2. La Constitución de la República como fuente de integración contractual.....	1095
4.2.1. “Riesgos” de la Constitucionalización del Derecho Civil.....	1100
4.2.2. “Beneficios” de la Constitucionalización del Derecho Civil. (Despatrimonialización del Derecho Civil).....	1101
4.2.3. Conclusiones.....	1102
4.3. La ley.....	1102
4.4. Los usos y costumbres.....	1103
4.5. La equidad.....	1104
4.6. La buena fe	1107
4.6.1. Concepto. Buena fe como estándar jurídico	1107
4.6.2. Aspectos metodológicos	1108
4.6.3. Permite la integración de valores al contrato; la debida ponderación de “lo razonable”. Equilibra y humaniza al contrato	1109
4.6.4. La buena fe como vértice del sistema contractual.....	1110
4.6.5. No es algo subsidiario	1110
4.6.6. Como expresión de un principio general y fundamental del derecho contractual cumple funciones diversas	1110
4.6.7. Qué es lo que debe ser de buena fe: ¿”La conducta de las partes” o las “consecuencias” del contrato?	1111
4.6.8. Importancia de la buena fe subjetiva en la integración del contrato. Principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima.....	1112
4.6.9. Buena fe pasiva y activa.....	1114
4.6.10. La buena fe como norma de “orden público”	1115

	Pág.
4.6.11. Otras proyecciones de la función integradora de la buena fe	1117
4.6.12. En el Derecho Argentino.....	1120
4.7. Los principios generales.....	1120
4.7.1. Concepto	1120
4.7.2. Origen	1121
4.7.3. Función integrativa.....	1121
4.7.4. Necesaria revalorización de los principios generales del derecho.....	1122
4.7.5. La integración del contrato por principios generales.....	1122
4.7.6. “Los tipos” contractuales y su integración.....	1122
4.7.7. Integración de los contratos típicos:	1123
4.7.8. Integración de los contratos atípicos	1123
4.7.9. Principios generales derivados de los principios generales de la buena fe	1125
4.8. La naturaleza del contrato.....	1126
4.9. La analogía	1126
5. Interpretación jurídica del contrato (¿Interpretación integradora?).....	1127
5.1. Generalidades	1127
5.2. Apreciaciones críticas.....	1131
6. Integración a partir del derecho del consumo	1132
6.1. De la publicidad comercial al contrato	1132
6.2. Integración del contrato en los casos de nulidad parcial por cláusulas abusivas (art. 31 de la ley 17.250).....	1134
7. Enfoque práctico de la integración del contrato	1135
7.1. “La obligación de seguridad”	1135
7.2. Obligación de Información	1137
8. Jurisprudencia.....	1138
9. Integración del contrato en el Derecho Comparado	1140
9.1. Presentación del tema	1140
9.2. Principios para los Contratos de Comercio Internacional UNIDROIT	1140
9.3. Principios Europeos del Derecho de los Contrato – Principios Lando	1141
9.4. Proyecto de Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista de Pavia.....	1141
9.5. Códigos Civiles europeos	1142

	Pág.
9.6. Códigos Civiles Latinoamericanos	1142
10. Proyecto de regulación del tema para el Código de los Contratos para América Latina.....	1143
“Alcances de la obligación contractual”	1143
Proyecto de artículo para un Código de los Contratos para América Latina: Artículo Integración del contrato.....	1144
11. Conclusiones.....	1145
LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PERUANO.....	1151
<i>Por Carlos A. Soto Coaguila (Perú)</i>	
1. La contratación predispuesta	1151
1.1. Contratos por adhesión.....	1157
1.2. Cláusulas generales de contratación.....	1159
1.3. El contrato de hecho	1162
2. La interpretación del contrato	1165
2.1. Teorías sobre la interpretación del contrato.....	1167
2.1.1. Teoría subjetiva o de la voluntad.....	1168
2.1.2. Teoría objetiva o de la declaración.....	1169
2.2. Reglas generales para la interpretación de los contratos.....	1172
2.2.1. Interpretación de la voluntad declarada	1172
2.2.2. Interpretación conforme al principio de la buena fe.....	1173
2.2.3. Interpretación sistemática	1175
2.2.4. Interpretación finalista.....	1176
2.2.5. Aplicación del principio de conservación del contrato..	1178
3. Reglas de interpretación de los contratos predispuestos	1179
3.1. Regla de la prevalencia	1179
3.2. Regla de la cláusula más beneficiosa	1182
3.3. Regla <i>contra stipulatorem</i>	1183
4. Propuesta de reformas al Código Civil peruano en materia de interpretación	1186
5. Conclusión	1188
“CONSENSUS INTUITU PERSONAE”. LA NATURALEZA DEL PACTO SOBRE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	1193
<i>Por Fernando De Trazegnies Granda (Perú)</i>	
1. Evolución de la Sociedad Anónima.....	1194

	Pág.
2. Las situaciones aberrantes	1198
3. Las respuestas jurídicas.....	1204
3.1. El derecho de adquisición preferente no existe en la hipótesis planteada	1205
3.2. El derecho de adquisición preferente existe por la vía de la interpretación	1209
4. El método de interpretación de los contratos.....	1211
5. La interpretación de los contratos en el Derecho peruano	1215
6. El pacto de adquisición preferente a la luz de las consideraciones precedentes	1218
7. El velo societario	1224
8. Consideraciones finales	1228

CAPÍTULO VIII

REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO	1233
<i>Por Eugenio Llamas Pombo (España)</i>	
1. Planteamiento y enumeración.....	1233
1.1. Encuadre de la cuestión	1233
1.2. Clasificaciones doctrinales	1234
2. La pretensión de cumplimiento y la ejecución forzosa de la obligación.....	1236
2.1. El cumplimiento <i>in natura</i>	1236
2.2. Referencia a su construcción histórica	1236
2.3. En las obligaciones de dar cosa determinada.....	1239
2.4. En las obligaciones de hacer y no hacer.....	1242
2.5. Naturaleza, características y presupuestos	1247
2.6. Su compatibilidad y acumulabilidad con la indemnización....	1253

	Pág.
3. El cumplimiento por equivalente y la <i>perpetuatio obligationis</i>	1255
3.1. Significado de las expresiones <i>obligatio perpetuari</i>	1255
3.2. Su presencia constante en nuestro ordenamiento. Algunos ejemplos	1257
3.3. El concepto de “equivalente” en sede de cumplimiento	1259
3.4. Su absoluta autonomía respecto de la indemnización.....	1261
3.5. La <i>perpetuatio</i> como mecanismo de asignación de riesgo al deudor.....	1264
3.6. La esencial subsidiariedad del cumplimiento por equivalente.....	1268
3.7. Su radical diferencia con el concepto de daño	1269
3.8. El criterio de fungibilidad de la conducta	1270
3.9. Reflexión en torno a la patrimonialidad de la prestación.....	1271
4. La resolución y otros remedios propios del contrato sinalagmático	1273
4.1. Los efectos especiales del contrato bilateral.....	1273
4.2. La excepción de incumplimiento contractual.....	1276
4.3. La facultad resolutoria del artículo 1124 del CC.....	1276
4.4. La absoluta incompatibilidad entre cumplimiento y resolución.....	1278
4.5. La esencial compatibilidad entre las acciones de resolución y resarcimiento	1279
4.6. Función de la indemnización de daños y perjuicios en caso de resolución	1279
4.7. Los intereses del acreedor tutelados por los diferentes remedios	1281
4.8. Sus distintos requisitos	1283
4.9. Conclusión	1285
5. La indemnización de daños y perjuicios: la prestación del <i>id quod interest</i>	1286
5.1. Su naturaleza esencial	1286
5.2. Su finalidad resarcitoria	1287
5.3. La unidad funcional de la indemnización.....	1288
5.4. La extensión jurisprudencial del alcance funcional del resarcimiento.	1289
5.5. La indemnización no es nunca cumplimiento.....	1290
5.6. La diferencia esencial entre la finalidad o función que cumple la <i>aestimatio rei</i> y la del <i>id quod interest</i>	1292

	Pág.
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS REMEDIOS DE TUTELA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EN LAS TENTATIVAS DE UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE CONTRATOS	1295
<i>Por Luciano Barchi Velaochaga (Perú)</i>	
Introducción	1295
1. Los supuestos de lesión del crédito	1296
1.1. Hipótesis de “situaciones de no prestación”	1298
1.1.1. La imposibilidad sobreviniente de la prestación	1298
1.1.1.1. Imposibilidad originaria y sobreviniente	1299
1.1.1.2. Imposibilidad definitiva y temporal	1299
1.1.1.3. Imposibilidad total y parcial	1301
1.1.1.4. La prestación imposible	1302
1.1.1.5. La llamada teoría del riesgo	1305
1.1.2. El incumplimiento y el retardo	1309
1.1.2.1. Incumplimiento anticipado	1309
1.1.2.2. El retardo.....	1311
1.2. Hipótesis de “situaciones de prestación inexacta”	1317
1.2.1. Cumplimiento defectuoso	1318
1.2.1.1. La integridad material o ausencia de vicios.....	1319
1.2.1.2. Cualidades esenciales o prometidas	1326
1.2.1.3. Integridad jurídica y regularidad legal	1326
1.2.2. Cumplimiento parcial	1327
1.2.3. Cumplimiento tardío.....	1331
2. Los remedios frente a la lesión del crédito.....	1334
Los remedios para el caso de retardo (o mora) y para el caso de incumplimiento	1335
2.1. La pretensión de cumplimiento	1336
2.2. La resolución por incumplimiento.....	1341
Plazo suplementario para el cumplimiento	1347
2.3. El resarcimiento de daños.....	1349
LAS DIFICULTADES DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA EXPERIENCIA CHILENA	1361
<i>Por Fabián Elorriaga De Bonis (Chile)</i>	
1. Los remedios frente al incumplimiento contractual.....	1361

	Pág.
2. La situación chilena frente a los remedios por incumplimiento de contrato.....	1364
2.1. La falta de sistemática de los remedios frente al incumplimiento.....	1364
2.2. La opción entre cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios	1368
2.3. La supuesta falta de autonomía de la acción indemnizatoria..	1372
2.4. Resolución contractual sólo en virtud de sentencia judicial....	1377
2.5. Posibilidad de frustrar la solicitud de resolución.....	1380
2.6. Los efectos de la excepción de contrato no cumplido	1382
3. Consideraciones finales	1386
 LA “ACCIÓN DIRECTA” COMO REMEDIO CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL CONSUMO.....	 1387
Por <i>Hernán Corral Talciani (Chile)</i>	
1. La “acción directa” como remedio contractual	1387
2. La acción directa en el Derecho eurocomunitario del consumo.....	1390
3. La “acción directa” del consumidor en las legislaciones latinoamericanas.....	1391
3.1. El modelo restrictivo: legislaciones peruana y colombiana	1391
3.2. El modelo de procedencia limitada: Chile.....	1393
3.3. El modelo de procedencia amplia vía solidaridad: Argentina y Brasil	1396
4. Régimen de la acción directa y acción de reembolso	1398
5. Una propuesta para un Código Latinoamericano de los Contratos	1400
 LA DISTINCIÓN ENTRE LA EJECUCIÓN FORZADA POR EQUIVALENTE DINERARIO Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL ACREEDOR: APUNTES PARA UN DEBATE NECESARIO	 1403
Por <i>Sebastián Picasso (Argentina)</i>	
1. Introducción.....	1403
2. La ejecución por equivalente dinerario en el derecho argentino	1405
2.1. El problema	1405
2.2. Nuestra posición	1410
2.3. La cuestión en caso de resolución del contrato por incumplimiento.....	1415
3. La cuestión en los proyectos sobre el derecho de los contratos elaborados a nivel europeo	1419
4. Conclusiones.....	1420

	Pág.
LA CLÁUSULA PENAL EN LA PROPUESTA PUERTORRIQUEÑA DE UNA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO.....	1423
<i>Por Ramón A. Guzmán (Puerto Rico)</i>	
1. Introducción.....	1423
2. Los aspectos más significativos de la reforma en la regulación del contrato.....	1424
2.1. Propósitos de la revisión y reforma	1424
2.2. Las fuentes de la reforma: la presencia significativa de Argen- tina y Perú.....	1425
2.3. La reforma de la regulación general del contrato.....	1427
2.4. La reforma de la regulación de los tipos contractuales.....	1433
2.4.1. Los contratos tradicionales que han sido modificados ..	1434
2.4.1.1. La compraventa y la permuta.....	1434
2.4.1.2. La donación y el préstamo.....	1435
2.4.1.3. El arrendamiento y los contratos de obras y servi- cios.....	1435
2.4.1.4. El depósito y el comodato.....	1437
2.4.1.5. La fianza	1437
2.4.1.6. La transacción	1437
2.4.2. Los “nuevos contratos”	1437
2.4.3. Los contratos suprimidos.....	1438
3. Las obligaciones con cláusula penal o las llamadas “penas conven- cionales”	1439
4. Conclusión	1441

- TOMO III -

CAPÍTULO IX

INEFICACIA. NULIDAD. ANULABILIDAD

NULIDAD DE LOS CONTRATOS	1445
<i>Por Aníbal Torres Vásquez (Perú)</i>	
1. Notas preliminares.....	1445
2. Invalidez del contrato en la legislación comparada.....	1449
3. Invalidez del contrato en el Código Civil	1457

	Pág.
4. Nulidad absoluta del contrato	1459
4.1. Causas	1459
4.1.1. Falta de acuerdo de las partes.....	1460
4.1.2. Incapacidad absoluta	1461
4.1.3. Objeto imposible, ilícito o indeterminado	1462
4.1.4. Ilícitud de la causa fin.....	1463
4.1.5. Simulación absoluta	1464
4.1.6. Ausencia de la forma solemne.....	1464
4.1.7. Contratos contrarios a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres.....	1464
4.1.8. Nulidad declarada por ley (nulidad especial)	1468
4.2. La acción de nulidad. Titulares	1469
4.3. Imposibilidad de la confirmación	1471
5. Anulabilidad del contrato	1472
5.1. Causas	1473
5.1.1. La incapacidad relativa del agente	1473
5.1.2. El vicio resultante del error, dolo, violencia e intimidación	1473
5.1.3. La simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros	1475
5.1.4. Cuando la ley lo declara anulable	1476
5.2. Efectos.....	1476
5.3. Acción de anulabilidad. Titulares.....	1479
6. Nulidad en el contrato plurilateral	1479
7. Nulidad parcial.....	1480
8. Documentación del contrato y nulidad	1483
9. Alegación de incapacidad	1484
10. Nulidad de los contratos celebrados por mayores de 16 y menores de 18 años	1486
11. Repetición del pago hecho a un incapaz	1489
12. Mala fe del incapaz	1490
 LA FUNCIONALIDAD DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO PARA LA INVALIDACIÓN DE LOS CONTRATOS .	 1493
Por <i>Gerson L. Branco (Brasil)</i>	
Introducción	1493
1. Invalidez y funcionalidad	1494
1.1. Función y finalidad en el contexto del derecho privado.....	1495

	Pág.
1.2. El contrato como elemento de transición entre la vida social y el mundo jurídico.....	1500
2. Control de la validez de los contratos con fundamento en la función social de la libertad contractual	1505
2.1. Control del objeto por el legislador	1506
2.2. De la tipicidad social y del desvío social típico.....	1509
3. Funcionalidad típica y desvío social típico en la perspectiva de la jurisprudencia brasileña	1515
3.1. Pacto comisorio ilícito	1516
3.2. Leasing financiero y anticipación del valor residual garantizado.....	1519
3.3. Facturización de títulos de crédito	1520
3.4. Contrato de depósito como garantía y prisión civil del depositario infiel	1521
3.5. Caso de la soja verde.....	1524
4. Conclusión	1527
LA INEXISTENCIA JURÍDICA	1529
<i>Por Boanerges Rodríguez Freire (Ecuador)</i>	
1. Introducción.....	1529
1.1. El fenómeno de la globalización.....	1530
1.2. La necesidad de la unificación legislativa.....	1530
2. El Acto Jurídico.....	1532
2.1. Requisitos de Existencia.....	1533
2.2. Requisitos de Validez.....	1536
2.3. La conveniencia de mantener la diferencia entre Requisitos de Existencia y Requisitos de Validez.....	1537
2.4. La eficacia del Acto Jurídico	1537
2.5. La Ineficacia del Acto Jurídico	1538
3. La Inexistencia Jurídica	1540
3.1. Antecedentes históricos	1541
3.2. Naturaleza Jurídica	1542
3.3. Clases de Inexistencia.....	1543
3.4. Efectos derivados de la Inexistencia propia.....	1543
3.5. Los actos jurídicos aparentes o putativos	1544
3.6. La Existencia y la Validez.....	1546
3.7. La Inexistencia en la Doctrina	1546
3.7.1. La Posición en contra de la Inexistencia.....	1547

	Pág.
3.7.2. La Posición a favor de la Inexistencia	1549
3.8. Regulación de la Inexistencia	1551
3.8.1. El acto inexistente no produce efectos jurídicos.....	1551
3.8.2. No se requiere declaración judicial.....	1551
3.8.3. La inexistencia no se sana con el tiempo.....	1552
3.8.4. La Inexistencia tampoco se sana por la ratificación de las Partes.....	1553
4. Algunas Conclusiones	1553
LA PRESUPOSICIÓN	1555
<i>Por Juan Espinoza Espinoza (Perú)</i>	
LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL. UNA FACULTAD INQUISITIVA.....	1565
<i>Por María Marcos González (España)</i>	
1. Introducción.....	1565
2. Justificación de la metodología procesal	1569
3. La nulidad contractual en la legislación procesal	1576
4. La tesis bipartita de la nulidad contractual.....	1581
5. La apreciación de oficio de la nulidad contractual en la jurisprudencia.....	1603
5.1. La congruencia de la sentencia.....	1605
5.1.1. La sentencia que declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia	1606
5.1.2. La sentencia que no declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia	1624
5.2. Régimen procesal de la declaración de oficio de la nulidad contractual.....	1631
5.3. La restitución de lo entregado derivada de la declaración de oficio de la nulidad	1644

CAPÍTULO X

EFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

LOS EFECTOS DEL CONTRATO	1657
<i>Por Alejandro Borda (Argentina)</i>	
1. Presentación del tema	1657
2. La fuerza obligatoria del contrato.....	1658

	Pág.
3. La autonomía de la voluntad	1660
4. Las partes.....	1663
5. Los sucesores universales	1664
6. Los Sucesores Singulares.....	1666
7. Los Acreedores	1668
8. Los Terceros “penitus extranei”	1669
9. Contratos a favor de terceros	1671
9.1. Cuestiones generales	1671
9.2. Los requisitos	1672
9.3. Efectos.....	1674
9.3.1. Vínculo estipulante/promitente.....	1674
9.3.2. Vínculo promitente/tercero.....	1677
9.4. Otras aplicaciones.....	1680
10. El contrato en nombre del tercero	1680
11. El contrato a cargo del tercero	1681
12. El contrato que daña a un tercero.....	1683
13. El tercero que daña un contrato que él no ha celebrado	1684
14. La cesión del contrato.....	1685
14.1. Cuestiones generales.....	1685
14.2. Forma.....	1688
14.3. La garantía del cedente	1689
14.4. Derechos del cedido y del cesionario.....	1690
14.5. Las garantías dadas por terceros	1690
15. El subcontrato	1691
16. Final	1692

CRITERIOS SOBRE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS CON RELACION A TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA DE 1976..... 1693

Por *Ramiro Moreno Baldivieso (Bolivia)*

1. El efecto relativo de los contratos	1693
1.1. Aproximación General	1693
2. Naturaleza y tratamiento jurídico en el Código Civil boliviano de 1831	1696
3. Diferencias con el Nuevo Código Civil boliviano de 1976.....	1700
4. Conclusiones.....	1705

ANEXOS

**I. PRINCIPIOS UNIDROIT - SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES
INTERNACIONALES 2004**

**INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL
DERECHO PRIVADO - UNIDROIT**

Preámbulo (Propósito de los Principios)	1717
---	------

CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.1 (Libertad de contratación)	1718
Artículo 1.2 (Libertad de forma).....	1718
Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos)	1718
Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo).....	1718
Artículo 1.5 (Exclusión o modificación de los Principios por las partes)	1718
Artículo 1.6 (Interpretación e integración de los Principios).....	1719
Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial).....	1719
Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. <i>Venire contra factum proprium</i>).....	1719
Artículo 1.9 (Usos y prácticas).....	1719
Artículo 1.10 (Notificación)	1719
Artículo 1.11 (Definiciones).....	1720
Artículo 1.12 (Modo de contar los plazos fijados por las partes)	1720

CAPÍTULO 2: FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACIÓN

Artículo 2.1.1 (Modo de perfección).....	1721
Artículo 2.1.2 (Definición de la oferta)	1721
Artículo 2.1.3 (Retiro de la oferta)	1721
Artículo 2.1.4 (Revocación de la oferta).....	1721
Artículo 2.1.5 (Rechazo de la oferta).....	1722
Artículo 2.1.6 (Modo de aceptación)	1722
Artículo 2.1.7 (Plazo para la aceptación).....	1722
Artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo).....	1722
Artículo 2.1.9 (Aceptación tardía. Demora en la transmisión)	1722
Artículo 2.1.10 (Retiro de la aceptación)	1723
Artículo 2.1.11 (Aceptación modificada).....	1723

	Pág.
Artículo 2.1.12 (Confirmación por escrito)	1723
Artículo 2.1.13 (Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)	1723
Artículo 2.1.14 (Contrato con términos “abiertos”)	1724
Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe)	1724
Artículo 2.1.16 (Deber de confidencialidad)	1724
Artículo 2.1.17 (Cláusulas de integración)	1724
Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular)	1725
Artículo 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar)	1725
Artículo 2.1.20 (Cláusulas sorpresivas)	1725
Artículo 2.1.21 (Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)	1725
Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios)	1725

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

Artículo 2.2.1 (Ámbito de aplicación de esta sección)	1726
Artículo 2.2.2 (Constitución y alcance de la facultad del representante)	1726
Artículo 2.2.3 (Representación aparente)	1726
Artículo 2.2.4 (Representación oculta)	1727
Artículo 2.2.5 (Representante actuando sin poder o excediéndolo)	1727
Artículo 2.2.6 (Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)	1727
Artículo 2.2.7 (Conflicto de intereses)	1727
Artículo 2.2.8 (Sub-representación)	1728
Artículo 2.2.9 (Ratificación)	1728
Artículo 2.2.10 (Extinción del poder)	1728

CAPÍTULO 3: VALIDEZ

Artículo 3.1 (Cuestiones excluidas)	1729
Artículo 3.2 (Validez del mero acuerdo)	1729
Artículo 3.3 (Imposibilidad inicial)	1729
Artículo 3.4 (Definición del error)	1729
Artículo 3.5 (Error determinante)	1729
Artículo 3.6 (Error en la expresión o en la transmisión)	1730
Artículo 3.7 (Remedios por incumplimiento)	1730
Artículo 3.8 (Dolo)	1730
Artículo 3.9 (Intimidación)	1730
Artículo 3.10 (Excesiva desproporción)	1731
Artículo 3.11 (Terceros)	1731

	Pág.
Artículo 3.12 (Confirmación)	1731
Artículo 3.13 (Pérdida del derecho a anular el contrato)	1732
Artículo 3.14 (Notificación de anulación)	1732
Artículo 3.15 (Plazos)	1732
Artículo 3.16 (Anulación parcial)	1732
Artículo 3.17 (Efectos retroactivos)	1733
Artículo 3.18 (Daños y perjuicios).....	1733
Artículo 3.19 (Carácter imperativo de estas disposiciones).....	1733
Artículo 3.20 (Declaraciones unilaterales)	1733

CAPÍTULO 4: INTERPRETACIÓN

Artículo 4.1 (Intención de las partes).....	1733
Artículo 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos)	1734
Artículo 4.3 (Circunstancias relevantes).....	1734
Artículo 4.4 (Interpretación sistemática del contrato)	1734
Artículo 4.5 (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)	1734
Artículo 4.6 (Interpretación <i>contra proferentem</i>).....	1735
Artículo 4.7 (Discrepancias lingüísticas)	1735
Artículo 4.8 (Integración del contrato)	1735

CAPÍTULO 5: CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A

FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1: CONTENIDO

Artículo 5.1.1 (Obligaciones expresas e implícitas).....	1735
Artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas)	1736
Artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes)	1736
Artículo 5.1.4 (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)	1736
Artículo 5.1.5 (Determinación del tipo de obligación).....	1736
Artículo 5.1.6 (Determinación de la calidad de la prestación)	1737
Artículo 5.1.7 (Determinación del precio).....	1737
Artículo 5.1.8 (Contrato de tiempo indefinido)	1737
Artículo 5.1.9 (Renuncia por acuerdo de partes).....	1737

SECCIÓN 2: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1 (Estipulación a favor de terceros)	1738
Artículo 5.2.2 (Identificación del beneficiario)	1738
Artículo 5.2.3 (Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)	1738

	Pág.
Artículo 5.2.4 (Excepciones)	1738
Artículo 5.2.5 (Revocación)	1738
Artículo 5.2.6 (Renuncia)	1738

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1 (Momento del cumplimiento)	1739
Artículo 6.1.2 (Cumplimiento en un solo momento o en etapas)	1739
Artículo 6.1.3 (Cumplimiento parcial).....	1739
Artículo 6.1.4 (Secuencia en el cumplimiento).....	1739
Artículo 6.1.5 (Cumplimiento anticipado)	1740
Artículo 6.1.6 (Lugar del cumplimiento)	1740
Artículo 6.1.7 (Pago con cheque u otro instrumento)	1740
Artículo 6.1.8 (Pago por transferencia de fondos)	1740
Artículo 6.1.9 (Moneda de pago).....	1741
Artículo 6.1.10 (Moneda no expresada).....	1741
Artículo 6.1.11 (Gastos del cumplimiento)	1741
Artículo 6.1.12 (Imputación de pagos)	1742
Artículo 6.1.13 (Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)	1742
Artículo 6.1.14 (Solicitud de autorización pública)	1742
Artículo 6.1.15 (Gestión de la autorización).....	1743
Artículo 6.1.16 (Autorización ni otorgada ni denegada)	1743
Artículo 6.1.17 (Autorización denegada).....	1743

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)	1743
Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1744
Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1744

CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 7.1.1 (Definición del incumplimiento)	1745
Artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte).....	1745
Artículo 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento)	1745
Artículo 7.1.4 (Subsanación del incumplimiento).....	1745
Artículo 7.1.5 (Período suplementario para el cumplimiento)	1746
Artículo 7.1.6 (Cláusulas de exoneración).....	1746
Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) (force majeure).....	1747

	Pág.
SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO	
Artículo 7.2.1 (Cumplimiento de obligaciones dinerarias).....	1747
Artículo 7.2.2 (Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)	1747
Artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)	1748
Artículo 7.2.4 (Pena judicial)	1748
Artículo 7.2.5 (Cambio de remedio)	1748
SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN	
Artículo 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato)	1748
Artículo 7.3.2 (Notificación de la resolución)	1749
Artículo 7.3.3 (Incumplimiento anticipado)	1749
Artículo 7.3.4 (Garantía adecuada de cumplimiento)	1749
Artículo 7.3.5 (Efectos generales de la resolución)	1750
Artículo 7.3.6 (Restitución)	1750
SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO	
Artículo 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)	1750
Artículo 7.4.2 (Reparación integral)	1750
Artículo 7.4.3 (Certeza del daño)	1751
Artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño)	1751
Artículo 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)	1751
Artículo 7.4.6 (Prueba del daño por el precio corriente)	1751
Artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)	1752
Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño)	1752
Artículo 7.4.9 (Intereses por falta de pago de dinero)	1752
Artículo 7.4.10 (Intereses sobre el resarcimiento)	1753
Artículo 7.4.11 (Modalidad de la compensación monetaria)	1753
Artículo 7.4.12 (Moneda en la que se fija el resarcimiento)	1753
Artículo 7.4.13 (Pago estipulado para el incumplimiento)	1753
CAPÍTULO 8: COMPENSACIÓN	
Artículo 8.1 (Condiciones de la compensación)	1753
Artículo 8.2 (Compensación de deudas en moneda extranjera)	1754
Artículo 8.3 (Notificación de la compensación)	1754
Artículo 8.4 (Contenido de la notificación)	1754
Artículo 8.5 (Efectos de la compensación)	1754

	Pág.
CAPÍTULO 9: CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS	
SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS	
Artículo 9.1.1 (Definiciones)	1755
Artículo 9.1.2 (Exclusiones)	1755
Artículo 9.1.3 (Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)	1755
Artículo 9.1.4 (Cesión parcial)	1755
Artículo 9.1.5 (Cesión de créditos futuros)	1755
Artículo 9.1.6 (Créditos cedidos sin especificación individual)	1756
Artículo 9.1.7 (Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)	1756
Artículo 9.1.8 (Costes adicionales del deudor)	1756
Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión)	1756
Artículo 9.1.10 (Notificación al deudor)	1756
Artículo 9.1.11 (Cesiones sucesivas)	1757
Artículo 9.1.12 (Prueba adecuada de la cesión)	1757
Artículo 9.1.13 (Excepciones y derechos de compensación)	1757
Artículo 9.1.14 (Derechos relativos al crédito cedido)	1757
Artículo 9.1.15 (Obligaciones del cedente)	1758
SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES	
Artículo 9.2.1 (Modalidades de la transferencia)	1758
Artículo 9.2.2 (Exclusión)	1758
Artículo 9.2.3 (Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia).....	1758
Artículo 9.2.4 (Consentimiento anticipado del acreedor)	1759
Artículo 9.2.5 (Liberación del deudor originario)	1759
Artículo 9.2.6 (Cumplimiento a cargo de un tercero)	1759
Artículo 9.2.7 (Excepciones y derechos de compensación)	1759
Artículo 9.2.8 (Derechos relativos a la obligación transferida)	1759
SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS	
Artículo 9.3.1 (Definiciones).....	1760
Artículo 9.3.2 (Exclusión)	1760
Artículo 9.3.3 (Exigencia del consentimiento de la otra parte)	1760
Artículo 9.3.4 (Consentimiento anticipado de la otra parte)	1760
Artículo 9.3.5 (Liberación del cedente)	1761
Artículo 9.3.6 (Excepciones y derechos de compensación)	1761

	Pág.
Artículo 9.3.7 (Créditos cedidos con el contrato)	1761
CAPÍTULO 10: PRESCRIPCIÓN	
Artículo 10.1 (Ámbito de aplicación de este Capítulo)	1761
Artículo 10.2 (Períodos de prescripción)	1762
Artículo 10.3 (Modificación de los períodos de prescripción por las partes)	1762
Artículo 10.4 (Nuevo período de prescripción por reconocimiento)	1762
Artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial)	1762
Artículo 10.6 (Suspensión por procedimiento arbitral)	1763
Artículo 10.7 (Medios alternativos para la resolución de controversias)	1763
Artículo 10.8 (Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)	1763
Artículo 10.9 (Efectos del vencimiento del período de prescripción)	1764
Artículo 10.10 (Derecho de compensación)	1764
Artículo 10.11 (Restitución)	1764

2. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT

Preámbulo (Propósito de los Principios)	1773
CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 1.1 (Libertad de contratación)	1774
Artículo 1.2 (Libertad de forma).....	1774
Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos)	1774
Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo).....	1774
Artículo 1.5 (Exclusión o modificación de los Principios por las partes)	1774
Artículo 1.6 (Interpretación e integración de los Principios).....	1775
Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial).....	1775
Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. Venire <i>contra factum proprium</i>).....	1775
Artículo 1.9 (Usos y prácticas).....	1775
Artículo 1.10 (Notificación)	1775
Artículo 1.11 (Definiciones).....	1776

	Pág.
Artículo 1.12 (Modo de contar los plazos fijados por las partes).....	1776

CAPÍTULO 2: FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACIÓN

Artículo 2.1.1 (Modo de perfección).....	1777
Artículo 2.1.2 (Definición de la oferta)	1777
Artículo 2.1.3 (Retiro de la oferta)	1777
Artículo 2.1.4 (Revocación de la oferta).....	1777
Artículo 2.1.5 (Rechazo de la oferta).....	1778
Artículo 2.1.6 (Modo de aceptación)	1778
Artículo 2.1.7 (Plazo para la aceptación).....	1778
Artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo).....	1778
Artículo 2.1.9 (Aceptación tardía. Demora en la transmisión)	1778
Artículo 2.1.10 (Retiro de la aceptación)	1779
Artículo 2.1.11 (Aceptación modificada).....	1779
Artículo 2.1.12 (Confirmación por escrito)	1779
Artículo 2.1.13 (Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular).....	1779
Artículo 2.1.14 (Contrato con términos “abiertos”).....	1780
Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe).....	1780
Artículo 2.1.16 (Deber de confidencialidad).....	1780
Artículo 2.1.17 (Cláusulas de integración)	1781
Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular)	1781
Artículo 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar)	1781
Artículo 2.1.20 (Cláusulas sorpresivas).....	1781
Artículo 2.1.21 (Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar).....	1781
Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios).....	1782

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

Artículo 2.2.1 (Ámbito de aplicación de esta sección)	1782
Artículo 2.2.2 (Constitución y alcance de la facultad del representante)	1782
Artículo 2.2.3 (Representación aparente).....	1782
Artículo 2.2.4 (Representación oculta).....	1783
Artículo 2.2.5 (Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo).....	1783
Artículo 2.2.6 (Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo).....	1783
Artículo 2.2.7 (Conflicto de intereses)	1784
Artículo 2.2.8 (Sub-representación).....	1784

	Pág.
Artículo 2.2.9 (Ratificación).....	1784
Artículo 2.2.10 (Extinción del poder).....	1784

CAPÍTULO 3: VALIDEZ

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 3.1.1 (Cuestiones excluidas).....	1785
Artículo 3.1.2 (Validez del mero acuerdo).....	1785
Artículo 3.1.3 (Imposibilidad inicial).....	1785
Artículo 3.1.4 (Carácter imperativo de las disposiciones).....	1785

SECCIÓN 2: CAUSALES DE ANULACIÓN

Artículo 3.2.1 (Definición del error).....	1785
Artículo 3.2.2 (Error determinante).....	1786
Artículo 3.2.3 (Error en la expresión o en la transmisión).....	1786
Artículo 3.2.4 (Remedios por incumplimiento).....	1786
Artículo 3.2.5 (Dolo).....	1786
Artículo 3.2.6 (Intimidación).....	1787
Artículo 3.2.7 (Excesiva desproporción).....	1787
Artículo 3.2.8 (Terceros).....	1787
Artículo 3.2.9 (Confirmación).....	1788
Artículo 3.2.10 (Pérdida del derecho a anular el contrato).....	1788
Artículo 3.2.11 (Notificación de anulación).....	1788
Artículo 3.2.12 (Plazos).....	1788
Artículo 3.2.13 (Anulación parcial).....	1789
Artículo 3.2.14 (Efectos retroactivos).....	1789
Artículo 3.2.15 (Restitución).....	1789
Artículo 3.2.16 (Daños y perjuicios).....	1789
Artículo 3.2.17 (Declaraciones unilaterales).....	1790

SECCIÓN 3: ILICITUD

Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo).....	1790
Artículo 3.3.2 (Restitución).....	1790

CAPÍTULO 4: INTERPRETACIÓN

Artículo 4.1 (Intención de las partes).....	1791
Artículo 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos).....	1791
Artículo 4.3 (Circunstancias relevantes).....	1791
Artículo 4.4 (Interpretación sistemática del contrato).....	1792
Artículo 4.5 (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones).....	1792
Artículo 4.6 (Interpretación <i>contra proferentem</i>).....	1792

	Pág.
Artículo 4.7 (Discrepancias lingüísticas).....	1792
Artículo 4.8 (Integración del contrato).....	1792

CAPÍTULO 5: CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1: CONTENIDO

Artículo 5.1.1 (Obligaciones expresas e implícitas).....	1793
Artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas).....	1793
Artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes).....	1793
Artículo 5.1.4 (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos).....	1793
Artículo 5.1.5 (Determinación del tipo de obligación).....	1794
Artículo 5.1.6 (Determinación de la calidad de la prestación).....	1794
Artículo 5.1.7 (Determinación del precio).....	1794
Artículo 5.1.8 (Contrato de tiempo indefinido).....	1795
Artículo 5.1.9 (Renuncia por acuerdo de partes).....	1795

SECCIÓN 2: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1 (Estipulación a favor de terceros).....	1795
Artículo 5.2.2 (Identificación del beneficiario).....	1795
Artículo 5.2.3 (Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)....	1795
Artículo 5.2.4 (Excepciones).....	1795
Artículo 5.2.5 (Revocación).....	1796
Artículo 5.2.6 (Renuncia).....	1796

SECCIÓN 3: OBLIGACIONES CONDICIONALES

Artículo 5.3.1 (Tipos de condiciones).....	1796
Artículo 5.3.2 (Efectos de las condiciones).....	1796
Artículo 5.3.3 (Intromisión en el cumplimiento de la condición).....	1796
Artículo 5.3.4 (Obligación de preservar los derechos).....	1797
Artículo 5.3.5 (Restitución en caso de cumplimiento de una condición resolutoria).....	1797

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1 (Momento del cumplimiento).....	1797
Artículo 6.1.2 (Cumplimiento en un solo momento o en etapas).....	1797
Artículo 6.1.3 (Cumplimiento parcial).....	1798
Artículo 6.1.4 (Secuencia en el cumplimiento).....	1798
Artículo 6.1.5 (Cumplimiento anticipado).....	1798
Artículo 6.1.6 (Lugar del cumplimiento).....	1798
Artículo 6.1.7 (Pago con cheque u otro instrumento).....	1799

	Pág.
Artículo 6.1.8 (Pago por transferencia de fondos)	1799
Artículo 6.1.9 (Moneda de pago).....	1799
Artículo 6.1.10 (Moneda no expresada).....	1800
Artículo 6.1.11 (Gastos del cumplimiento)	1800
Artículo 6.1.12 (Imputación de pagos)	1800
Artículo 6.1.13 (Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)	1801
Artículo 6.1.14 (Solicitud de autorización pública)	1801
Artículo 6.1.15 (Gestión de la autorización).....	1801
Artículo 6.1.16 (Autorización ni otorgada ni denegada)	1801
Artículo 6.1.17 (Autorización denegada).....	1802
SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)	
Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)	1802
Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1802
Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1803
CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO	
SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL	
Artículo 7.1.1 (Definición del incumplimiento)	1803
Artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte).....	1803
Artículo 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento)	1804
Artículo 7.1.4 (Subsanación del incumplimiento).....	1804
Artículo 7.1.5 (Período suplementario para el cumplimiento)	1804
Artículo 7.1.6 (Cláusulas de exoneración).....	1805
Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) (<i>force majeure</i>)	1805
SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO	
Artículo 7.2.1 (Cumplimiento de obligaciones dinerarias).....	1806
Artículo 7.2.2 (Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)	1806
Artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)	1806
Artículo 7.2.4 (Pena judicial)	1807
Artículo 7.2.5 (Cambio de remedio)	1807
SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN	
Artículo 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato)	1807
Artículo 7.3.2 (Notificación de la resolución)	1808
Artículo 7.3.3 (Incumplimiento anticipado)	1808
Artículo 7.3.4 (Garantía adecuada de cumplimiento).....	1808
Artículo 7.3.5 (Efectos generales de la resolución).....	1808

	Pág.
Artículo 7.3.6 (Restitución en el caso de contratos de cumplimiento en un solo momento).....	1809
Artículo 7.3.7 (Restitución en el caso de contratos de cumplimiento prolongado)	1809

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

Artículo 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)	1809
Artículo 7.4.2 (Reparación integral).....	1809
Artículo 7.4.3 (Certeza del daño)	1810
Artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño)	1810
Artículo 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo) .	1810
Artículo 7.4.6 (Prueba del daño por el precio corriente).....	1810
Artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)	1811
Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño).....	1811
Artículo 7.4.9 (Intereses por falta de pago de dinero)	1811
Artículo 7.4.10 (Intereses sobre el resarcimiento)	1811
Artículo 7.4.11 (Modalidad de la compensación monetaria).....	1812
Artículo 7.4.12 (Moneda en la que se fija el resarcimiento).....	1812
Artículo 7.4.13 (Pago estipulado para el incumplimiento)	1812

CAPÍTULO 8: COMPENSACIÓN

Artículo 8.1 (Condiciones de la compensación).....	1812
Artículo 8.2 (Compensación de deudas en moneda extranjera).....	1813
Artículo 8.3 (Notificación de la compensación)	1813
Artículo 8.4 (Contenido de la notificación).....	1813
Artículo 8.5 (Efectos de la compensación)	1813

CAPÍTULO 9: CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS

Artículo 9.1.1 (Definiciones).....	1813
Artículo 9.1.2 (Exclusiones)	1814
Artículo 9.1.3 (Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)	1814
Artículo 9.1.4 (Cesión parcial).....	1814
Artículo 9.1.5 (Cesión de créditos futuros).....	1814
Artículo 9.1.6 (Créditos cedidos sin especificación individual)	1814
Artículo 9.1.7 (Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)	1815
Artículo 9.1.8 (Costes adicionales del deudor)	1815
Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión).....	1815

	Pág.
Artículo 9.1.10 (Notificación al deudor)	1815
Artículo 9.1.11 (Cesiones sucesivas)	1815
Artículo 9.1.12 (Prueba adecuada de la cesión).....	1816
Artículo 9.1.13 (Excepciones y derechos de compensación).....	1816
Artículo 9.1.14 (Derechos relativos al crédito cedido)	1816
Artículo 9.1.15 (Obligaciones del cedente)	1816

SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

Artículo 9.2.1 (Modalidades de la transferencia).....	1817
Artículo 9.2.2 (Exclusión).....	1817
Artículo 9.2.3 (Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia).....	1817
Artículo 9.2.4 (Consentimiento anticipado del acreedor)	1817
Artículo 9.2.5 (Liberación del deudor originario).....	1818
Artículo 9.2.6 (Cumplimiento a cargo de un tercero).....	1818
Artículo 9.2.7 (Excepciones y derechos de compensación).....	1818
Artículo 9.2.8 (Derechos relativos a la obligación transferida).....	1818

SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS

Artículo 9.3.1 (Definiciones).....	1819
Artículo 9.3.2 (Exclusión).....	1819
Artículo 9.3.3 (Exigencia del consentimiento de la otra parte).....	1819
Artículo 9.3.4 (Consentimiento anticipado de la otra parte)	1819
Artículo 9.3.5 (Liberación del cedente)	1819
Artículo 9.3.6 (Excepciones y derechos de compensación).....	1820
Artículo 9.3.7 (Derechos cedidos con el contrato).....	1820

CAPÍTULO 10: PRESCRIPCIÓN

Artículo 10.1 (Ámbito de aplicación de este capítulo)	1820
Artículo 10.2 (Períodos de prescripción).....	1820
Artículo 10.3 (Modificación de los períodos de prescripción por las partes)	1820
Artículo 10.4 (Nuevo período de prescripción por reconocimiento).....	1821
Artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial)	1821
Artículo 10.6 (Suspensión por procedimiento arbitral)	1821
Artículo 10.7 (Medios alternativos para la resolución de controversias).....	1822
Artículo 10.8 (Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)	1822
Artículo 10.9 (Efectos del vencimiento del período de prescripción).....	1822
Artículo 10.10 (Derecho de compensación).....	1822
Artículo 10.11 (Restitución).....	1823

	Pág.
CAPÍTULO II: PLURALIDAD DE DEUDORES Y DE ACREEDORES	
SECCIÓN 1: PLURALIDAD DE DEUDORES	
Artículo 11.1.1 (Definiciones).....	1823
Artículo 11.1.2 (Presunción de solidaridad).....	1823
Artículo 11.1.3 (Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios) ...	1823
Artículo 11.1.4 (Excepciones y compensación)	1823
Artículo 11.1.5 (Efectos del cumplimiento o de la compensación).....	1824
Artículo 11.1.6 (Efectos de la remisión o de la transacción)	1824
Artículo 11.1.7 (Efectos del vencimiento o de la suspensión de la prescrip- ción).....	1824
Artículo 11.1.8 (Efectos de las sentencias)	1824
Artículo 11.1.9 (Reparto entre los deudores solidarios).....	1825
Artículo 11.1.10 (Alcance de la acción de regreso)	1825
Artículo 11.1.11 (Derechos del acreedor).....	1825
Artículo 11.1.12 (Excepciones en las acciones de regreso)	1825
Artículo 11.1.13 (Imposibilidad de recuperar).....	1825
SECCIÓN 2: PLURALIDAD DE ACREEDORES	
Artículo 11.2.1 (Definiciones).....	1826
Artículo 11.2.2 (Efectos de los créditos solidarios)	1826
Artículo 11.2.3 (Excepciones frente a los acreedores solidarios)	1826
Artículo 11.2.4 (Reparto entre los acreedores solidarios)	1826

3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES	
SECCIÓN 1: ÁMBITO Y OBJETO DE LOS PRINCIPIOS	
Artículo 1:101: Aplicación de los principios.....	1833
Artículo 1:102: Libertad contractual	1833
Artículo 1:103: Normas imperativas.....	1834
Artículo 1:104: Cuestiones de consentimiento en la aplicación de los prin- cipios.....	1834
Artículo 1:105: Usos y prácticas	1834
Artículo 1:106: Interpretación e integración	1834
Artículo 1:107: Aplicación analógica de los principios.....	1835

	Pág.
SECCIÓN 2: DEBERES GENERALES	
Artículo 1:201: Buena fe contractual.....	1835
Artículo 1:202: Deber de colaboración	1835
SECCIÓN 3: TERMINOLOGÍA Y OTRAS DISPOSICIONES	
Artículo 1:301: Definiciones	1835
Artículo 1:302: Definición de lo razonable	1836
Artículo 1:303: Comunicaciones	1836
Artículo 1:304: Cómputo de los plazos	1837
Artículo 1:305: Imputabilidad e intención	1837
CAPÍTULO 2: FORMACIÓN	
SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato.....	1838
Artículo 2:102: Intención.....	1838
Artículo 2:103: Acuerdo suficiente	1838
Artículo 2:104: Términos no negociados de manera individual.....	1839
Artículo 2:105: Cláusula de integridad (<i>Merger clause</i>)	1839
Artículo 2:106: Estipulación de modificación por escrito	1839
Artículo 2:107: Promesas obligatorias sin aceptación	1839
SECCIÓN 2: OFERTA Y ACEPTACIÓN	
Artículo 2:201: Oferta	1840
Artículo 2:202: Revocación de la oferta.....	1840
Artículo 2:203: Rechazo.....	1840
Artículo 2:204: Aceptación.....	1840
Artículo 2:205: Momento de la conclusión del contrato	1841
Artículo 2:206: Plazo de aceptación	1841
Artículo 2:207: Aceptación tardía.....	1841
Artículo 2:208: Aceptación con modificaciones.....	1841
Artículo 2:209: Incompatibilidad entre condiciones generales.....	1842
Artículo 2:210: Confirmación escrita de un profesional.....	1842
Artículo 2:211: Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación	1843
SECCIÓN 3: RESPONSABILIDAD EN LAS NEGOCIACIONES	
Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe.....	1843
Artículo 2:302: Quebra de la confidencialidad.....	1843

	Pág.
CAPÍTULO 3: PODER DE REPRESENTACIÓN	
SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 3:101: Objeto del capítulo.....	1843
Artículo 3:102: Clases de representación.....	1844
SECCIÓN 2: REPRESENTACIÓN DIRECTA	
Artículo 3:201: Poder expreso, implícito y aparente	1844
Artículo 3:202: Actuación del representante en el ejercicio de su poder	1844
Artículo 3:203: Representado no identificado	1845
Artículo 3:204: Representante que actúa sin poder o extralimitándose en él.....	1845
Artículo 3:205: Conflicto de intereses	1845
Artículo 3:206: Sustitución en la representación	1845
Artículo 3:207: Ratificación por parte del representado.....	1846
Artículo 3:208: Derechos de los terceros respecto de la confirmación del poder.....	1846
Artículo 3:209: Duración del poder	1846
SECCIÓN 3: REPRESENTACIÓN INDIRECTA	
Artículo 3:301: Intermediarios que no actúan en nombre del representante	1847
Artículo 3:302: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el representado principal	1847
Artículo 3:303: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el tercero.	1847
Artículo 3:304: Exigencia de comunicación	1848
CAPÍTULO 4: VALIDEZ	
Artículo 4:101: Cuestiones no reguladas	1848
Artículo 4:102: Imposibilidad inicial.....	1848
Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho	1848
Artículo 4:104: Inexactitud en las comunicaciones	1849
Artículo 4:105: Adaptación del contrato	1849
Artículo 4:106: Información incorrecta	1849
Artículo 4:107: Dolo.....	1850
Artículo 4:108: Intimidación.....	1850
Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta	1850
Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente	1851
Artículo 4:111: Terceros.....	1851

	Pág.
Artículo 4:112: Comunicación de la anulación	1852
Artículo 4:113: Plazos	1852
Artículo 4:114: Confirmación	1852
Artículo 4:115: Efectos de la anulación	1852
Artículo 4:116: Anulación parcial	1853
Artículo 4:117: Daños y perjuicios.....	1853
Artículo 4:118: Exclusión o restricción de las acciones	1853
Artículo 4:119: Acciones para casos de incumplimiento	1853

CAPÍTULO 5: INTERPRETACIÓN

Artículo 5:101: Reglas generales de interpretación.....	1854
Artículo 5:102: Circunstancias relevantes	1854
Artículo 5:103: Regla <i>contra proferentem</i>	1854
Artículo 5:104: Preferencia en favor de los términos negociados.....	1855
Artículo 5:105: Referencia al contrato como unidad	1855
Artículo 5:106: Interpretación útil	1855
Artículo 5:107: Discrepancias lingüísticas.....	1855

CAPÍTULO 6: CONTENIDO Y EFECTOS

Artículo 6:101: Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales	1855
Artículo 6:102: Términos implícitos	1856
Artículo 6:103: Simulación.....	1856
Artículo 6:104: Determinación del precio	1856
Artículo 6:105: Determinación unilateral por una de las partes.....	1856
Artículo 6:106: Determinación por un tercero	1856
Artículo 6:107: Referencia a un índice de determinación inexistente.....	1857
Artículo 6:108: Calidad en la ejecución	1857
Artículo 6:109: Contrato de duración indefinida	1857
Artículo 6:110: Estipulación en favor de tercero	1857
Artículo 6:111: Cambio de circunstancias	1857

CAPÍTULO 7: PAGO O CUMPLIMIENTO

Artículo 7:101: Lugar de cumplimiento	1858
Artículo 7:102: Momento del cumplimiento	1859
Artículo 7:103: Cumplimiento anticipado	1859
Artículo 7:104: Orden en el cumplimiento	1859
Artículo 7:105: Prestación alternativa	1859

	Pág.
Artículo 7:106: Ejecución por un tercero	1860
Artículo 7:107: Modo de pago.....	1860
Artículo 7:108: Moneda de pago.....	1860
Artículo 7:109: Imputación de pagos	1860
Artículo 7:110: Negativa a recibir un determinado bien	1861
Artículo 7:111: Negativa a recibir una suma de dinero.....	1862
Artículo 7:112: Gastos de cumplimiento	1862

CAPÍTULO 8: INCUMPLIMIENTO Y MEDIOS DE TUTELA EN GENERAL

Artículo 8:101: Medios de protección del crédito	1862
Artículo 8:102: Acumulación de medios de tutela	1863
Artículo 8:103: Incumplimiento esencial	1863
Artículo 8:104: Corrección de una prestación defectuosa	1863
Artículo 8:105: Garantías de ejecución	1863
Artículo 8:106: Comunicación concediendo un plazo adicional para el cumplimiento	1864
Artículo 8:107: Cumplimiento confiado a un tercero	1864
Artículo 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento	1864
Artículo 8:109: Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de tutela	1865

CAPÍTULO 9: REMEDIOS ESPECÍFICOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO

Artículo 9:101: Obligaciones pecuniarias	1865
Artículo 9:102: Obligaciones no pecuniarias.....	1865
Artículo 9:103: Conservación del derecho a la indemnización por daños y perjuicios.....	1866

SECCIÓN 2: EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Artículo 9:201: Derecho a suspender la ejecución de la prestación.....	1866
--	------

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Artículo 9:301: Derecho a resolver el contrato	1866
Artículo 9:302: Contratos de ejecución fraccionada	1867
Artículo 9:303: Comunicación de la resolución	1867
Artículo 9:304: Incumplimiento previsible.....	1867
Artículo 9:305: Efectos de la resolución	1868
Artículo 9:306: Bienes cuyo valor ha disminuido.....	1868
Artículo 9:307: Restitución de sumas de dinero.....	1868

	Pág.
Artículo 9:308: Restitución de bienes.....	1868
Artículo 9:309: Prestaciones no susceptibles de restitución	1868

SECCIÓN 4: REDUCCIÓN DEL PRECIO

Artículo 9:401: Derecho a reducir el precio	1868
---	------

SECCIÓN 5: DAÑOS Y PERJUICIOS, E INTERESES

Artículo 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios	1869
Artículo 9:502: Criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios	1869
Artículo 9:503: Previsibilidad.....	1869
Artículo 9:504: Pérdidas imputables a la parte perjudicada	1870
Artículo 9:505: Deber de mitigar el daño	1870
Artículo 9:506: Negocio de reemplazo	1870
Artículo 9:507: Precio corriente de mercado.....	1870
Artículo 9:508: Retraso en el pago de una cantidad de dinero.....	1870
Artículo 9:509: Indemnización pactada para el caso de incumplimiento ...	1871
Artículo 9:510: Moneda en que deben calcularse los daños.....	1871

4. CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO)

ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I: DISPOSICIONES PRELIMINARES

Art. 1: Definición.....	1881
Art. 2: Autonomía contractual	1881
Art. 3: Reglas generales y particulares aplicables a los contratos	1882
Art. 4: Reglas aplicables a los actos unilaterales	1882
Art. 5: Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato.....	1882

TÍTULO II: FORMACIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: TRATOS PRECONTRACTUALES

Art. 6: Deber de corrección.....	1883
Art. 7: Deber de información	1883
Art. 8: Deber de reserva.....	1884
Art. 9: Tratos con los consumidores fuera de establecimiento mercantil....	1884
Art. 10: Tratos en el comercio internacional-intercontinental	1884

	Pág.
SECCIÓN 2ª: CONCLUSIÓN DEL CONTRATO	
Art. 11: Oferta oral y su aceptación	1884
Art. 12: Oferta escrita y su aceptación.....	1885
Art. 13: Nociones de oferta y de invitación a hacer una oferta	1885
Art. 14: Eficacia de la oferta.....	1886
Art. 15: Revocación, rechazo o extinción de la oferta	1886
Art. 16: Aceptación	1886
Art. 17: Oferta irrevocable	1887
Art. 18: Muerte o incapacidad	1888
Art. 19: Adhesión de otras partes al contrato	1888
Art. 20: Actos unilaterales	1888
Art. 21: Presunción de conocimiento.....	1888
Art. 22: Oferta al público	1888
Art. 23: Promesa al público	1889
Art. 24: Actos concluyentes.....	1889
TÍTULO III: CONTENIDO DEL CONTRATO	
Art. 25: Condiciones relativas al contenido	1889
Art. 26: Contenido útil.....	1889
Art. 27: Contenido posible	1890
Art. 28: Sobreveniencia de la posibilidad del contenido	1890
Art. 29: Cosas futuras.....	1890
Art. 30: Contenido lícito y no abusivo	1890
Art. 31: Contenido determinado o determinable.....	1891
Art. 32: Cláusulas implícitas	1891
Art. 33: Condiciones generales del contrato.....	1892
TÍTULO IV: FORMA DEL CONTRATO	
Art. 34: Forma especial requerida bajo pena de nulidad	1892
Art. 35: Contratos para los que la forma escrita es requerida bajo pena de nulidad	1893
Art. 36: Forma especial requerida para la prueba del contrato	1893
Art. 37: Formas convencionales	1894
Art. 38: Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o de formularios .	1894
TÍTULO V: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO	
Art. 39: Análisis del texto contractual y evaluación de los elementos extrínsecos al acto	1894

	Pág.
Art. 40: Expresiones ambiguas	1895
Art. 41: Expresiones oscuras	1895

TÍTULO VI: EFECTOS DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES PRELIMINARES

Art. 42: Efectos entre las partes y a favor de terceros	1895
Art. 43: Modificación y dejación sin efecto del contrato y derecho de desistimiento	1896
Art. 44: Factores extracontractuales	1896
Art. 45: Efectos obligatorios	1896
Art. 46: Efectos reales	1897
Art. 47: Enajenación a varios sujetos de la misma cosa o del mismo derecho de goce personal.....	1898
Art. 48: Obligación de no enajenar y de no hacerlo a precio diferente	1898

SECCIÓN 2ª: EFECTOS DEBIDOS A ELEMENTOS ACCIDENTALES

Art. 49: Condición suspensiva	1898
Art. 50: Condición resolutoria	1899
Art. 51: Condición pendiente	1899
Art. 52: Cumplimiento de la condición.....	1899
Art. 53: Condiciones ilícitas e imposibles.....	1899
Art. 54: Condición simplemente potestativa.....	1900
Art. 55: Condición referida al pasado o al presente	1900
Art. 56: Término inicial y final	1900
Art. 57: Comienzo y fin de los efectos en ausencia de términos convencionales.....	1900
Art. 58: Cálculo del término.....	1901
Art. 59: Carga.....	1901

SECCIÓN 3ª: REPRESENTACIÓN

Art. 60: Contrato concluido por el representante	1901
Art. 61: Representante aparente	1902
Art. 62: Concesión del poder	1902
Art. 63: Revocación del poder.....	1902
Art. 64: Representación sin poder	1903
Art. 65: Ratificación	1903
Art. 66: Capacidad de los sujetos.....	1904
Art. 67: Situaciones subjetivas	1904
Art. 68: Contrato consigo mismo y conflicto de intereses	1904

	Pág.
Art. 69: Representantes y colaboradores del empresario	1905

SECCIÓN 4ª: CONTRATO CON PERSONA A DESIGNAR

Art. 70: Reserva de nominación y modalidades de la declaración	1905
Art. 71: Efectos de la declaración de nominación y de su falta	1906

SECCIÓN 5ª: CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Art. 72: Atribución de un derecho a un tercero	1906
Art. 73: Poderes atribuidos a los terceros.....	1907
Art. 74: Disposiciones aplicables.....	1907

TÍTULO VII: EJECUCIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES GENERALES

Art. 75: Modalidades de ejecución.....	1908
Art. 76: Autorización del acreedor o de los terceros	1908
Art. 77: Ejecución parcial	1909
Art. 78: Prestación distinta de la que es debida y efectuada con bienes de los que el deudor no podía disponer	1909
Art. 79: Ejecución por un tercero.....	1909
Art. 80: Incapacidad del deudor y del acreedor	1910
Art. 81: Destinatario del pago	1910
Art. 82: Lugar de la ejecución	1911
Art. 83: Tiempo de la ejecución.....	1911
Art. 84: Imputación de pago	1912
Art. 85: Emisión del recibo y liberación de garantías	1913

SECCIÓN 2ª: EJECUCIÓN DE CIERTAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Art. 86: Ejecución de obligaciones pecuniarias	1913
Art. 87: Ejecución de las obligaciones cumulativas y alternativas.....	1914
Art. 88: Ejecución de obligaciones solidarias e indivisibles.....	1915

TÍTULO VIII: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES GENERALES

Art. 89: Noción de incumplimiento	1916
Art. 90: Deudor que declara no querer cumplir	1916
Art. 91: Deudor que no está en situación de cumplir	1916
Art. 92: Incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada	1917
Art. 93: Incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas	1917

	Pág.
Art. 94: Incumplimiento de una obligación de hacer	1918
Art. 95: Incumplimiento de una obligación de no hacer.....	1919
Art. 96: Mora del deudor	1919
Art. 97: Obligaciones que no pueden ser consideradas como incumplidas	1920
Art. 98: Violación eficaz.....	1920
Art. 99: Incumplimiento de los deberes de protección	1920
Art. 100: Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones pro- metidas.	1921
Art. 101: Prestación anticipada o efectuada en cantidad superior a la debi- da	1921
Art. 102: Prestación privada de interés para el acreedor	1921

SECCIÓN 2ª: MORA DEL ACREEDOR

Art. 103: Noción de mora del acreedor	1922
Art. 104: Mora del acreedor que se resuelve en un incumplimiento.....	1922
Art. 105: Acciones exigidas al deudor para que quede liberado	1922

SECCIÓN 3ª: EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Art. 106: Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabili- dad	1923
Art. 107: Incumplimiento de importancia relevante	1924
Art. 108: Derecho del acreedor de suspender el cumplimiento en los con- tratos bilaterales.....	1924
Art. 109: Cumplimiento anticipado, o en cantidad superior o después de la expiración del término esencial	1925
Art. 110: Plazo suplementario y beneficio de pago mediante sucesivos pla- zos parciales	1925
Art. 111: Ejecución en forma específica.....	1926
Art. 112: Substituciones en forma específica y reparación	1927
Art. 113: Reducción del precio.....	1927
Art. 114: Derecho a la resolución del contrato	1928
Art. 115: Restitución	1929
Art. 116: Daños y perjuicios	1929
Art. 117: Derechos de los terceros de buena fe	1929

TÍTULO IX: CESIÓN DE CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: CESIÓN DE CONTRATO

Art. 118: Noción	1929
Art. 119: Modalidades según las cuales se puede efectuar la cesión.....	1930

	Pág.
Art. 120: Derechos y deberes de los sujetos.....	1931

SECCIÓN 2ª: CESIÓN DE CRÉDITO

Art. 121: Cesibilidad de los créditos.....	1932
Art. 122: Modalidades y efectos de la cesión	1933
Art. 123: Deberes de las partes	1934
Art. 124: Derechos de las partes	1934

SECCIÓN 3ª: CESIÓN DE DEUDA

Art. 125: Cesión por sucesión o por novación.....	1935
Art. 126: Modalidades por las que se puede efectuar la cesión	1936
Art. 127: Derechos y deberes de las partes	1937

TÍTULO X: EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL MISMO

SECCIÓN 1ª: HECHOS EXTINTIVOS Y QUE ENTRAÑAN PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 128: Hechos extintivos y que entrañan ineficacia.....	1938
Art. 129: Hechos que entrañan prescripción y caducidad	1939

SECCIÓN 2ª: MODOS DE EXTINCIÓN DIFERENTES DEL CUMPLIMIENTO

Art. 130: Novación	1940
Art. 131: Remisión de deuda.....	1940
Art. 132: Compensación.....	1941
Art. 133: Confusión.....	1942

SECCIÓN 3ª: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 134: Prescripción.....	1943
Art. 135: Caducidad.....	1944
Art. 136: Cálculo de los plazos	1944

TÍTULO XI: OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS POSIBLES REMEDIOS

SECCIÓN 1ª: ANOMALÍAS

Art. 137: Inexistencia.....	1945
Art. 138: Situación consecuenta con la inexistencia.....	1945
Art. 139: Tachaduras.....	1946
Art. 140: Nulidad.....	1946

	Pág.
Art. 141: Efectos de la nulidad	1947
Art. 142: Caducidad	1948
Art. 143: Confirmación del contrato nulo	1948
Art. 144: Nulidad parcial	1949
Art. 145: Conversión del contrato nulo	1949
Art. 146: Anulabilidad	1950
Art. 147: Efectos de la anulación	1951
Art. 148: Modalidades y plazos de anulación	1951
Art. 149: Mantenimiento y confirmación del contrato anulable	1952
Art. 150: Contrato concluido por un incapaz	1952
Art. 151: Contrato viciado por error	1953
Art. 152: Contrato viciado por violencia moral	1955
Art. 153: Ineficacia	1955
Art. 154: Inoponibilidad	1956
Art. 155: Simulación y reserva mental	1957

SECCIÓN 2ª: REMEDIOS

Art. 156: Rescisión por lesión.....	1958
Art. 157: Nueva negociación del contrato.....	1959
Art. 158: Confirmación o negación judicial de la resolución	1960
Art. 159: Desistimiento efectuado por un consumidor	1961
Art. 160: Restitución	1962
Art. 161: Protección de los terceros	1963
Art. 162: Condiciones de la responsabilidad contractual.....	1964
Art. 163: Daño patrimonial reparable	1965
Art. 164: Daño moral reparable	1965
Art. 165: Daño futuro y eventual.....	1966
Art. 166: Función y modalidades de la reparación	1966
Art. 167: Hecho del acreedor	1967
Art. 168: Evaluación equitativa del daño	1967
Art. 169: Reparación en las obligaciones pecuniarias	1968
Art. 170: Cláusula penal	1969
Art. 171: Modo de proceder y acumulación de remedios	1969
Art. 172: Medidas conservativas y negocios sumarios	1970
Art. 173: Arbitraje.....	1971

**5. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL
DE MERCADERÍAS**

**COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO
MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)**

PARTE I: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1	1979
Artículo 2	1980
Artículo 3	1980
Artículo 4	1980
Artículo 5	1981
Artículo 6	1981

CAPÍTULO II: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7	1981
Artículo 8	1981
Artículo 9	1982
Artículo 10	1982
Artículo 11	1982
Artículo 12	1982
Artículo 13	1982

PARTE II: FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 14	1983
Artículo 15	1983
Artículo 16	1983
Artículo 17	1983
Artículo 18	1983
Artículo 19	1984
Artículo 20	1984
Artículo 21	1985
Artículo 22	1985
Artículo 24	1985

PARTE III: COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS
CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 25	1985
-------------------	------

	Pág.
Artículo 26.....	1986
Artículo 27.....	1986
Artículo 28.....	1986
Artículo 29.....	1986

CAPÍTULO II: OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 30.....	1986
------------------	------

SECCIÓN I: ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS Y DE LOS DOCUMENTOS

Artículo 31.....	1987
Artículo 32.....	1987
Artículo 33.....	1987
Artículo 34.....	1988

SECCIÓN II: CONFORMIDAD DE LAS MERCADERÍAS Y PRETENSIONES DE TERCEROS

Artículo 35.....	1988
Artículo 36.....	1989
Artículo 37.....	1989
Artículo 38.....	1989
Artículo 39.....	1990
Artículo 40.....	1990
Artículo 41.....	1990
Artículo 42.....	1990
Artículo 43.....	1991
Artículo 44.....	1991
Artículo 45.....	1991
Artículo 46.....	1992
Artículo 47.....	1992
Artículo 48.....	1992
Artículo 49.....	1993
Artículo 50.....	1993
Artículo 51.....	1994
Artículo 52.....	1994

CAPÍTULO III: OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 53.....	1994
------------------	------

	Pág.
SECCIÓN I: PAGO DEL PRECIO	
Artículo 54.....	1994
Artículo 55.....	1995
Artículo 56.....	1995
Artículo 57.....	1995
Artículo 58.....	1995
Artículo 59.....	1996
SECCIÓN II: RECEPCIÓN	
Artículo 60.....	1996
SECCIÓN III: DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL COMPRADOR	
Artículo 61.....	1996
Artículo 62.....	1996
Artículo 63.....	1996
Artículo 64.....	1997
Artículo 65.....	1997
CAPÍTULO IV: TRANSMISIÓN DEL RIESGO	
Artículo 66.....	1998
Artículo 67.....	1998
Artículo 68.....	1998
Artículo 69.....	1999
Artículo 70.....	1999
CAPÍTULO V: DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR	
SECCIÓN I: INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE Y CONTRATOS CON ENTREGAS SUCESIVAS	
Artículo 71.....	1999
Artículo 72.....	2000
Artículo 73.....	2000
SECCIÓN II: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS	
Artículo 74.....	2001
Artículo 75.....	2001
Artículo 76.....	2001
Artículo 77.....	2002

	Pág.
SECCIÓN III: INTERESES	
Artículo 78.....	2002
SECCIÓN IV: EXONERACIÓN	
Artículo 79.....	2002
Artículo 80.....	2003
SECCIÓN V: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN	
Artículo 81.....	2003
Artículo 82.....	2003
Artículo 83.....	2004
Artículo 84.....	2004
SECCIÓN VI: CONSERVACIÓN DE LAS MERCADERÍAS	
Artículo 85.....	2004
Artículo 86.....	2004
Artículo 87.....	2005
Artículo 88.....	2005
PARTE IV: DISPOSICIONES FINALES	
Artículo 89.....	2005
Artículo 90.....	2006
Artículo 91.....	2006
Artículo 92.....	2006
Artículo 93.....	2006
Artículo 94.....	2007
Artículo 95.....	2007
Artículo 96.....	2008
Artículo 97.....	2008
Artículo 98.....	2009
Artículo 99.....	2009
Artículo 100.....	2010
Artículo 101.....	2010
II. NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CON- TRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	
Introducción.....	2011

	Pág.
PARTE I: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES	
A. Ámbito de aplicación	2012
B. Autonomía de las partes	2013
C. Interpretación de la Convención.....	2014
D. Interpretación del contrato; usos	2014
E. Forma del contrato	2014
PARTE II: FORMACIÓN DEL CONTRATO	
.....	2015
PARTE III: COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS	
A. Obligaciones del vendedor	2016
B. Obligaciones del comprador	2017
C. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.....	2017
D. Transmisión del riesgo	2018
E. Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.....	2018
F. Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios	2019
G. Conservación de las mercaderías.....	2019
PARTE IV: DISPOSICIONES FINALES	
.....	2019

6. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (MINISTERIO DE JUSTICIA - GOBIERNO DE ESPAÑA)

ARTÍCULO PRIMERO

LIBRO IV. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO I. DE LAS OBLIGACIONES

CAP. I. Disposiciones generales. Artículos 1088 a 1094	2033
CAP. II. De las diferentes clases de obligaciones	2034
<i>Sección 1.ª</i> De las obligaciones de dar. Artículo 1095	2034
<i>Sección 2.ª</i> De las obligaciones genéricas. Artículos 1096 a 1098	2035
<i>Sección 3.ª</i> De la Sección s obligaciones pecuniarias. Artículos 1099 a 1105	2035
<i>Sección 4.ª</i> De las obligaciones alternativas. Artículos 1106 a 1109	2036

	Pág.
<i>Sección 5.ª</i> De las obligaciones condicionales. Artículos 1110 a 1116	2037
<i>Sección 6.ª</i> De las obligaciones a plazo. Artículos 1117 a 1121	2039
CAP. III. De las obligaciones mancomunadas y solidarias	2040
<i>Sección 1.ª</i> Disposiciones generales. Artículos 1122 a 1124	2040
<i>Sección 2.ª</i> De la solidaridad de deudores. Artículos 1125 a 1136	2041
<i>Sección 3.ª</i> De la solidaridad de acreedores. Artículos 1137 a 1145	2043
CAP. IV. De las cláusulas penales. Artículos 1146 a 1152	2044
CAP. V. Del cumplimiento de las obligaciones. Artículos 1153 a 1175	2046
CAP. VI. De la compensación. Artículos 1176 a 1187	2051
CAP. VII. Del incumplimiento	2054
<i>Sección 1.ª</i> Disposiciones generales. Artículos 1188 a 1191	2054
<i>Sección 2.ª</i> De la acción de cumplimiento. Artículos 1192 a 1196	2055
<i>Sección 3.ª</i> De la reducción del precio. Artículos 1197 a 1198	2056
<i>Sección 4.ª</i> De la resolución por incumplimiento. Artículos 1199 a 1204 ...	2056
<i>Sección 5.ª</i> De la indemnización de daños y perjuicios. Artículos 1205 a 1212	2058
CAP. VIII. De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. Artículo 1213	2060
CAP. IX. De la cesión de créditos. Artículos 1214 a 1221	2060
CAP. X. De la asunción de deuda. Artículos 1222 a 1225	2062
CAP. XI. De la delegación. Artículo 1226	2063
CAP. XII. De la cesión de la posición contractual. Artículo 1227	2063
CAP. XIII. De la novación. Artículos 1228 a 1230	2064
CAP. XIV. De la remisión. Artículos 1231 a 1232	2064
CAP. XV. De la confusión. Artículos 1233 a 1235	2065

TÍTULO II. DE LOS CONTRATOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículos 1236 a 1244	2065
CAP. II. De la formación del contrato	2067
<i>Sección 1.ª</i> De las negociaciones. Artículo 1245	2067
<i>Sección 2.ª</i> De la formación del contrato por oferta y aceptación. Artículos 1246 a 1259	2068
<i>Sección 3.ª</i> Otros procedimientos de formación del contrato. Artículo 1260	2071
<i>Sección 4.ª</i> De las condiciones generales de la contratación. Artículos 1261 a 1264	2072

	Pág.
<i>Sección 5.ª</i> De los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Artículos 1265 a 1266	2074
<i>Sección 6.ª</i> De la protección de los consumidores en los contratos a distancia. Artículo 1267	2077
<i>Sección 7.ª</i> De la contratación electrónica. Artículo 1268	2081
CAP. III. De los documentos públicos y privados. Artículos 1269 a 1275	2082
CAP. IV. Del contenido de los contratos. Artículos 1276 a 1277	2084
CAP. V. De la interpretación de los contratos. Artículos 1278 a 1281	2085
CAP. VI. De la representación en los contratos. Artículos 1282 a 1293	2086
CAP. VII. Del contrato a favor de tercero. Artículo 1294	2090
CAP. VIII. Del contrato para persona a designar. Artículo 1295	2091
CAP. IX. De la nulidad y anulación de los contratos. Artículos 1296 a 1309.	2091
CAP. X. De la rescisión de los contratos. Artículos 1310 a 1314	2096

ARTÍCULO SEGUNDO

ARTÍCULOS DEL LIBRO CUARTO QUE QUEDAN SIN CONTENIDO

TÍTULO IV. DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA

CAP. VII. De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales. Artículos 1526 a 1530, 1535 y 1536.....	2098
--	------

TÍTULO XVII. DE LA CONCURRENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículo 1911.....	2098
---	------

ARTÍCULO TERCERO

MODIFICACIÓN DE LA REDACCIÓN DE DETERMINADOS ARTÍCULOS

TÍTULO IV. DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA

CAP. I. De la naturaleza y forma de este contrato. Artículo 1452	2098
CAP. III. De los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida. Artículo 1460, primer párrafo.....	2098
CAP. V. De las obligaciones del comprador. Artículos 1501-3.º y 1503, segundo párrafo	2098

TÍTULO VI. DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

CAP. II. De los arrendamientos de fincas urbanas y rústicas	2098
<i>Sección 2.ª</i> De los derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario. Artículos 1568 y 1574	2098

TÍTULO VII. DE LOS CENSOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículo 1621.....	2099
---	------

	Pág.
TÍTULO VIII. DE LA SOCIEDAD	
CAP. II. De las obligaciones de los socios	2099
<i>Sección 1.ª</i> De las obligaciones de los socios entre sí. Artículo 1684, segundo párrafo	
TÍTULO X. DEL PRÉSTAMO	
CAP. II. Del simple préstamo. Artículo 1754, primer párrafo	2099
TÍTULO XI. DEL DEPÓSITO	
CAP. II. Del depósito propiamente dicho	2099
<i>Sección 3.ª</i> De las obligaciones del depositario. Artículo 1772, segundo párrafo	2099
TÍTULO XIII. DE LAS TRANSACCIONES Y COMPROMISOS	
CAP. I. De las transacciones. Artículo 1817, primer párrafo	2099
TÍTULO XIV. DE LA FIANZA	
Cap. II. De la naturaleza y extensión de la fianza. Artículo 1822, segundo párrafo	2099
TÍTULO XVIII. DE LA PRESCRIPCIÓN	
CAP. III. De la prescripción de las acciones. Artículo 1974	2099
ARTÍCULO CUARTO	
APLICACIÓN GENERAL DE LA REFORMA LEGAL PROPUESTA	
Anexo: Relación de los integrantes de la Sección Primera de Derecho	
Civil de la Comisión General de Codificación que han participado en la elaboración de la Propuesta	2100

7. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP)

MODEL RULES

BOOK I: GENERAL PROVISIONS

I. - 1:101: Intended field of application	2129
I. - 1:102: Interpretation and development	2130

	Pág.
I. – 1:103: Definitions.....	2130
I. – 1:104: Computation of time	2130
I. – 1:105: Meaning of “in writing” and similar expressions	2130
I. – 1:106: Meaning of “signature” and similar expressions.....	2131

BOOK II: CONTRACTS AND OTHER JURIDICAL ACTS

CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS

II. – 1:101: Definitions	2131
II. – 1:102: Party autonomy	2132
II. – 1:103: Binding effect.....	2132
II. – 1:104: Usages and practices.....	2132
II. – 1:105: Imputed knowledge etc.	2132
II. – 1:106: Notice	2133
II. – 1:107: Form	2133
II. – 1:108: Mixed contracts	2134
II. – 1:109: Partial invalidity or ineffectiveness	2134

CHAPTER 2: NON-DISCRIMINATION

II. – 2:101: Right not to be discriminated against.....	2134
II. – 2:102: Meaning of discrimination	2135
II. – 2:103: Exception	2135
II. – 2:104: Remedies.....	2135
II. – 2:105: Burden of proof.....	2135

CHAPTER 3: MARKETING AND PRE-CONTRACTUAL DUTIES

SECTION 1: INFORMATION DUTIES

II. – 3:101: Duty to disclose information about goods and services	2136
II. – 3:102: Specific duties for businesses marketing goods or services to consumers.....	2136
II. – 3:103: Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage.....	2137
II. – 3:104: Information duties in direct and immediate distance communication	2137
II. – 3:105: Formation by electronic means.....	2137
II. – 3:106: Clarity and form of information	2138
II. – 3:107: Remedies for breach of information duties.....	2138

SECTION 2: DUTY TO PREVENT INPUT ERRORS

II. – 3:201: Correction of input errors	2139
---	------

	Pág.
SECTION 3: NEGOTIATION AND CONFIDENTIALITY DUTIES	
II. - 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing.....	2139
II. - 3:302: Breach of confidentiality.....	2140
SECTION 4: UNSOLICITED GOODS OR SERVICES	
II. - 3:401 No obligation arising from failure to respond.....	2140
CHAPTER 4: FORMATION	
SECTION 1: GENERAL PROVISIONS	
II. - 4:101: Requirements for the conclusion of a contract.....	2141
II. - 4:102: How intention is determined	2141
II. - 4:103: Sufficient agreement	2141
II. - 4:104: Merger clause.....	2141
II. - 4:105: Modification in certain form only	2142
SECTION 2: OFFER AND ACCEPTANCE	
II. - 4:201: Offer.....	2142
II. - 4:202: Revocation of offer	2142
II. - 4:203: Rejection of offer	2143
II. - 4:204: Acceptance.....	2143
II. - 4:205: Time of conclusion of the contract.....	2143
II. - 4:206: Time limit for acceptance	2143
II. - 4:207: Late acceptance	2143
II. - 4:208: Modified acceptance.....	2144
II. - 4:209: Conflicting standard terms	2144
II. - 4:210: Formal confirmation of contract between businesses	2144
II. - 4:211: Contracts not concluded through offer and acceptance.....	2145
SECTION 3: OTHER JURIDICAL ACTS	
II. - 4:301: Requirements for a unilateral juridical act.....	2145
II. - 4:302: How intention is determined	2145
II. - 4:303: Right or benefit may be rejected	2145
CHAPTER 5: RIGHT OF WITHDRAWAL	
SECTION 1: EXERCISE AND EFFECTS	
II. - 5:101: Scope and mandatory nature	2145
II. - 5:102: Exercise of right to withdraw	2146
II. - 5:103: Withdrawal period.....	2146
II. - 5:104: Adequate notification of the right to withdraw.....	2146

	Pág.
II. – 5:105: Effects of withdrawal	2146
II. – 5:106: Linked contracts	2147

SECTION 2: PARTICULAR RIGHTS OF WITHDRAWAL

II. – 5:201: Contracts negotiated away from business premises.....	2148
II. – 5:202: Timeshare contracts.....	2149

CHAPTER 6: REPRESENTATION

II. – 6:101: Scope	2150
II. – 6:102: Definitions	2150
II. – 6:103: Authorisation	2150
II. – 6:104: Scope of authority.....	2151
II. – 6:105: When representative’s act affects principal’s legal position.....	2151
II. – 6:106: Representative acting in own name	2151
II. – 6:107: Person purporting to act as representative but not having authority	2151
II. – 6:108: Unidentified principal.....	2152
II. – 6:109: Conflict of interest	2152
II. – 6:110: Several representatives	2152
II. – 6:111: Ratification.....	2153
II. – 6:112: Effect of ending or restriction of authorisation	2153

CHAPTER 7: GROUNDS OF INVALIDITY

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

II. – 7:101: Scope	2153
II. – 7:102: Initial impossibility.....	2154

SECTION 2: VITIATED CONSENT OR INTENTION

II. – 7:201: Mistake	2154
II. – 7:202: Inaccuracy in communication may be treated as mistake.....	2154
II. – 7:203: Adaptation of contract in case of mistake	2155
II. – 7:204: Liability for loss caused by reliance on incorrect information ...	2155
II. – 7:205: Fraud	2155
II. – 7:206: Coercion or threats.....	2156
II. – 7:207: Unfair exploitation	2156
II. – 7:208: Third persons	2157
II. – 7:209: Notice of avoidance	2157
II. – 7:210: Time.....	2157
II. – 7:211: Confirmation	2157

	Pág.
II. – 7:212: Effects of avoidance.....	2157
II. – 7:213: Partial avoidance	2158
II. – 7:214: Damages for loss.....	2158
II. – 7:215: Exclusion or restriction of remedies	2158
II. – 7:216: Overlapping remedies.....	2158
 SECTION 3: INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES OR MANDATORY RULES	
II. – 7:301: Contracts infringing fundamental principles.....	2159
II. – 7:302: Contracts infringing mandatory rules	2159
II. – 7:303: Effects of nullity or avoidance	2159
II. – 7:304: Damages for loss.....	2160
 CHAPTER 8: INTERPRETATION	
SECTION 1: INTERPRETATION OF CONTRACTS	
II. – 8:101: General rules.....	2160
II. – 8:102: Relevant matters	2161
II. – 8:103: Interpretation against party supplying term	2161
II. – 8:104: Preference for negotiated terms.....	2161
II. – 8:105: Reference to contract as a whole.....	2162
II. – 8:106: Preference for interpretation which gives terms effect	2162
II. – 8:107: Linguistic discrepancies	2162
 SECTION 2: INTERPRETATION OF OTHER JURIDICAL ACTS	
II. – 8:201: General rules.....	2162
II. – 8:202: Application of other rules by analogy	2162
 CHAPTER 9: CONTENTS AND EFFECTS OF CONTRACTS	
SECTION 1: CONTENTS	
II. – 9:101: Terms of a contract	2163
II. – 9:102: Certain pre-contractual statements regarded as contract terms	2163
II. – 9:103: Terms not individually negotiated	2164
II. – 9:104: Determination of price.....	2165
II. – 9:105: Unilateral determination by a party.....	2165
II. – 9:106: Determination by a third person.....	2165
II. – 9:107: Reference to a non-existent factor	2165
II. – 9:108: Quality	2165
 SECTION 2: SIMULATION	
II. – 9:201: Effect of simulation	2165

	Pág.
SECTION 3: EFFECT OF STIPULATION IN FAVOUR OF A THIRD PARTY	
II. – 9:301: Basic rules	2166
II. – 9:302: Rights, remedies and defences	2166
II. – 9:303: Rejection or revocation of benefit	2166
SECTION 4: UNFAIR TERMS	
II. – 9:401: Mandatory nature of following provisions	2167
II. – 9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated	2167
II. – 9:403: Meaning of “not individually negotiated”	2167
II. – 9:404: Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer	2168
II. – 9:405: Meaning of “unfair” in contracts between non-business parties	2168
II. – 9:406: Meaning of “unfair” in contracts between businesses	2168
II. – 9:407: Exclusions from unfairness test	2168
II. – 9:408: Factors to be taken into account in assessing unfairness	2169
II. – 9:409: Effects of unfair terms	2169
II. – 9:410: Exclusive jurisdiction clauses	2169
II. – 9:411: Terms which are presumed to be unfair in contracts between a business and a consumer	2169
BOOK III: OBLIGATIONS AND CORRESPONDING RIGHTS	
CHAPTER 1: GENERAL	
III. – 1:101: Definitions	2171
III. – 1:102: Scope of Book	2172
III. – 1:103: Good faith and fair dealing	2172
III. – 1:104: Co-operation	2172
III. – 1:105: Non-discrimination	2173
III. – 1:106: Conditional rights and obligations	2173
III. – 1:107: Time-limited rights and obligations	2173
III. – 1:108: Variation or termination by agreement	2174
III. – 1:109: Variation or termination by notice	2174
III. – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances	2174
CHAPTER 2: PERFORMANCE	
III. – 2:101: Place of performance	2175
III. – 2:102: Time of performance	2176
III. – 2:103: Early performance	2176

	Pág.
III. - 2:104: Order of performance	2176
III. - 2:105: Alternative obligations or methods of performance	2176
III. - 2:107: Performance by a third person	2177
III. - 2:108: Method of payment.....	2177
III. - 2:109: Currency of payment	2177
III. - 2:110: Imputation of performance.....	2178
III. - 2:111: Property not accepted.....	2179
III. - 2:112: Money not accepted	2179
III. - 2:113: Costs and formalities of performance	2179
III. - 2:114: Extinctive effect of performance	2179

CHAPTER 3: REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE

SECTION 1: GENERAL

III. - 3:101: Remedies available	2180
III. - 3:102: Cumulation of remedies	2180
III. - 3:103: Notice fixing additional period for performance.....	2180
III. - 3:104: Excuse due to an impediment.....	2180
III. - 3:105: Term excluding or restricting remedies	2181
III. - 3:106: Notices relating to non-performance	2181
III. - 3:107: Failure to notify non-conformity	2182

SECTION 2: CURE BY DEBTOR OF NON-CONFORMING PERFORMANCE

III. - 3:201: Scope.....	2182
III. - 3:202: Cure by debtor: general rules	2182
III. - 3:203: When creditor need not allow debtor an opportunity to cure...	2182
III. - 3:204: Consequences of allowing debtor opportunity to cure.....	2183

SECTION 3: RIGHT TO ENFORCE PERFORMANCE

III. - 3:301: Monetary obligations.....	2183
III. - 3:302: Non-monetary obligations.....	2183
III. - 3:303: Damages not precluded	2184

SECTION 4: WITHHOLDING PERFORMANCE

III. - 3:401: Right to withhold performance of reciprocal obligation	2184
--	------

SECTION 5: TERMINATION

III. - 3:501: Scope and definition.....	2185
---	------

	Pág.
SUB-SECTION 1: GROUNDS FOR TERMINATION	
III. - 3:502: Termination for fundamental non-performance	2185
III. - 3:503: Termination after notice fixing additional time for performance	2185
III. - 3:504: Termination for anticipated non-performance	2186
III. - 3:505: Termination for inadequate assurance of performance	2186
SUB-SECTION 2: SCOPE, EXERCISE AND LOSS OF RIGHT TO TERMINATE	
III. - 3:506: Scope of right when obligations divisible	2186
III. - 3:507: Notice of termination.....	2186
III. - 3:508: Loss of right to terminate.....	2187
SUB-SECTION 3: EFFECTS OF TERMINATION	
III. - 3:509: Effect on obligations under the contract.....	2187
III. - 3:510: Property reduced in value	2188
SUB-SECTION 4: RESTITUTION	
III. - 3:511: Restitution of benefits received by performance.....	2188
III. - 3:512: When restitution not required	2188
III. - 3:513: Payment of value of benefit.....	2188
III. - 3:514: Use and improvements.....	2189
III. - 3:515: Liabilities arising after time when return due.....	2190
SECTION 6: PRICE REDUCTION	
III. - 3:601: Right to reduce price.....	2190
SECTION 7: DAMAGES AND INTEREST	
III. - 3:701: Right to damages.....	2190
III. - 3:702: General measure of damages.....	2191
III. - 3:703: Foreseeability	2191
III. - 3:704: Loss attributable to creditor	2191
III. - 3:705: Reduction of loss	2191
III. - 3:706: Substitute transaction.....	2191
III. - 3:707: Current price	2191
III. - 3:708: Delay in payment of money	2192
III. - 3:709: When interest to be added to capital.....	2192
III. - 3:710: Stipulated payment for non-performance	2192
III. - 3:711: Currency by which damages to be measured.....	2192

	Pág.
CHAPTER 4: PLURALITY OF DEBTORS AND CREDITORS	
SECTION 1: PLURALITY OF DEBTORS	
III. – 4:101: Scope of Section	2192
III. – 4:102: Solidary, divided and joint obligations	2193
III. – 4:103: When different types of obligation arise	2193
III. – 4:104: Liability under divided obligations.....	2193
III. – 4:105: Joint obligations: special rule when money claimed for non-performance.....	2193
III. – 4:106: Apportionment between solidary debtors.....	2193
III. – 4:107: Recourse between solidary debtors.....	2194
III. – 4:108: Performance, set-off and merger in solidary obligations	2194
III. – 4:109: Release or settlement in solidary obligations	2194
III. – 4:110: Effect of judgment in solidary obligations	2195
III. – 4:111: Prescription in solidary obligations.....	2195
III. – 4:112: Opposability of other defences in solidary obligations.....	2195
SECTION 2: PLURALITY OF CREDITORS	
III. – 4:201: Scope of Section	2195
III. – 4:202: Solidary, divided and joint rights.....	2195
III. – 4:203: When different types of right arise.....	2196
III. – 4:204: Apportionment in cases of divided rights	2196
III. – 4:205: Difficulties of performing in cases of joint rights.....	2196
III. – 4:206: Apportionment in cases of solidary rights	2196
III. – 4:207: Regime of solidary rights	2196
CHAPTER 5: TRANSFER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS	
SECTION 1: ASSIGNMENT OF RIGHTS	
SUB-SECTION 1: GENERAL	
III. – 5:101: Scope of Section	2197
III. – 5:102: Definitions	2197
III. – 5:103: Priority of provisions on proprietary securities and trusts	2197
SUB-SECTION 2: REQUIREMENTS FOR ASSIGNMENT	
III. – 5:105: Assignability: general rule	2198
III. – 5:106: Future and unspecified rights	2198
III. – 5:107: Assignability in part	2198
III. – 5:108: Assignability: effect of contractual prohibition	2198
III. – 5:109: Assignability: rights personal to the creditor	2199
III. – 5:110: Act of assignment: formation and validity	2199

	Pág.
III. - 5:111: Entitlement to assign	2200
III. - 5:112: Undertakings by assignor	2200
SUB-SECTION 4: EFFECTS OF ASSIGNMENT	
III. - 5:113: New creditor	2201
III. - 5:114: When assignment takes place	2201
III. - 5:115: Rights transferred to assignee	2201
III. - 5:116: Effect on defences and rights of set-off.....	2202
III. - 5:117: Effect on place of performance	2202
SUB-SECTION 5: PROTECTION OF DEBTOR	
III. - 5:118: Performance to person who is not the creditor	2202
III. - 5:119: Adequate proof of assignment	2203
SUB-SECTION 6: PRIORITY	
III. - 5:120: Competition between successive assignees	2203
SECTION 2: SUBSTITUTION OF NEW DEBTOR	
III. - 5:201: Substitution: general rules	2203
III. - 5:202: Effects of substitution on defences and securities	2204
SECTION 3: TRANSFER OF CONTRACTUAL POSITION	
III. - 5:301: Transfer of contractual position.....	2204
CHAPTER 6: SET-OFF AND MERGER SECTION 1: SET-OFF	
III. - 6:101: Definitions	2204
III. - 6:102: Requirements for set-off.....	2205
III. - 6:103: Unascertained rights.....	2205
III. - 6:104: Foreign currency set-off.....	2205
III. - 6:105: Set-off by notice.....	2205
III. - 6:106: Two or more rights and obligations.....	2205
III. - 6:107: Effect of set-off.....	2205
III. - 6:108: Exclusion of right of set-off.....	2206
SECTION 2: MERGER OF DEBTS	
III. - 6:201: Extinction of obligations by merger.....	2206
CHAPTER 7: PRESCRIPTION	
SECTION 1: GENERAL PROVISION	
III. - 7:101: Rights subject to prescription	2206

	Pág.
SECTION 2: PERIODS OF PRESCRIPTION AND THEIR COMMENCEMENT	
III. - 7:201: General period	2206
III. - 7:202: Period for a right established by legal proceedings.....	2206
III. - 7:203: Commencement	2207
SECTION 3: EXTENSION OF PERIOD	
III. - 7:301: Suspension in case of ignorance.....	2207
III. - 7:302: Suspension in case of judicial and other proceedings.....	2207
III. - 7:303: Suspension in case of impediment beyond creditor's control ..	2208
III. - 7:304: Postponement of expiry in case of negotiations.....	2208
III. - 7:305: Postponement of expiry in case of incapacity	2208
III. - 7:306: Postponement of expiry: deceased's estate.....	2208
III. - 7:307: Maximum length of period.....	2208
SECTION 4: RENEWAL OF PERIOD	
III. - 7:401: Renewal by acknowledgement	2209
III. - 7:402: Renewal by attempted execution.....	2209
SECTION 5: EFFECTS OF PRESCRIPTION	
III. - 7:501: General effect	2209
III. - 7:502: Effect on ancillary rights.....	2209
III. - 7:503: Effect on set-off.....	2209
SECTION 6: MODIFICATION BY AGREEMENT	
III. - 7:601: Agreements concerning prescription.....	2210
BOOK IV: SPECIFIC CONTRACTS AND THE RIGHTS AND OBLIGATIONS ARISING FROM THEM	
PART A: SALES	
CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS	
SECTION 1: SCOPE OF APPLICATION	
IV. A. - 1:101: Contracts covered.....	2210
IV. A. - 1:102: Goods to be manufactured or produced	2211
IV. A. - 1:103: Consumer goods guarantees.....	2211
SECTION 2: GENERAL PROVISIONS	
IV. A. - 1:201: Goods	2211
IV. A. - 1:202: Contract for sale	2211
IV. A. - 1:203: Contract for barter.....	2211

	Pág.
IV. A. – 1:204: Consumer contract for sale	2212
SECTION 3: DEROGATION	
IV. A. – 1:301: Rules not mandatory unless otherwise stated	2212
CHAPTER 2: OBLIGATIONS OF THE SELLER	
SECTION 1: OVERVIEW	
IV. A. – 2:101: Overview of obligations of the seller.....	2212
SECTION 2: DELIVERY OF THE GOODS	
IV. A. – 2:201: Delivery	2212
IV. A. – 2:202: Place and time for delivery	2213
IV. A. – 2:203: Cure in case of early delivery.....	2213
IV. A. – 2:204: Carriage of the goods	2213
SECTION 3: CONFORMITY OF THE GOODS	
IV. A. – 2:301: Conformity with the contract	2214
IV. A. – 2:302: Fitness for purpose, qualities, packaging	2214
IV. A. – 2:303: Statements by third persons	2215
IV. A. – 2:304: Incorrect installation under a consumer contract for sale.....	2215
IV. A. – 2:305: Third party rights or claims in general.....	2215
IV. A. – 2:306: Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property	2215
IV. A. – 2:307: Buyer’s knowledge of lack of conformity.....	2216
IV. A. – 2:308: Relevant time for establishing conformity	2216
IV. A. – 2:309: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for sale.....	2216
CHAPTER 3: OBLIGATIONS OF THE BUYER	
SECTION 1: OVERVIEW	
IV. A. – 3:101: Overview of obligations of the buyer	2216
IV. A. – 3:102: Determination of form, measurement or other features	2217
SECTION 2: PAYMENT OF THE PRICE	
IV. A. – 3:201: Place and time for payment.....	2217
IV. A. – 3:202: Formalities of payment	2217
IV. A. – 3:203: Price fixed by weight	2217
SECTION 3: TAKING DELIVERY OF THE GOODS	
IV. A. – 3:301: Taking delivery	2217

	Pág.
IV. A. – 3:302: Early delivery and delivery of excess quantity	2218

CHAPTER 4: REMEDIES

SECTION 1: REMEDIES OF THE PARTIES IN GENERAL

IV. A. – 4:101: Application of Book III.....	2218
IV. A. – 4:102: Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale	2218

SECTION 2: REMEDIES OF THE BUYER FOR LACK OF CONFORMITY

IV. A. – 4:201: Overview of remedies	2219
IV. A. – 4:202: Termination by consumer for lack of conformity	2219
IV. A. – 4:203: Limitation of liability for damages of non-business sellers ...	2219

SECTION 3: REQUIREMENTS OF EXAMINATION AND NOTIFICATION

IV. A. – 4:301: Examination of the goods	2219
IV. A. – 4:302: Notification of lack of conformity	2220
IV. A. – 4:303: Notification of partial delivery	2220
IV. A. – 4:304: Seller’s knowledge of lack of conformity	2220

CHAPTER 5: PASSING OF RISK

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

IV. A. – 5:101: Effect of passing of risk.....	2221
IV. A. – 5:102: Time when risk passes	2221
IV. A. – 5:103: Passing of risk in a consumer contract for sale	2221

SECTION 2: SPECIAL RULES

IV. A. – 5:201: Goods placed at buyer’s disposal.....	2221
IV. A. – 5:202: Carriage of the goods	2222
IV. A. – 5:203: Goods sold in transit	2222

CHAPTER 6: CONSUMER GOODS GUARANTEES

IV. A. – 6:101: Definition of a consumer goods guarantee	2222
IV. A. – 6:102: Binding nature of the guarantee	2223
IV. A. – 6:103: Guarantee document	2223
IV. A. – 6:104: Coverage of the guarantee	2224
IV. A. – 6:105: Guarantee limited to specific parts.....	2224
IV. A. – 6:106: Exclusion or limitation of the guarantor’s liability	2225
IV. A. – 6:107: Burden of proof.....	2225
IV. A. – 6:108: Prolongation of the guarantee period.....	2225

	Pág.
PART B: LEASE OF GOODS	
CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS	
IV. B. – 1:101: Lease of goods.....	2225
CHAPTER 2: LEASE PERIOD	
IV. B. – 2:101: Start of lease period	2226
IV. B. – 2:102: End of lease period	2226
IV. B. – 2:103: Tacit prolongation	2227
CHAPTER 3: OBLIGATIONS OF THE LESSOR	
IV. B. – 3:101: Availability of the goods	2227
IV. B. – 3:102: Conformity with the contract at the start of the lease period	2228
IV. B. – 3:103: Fitness for purpose, qualities, packaging etc.....	2228
IV. B. – 3:104: Conformity of the goods during the lease period	2229
IV. B. – 3:105: Incorrect installation under a consumer contract for the lease of goods.....	2229
IV. B. – 3:106: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for lease.....	2229
IV. B. – 3:107: Obligations on return of the goods	2230
CHAPTER 4: REMEDIES OF THE LESSEE	
IV. B. – 4:101: Overview of remedies of lessee	2230
IV. B. – 4:102: Rules on remedies mandatory in consumer contract	2230
IV. B. – 4:103: Lessee’s right to have lack of conformity remedied.....	2230
IV. B. – 4:104: Rent reduction	2231
IV. B. – 4:105: Substitute transaction by lessee	2231
IV. B. – 4:106: Notification of lack of conformity.....	2231
IV. B. – 4:107: Remedies channelled towards supplier of the goods.....	2232
CHAPTER 5: OBLIGATIONS OF THE LESSEE	
IV. B. – 5:101: Obligation to pay rent.....	2232
IV. B. – 5:102: Time for payment	2233
IV. B. – 5:103: Acceptance of goods	2233
IV. B. – 5:104: Handling the goods in accordance with the contract.....	2233
IV. B. – 5:105: Intervention to avoid danger or damage to the goods	2234
IV. B. – 5:106: Compensation for maintenance and improvements	2234
IV. B. – 5:107: Obligation to inform.....	2234
IV. B. – 5:108: Repairs and inspections by the lessor.....	2234
IV. B. – 5:109: Obligation to return the goods	2235

	Pág.
CHAPTER 6: REMEDIES OF THE LESSOR	
IV. B. – 6:101: Overview of remedies of lessor.....	2235
IV. B. – 6:102: Consumer contract for the lease of goods	2235
IV. B. – 6:103: Right to enforce performance of monetary obligations	2235
IV. B. – 6:105: Reduction of liability in consumer contract for the lease of goods	2236
CHAPTER 7: NEW PARTIES AND SUBLEASE	
IV. B. – 7:101: Change in ownership and substitution of lessor.....	2236
IV. B. – 7:102: Assignment of lessee’s rights to performance	2237
IV. B. – 7:103: Sublease	2237
PART C: SERVICES	
CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS	
SECTION 1: SCOPE	
IV. C. – 1:101: Supply of a service.....	2237
IV. C. – 1:102: Exclusions	2237
SECTION 2: OTHER GENERAL PROVISIONS	
IV. C. – 1:201: Structure.....	2238
CHAPTER 2: RULES APPLYING TO SERVICE CONTRACTS IN GENERAL	
IV. C. – 2:101: Price.....	2238
IV. C. – 2:102: Pre-contractual duties to warn.....	2238
IV. C. – 2:103: Obligation to co-operate.....	2239
IV. C. – 2:104: Subcontractors, tools and materials	2240
IV. C. – 2:105: Obligation of skill and care	2241
IV. C. – 2:106: Obligation to achieve result.....	2241
IV. C. – 2:108: Contractual obligation of the service provider to warn.....	2242
IV. C. – 2:109: Unilateral variation of the service contract	2243
IV. C. – 2:110: Client’s obligation to notify anticipated non-conformity	2244
IV. C. – 2:111: Client’s right to terminate	2245
CHAPTER 3: CONSTRUCTION	
IV. C. – 3:101: Scope	2245
IV. C. – 3:102: Obligation of client to co-operate	2246
IV. C. – 3:103: Obligation to prevent damage to structure	2246
IV. C. – 3:104: Conformity.....	2246
IV. C. – 3:105: Inspection, supervision and acceptance.....	2246

	Pág.
IV. C. - 3:106: Handing-over of the structure.....	2247
IV. C. - 3:107: Payment of the price	2247
IV. C. - 3:108: Risks.....	2247

CHAPTER 4: PROCESSING

IV. C. - 4:101: Scope	2249
IV. C. - 4:102: Obligation of client to co-operate	2249
IV. C. - 4:103: Obligation to prevent damage to thing being processed	2249
IV. C. - 4:104: Inspection and supervision	2249
IV. C. - 4:105: Return of the thing processed	2250
IV. C. - 4:106: Payment of the price	2250
IV. C. - 4:107: Risks.....	2250
IV. C. - 4:108: Limitation of liability.....	2252

CHAPTER 5: STORAGE

IV.C. - 5:101: Scope.....	2252
IV. C. - 5:102: Storage place and subcontractors.....	2252
IV. C. - 5:103: Protection and use of the thing stored.....	2252
IV. C. - 5:104: Return of the thing stored.....	2253
IV.C. - 5:105: Conformity.....	2253
IV. C. - 5:106: Payment of the price	2254
IV. C. - 5:107: Post-storage obligation to inform	2254
IV. C. - 5:108: Risks.....	2254
IV. C. - 5:109: Limitation of liability.....	2255
IV. C. - 5:110: Liability of the hotel-keeper	2255

CHAPTER 6: DESIGN

IV. C. - 6:101: Scope	2256
IV. C. - 6:102: Pre-contractual duty to warn	2257
IV. C. - 6:103: Obligation of skill and care	2257
IV. C. - 6:104: Conformity.....	2257
IV. C. - 6:105: Handing over of the design.....	2257
IV. C. - 6:106: Records.....	2258
IV. C. - 6:107: Limitation of liability.....	2258

CHAPTER 7: INFORMATION AND ADVICE

IV. C. - 7:101: Scope	2258
IV. C. - 7:102: Obligation to collect preliminary data.....	2258

	Pág.
IV. C. - 7:103: Obligation to acquire and use expert knowledge	2259
IV. C. - 7:104: Obligation of skill and care	2259
IV. C. - 7:106: Records.....	2260
IV. C. - 7:107: Conflict of interest.....	2260
IV. C. - 7:108: Influence of ability of the client.....	2260
IV. C. - 7:109: Causation	2261

CHAPTER 8: TREATMENT

IV. C. - 8:101: Scope	2261
IV. C. - 8:102: Preliminary assessment.....	2261
IV. C. - 8:103: Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises.....	2262
IV. C. - 8:104: Obligation of skill and care	2262
IV. C. - 8:105: Obligation to inform.....	2262
IV. C. - 8:106: Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment.....	2263
IV. C. - 8:107: Exceptions to the obligation to inform	2263
IV. C. - 8:108: Obligation not to treat without consent	2263
IV. C. - 8:109: Records.....	2264
IV. C. - 8:110: Remedies for non-performance.....	2265
IV. C. - 8:111: Obligations of treatment-providing organisations	2265

PART D: MANDATE

CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS

IV. D. - 1:101: Scope.....	2266
IV. D. - 1:102: Definitions	2267
IV. D. - 1:103: Duration.....	2267
IV. D. - 1:104: Revocation of the mandate.....	2268
IV. D. - 1:105: Irrevocable mandate.....	2268

CHAPTER 2: MAIN OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL

IV. D. - 2:101: Obligation to co-operate.....	2269
IV. D. - 2:102: Price	2269
IV. D. - 2:103: Expenses incurred by representative.....	2270

CHAPTER 3: PERFORMANCE BY THE REPRESENTATIVE

SECTION 1: MAIN OBLIGATIONS OF REPRESENTATIVE

IV. D. - 3:101: Obligation to act in accordance with mandate.....	2271
IV. D. - 3:102: Obligation to act in interests of principal	2271

	Pág.
IV. D. – 3:103: Obligation of skill and care	2271
SECTION 2: CONSEQUENCES OF ACTING BEYOND MANDATE	
IV. D. – 3:201: Acting beyond mandate	2272
IV. D. – 3:202: Consequences of ratification	2272
SECTION 3: CONCLUSION OF PROSPECTIVE CONTRACT BY OTHER PERSON	
IV. D. – 3:301: Exclusivity not presumed	2272
IV. D. – 3:302: Subcontracting	2273
SECTION 4: OBLIGATION TO INFORM PRINCIPAL	
IV. D. – 3:401: Information about progress of performance	2273
IV. D. – 3:402: Giving account to principal.....	2273
IV. D. – 3:403: Communication of identity of third party	2273
CHAPTER 4: DIRECTIONS AND CHANGES	
SECTION 1: DIRECTIONS	
IV. D. – 4:101: Directions given by principal	2274
IV. D. – 4:102: Request for a direction.....	2274
IV. D. – 4:103: Consequences of failure to give a direction	2274
IV. D. – 4:104: No time to ask or wait for direction	2275
SECTION 2: CHANGES OF THE MANDATE CONTRACT	
IV. D. – 4:201: Changes of the mandate contract.....	2275
CHAPTER 5: CONFLICT OF INTEREST	
IV. D. – 5:101: Self-contracting	2276
IV. D. – 5:102: Double mandate	2277
CHAPTER 6: TERMINATION BY NOTICE OTHER THAN FOR NON-PERFORMANCE	
IV. D. – 6:101: Termination by notice in general.....	2278
IV. D. – 6:102: Termination by principal when relationship is to last for indefinite period or when mandate is for a particular task	2279
IV. D. – 6:103: Termination by principal for extraordinary and serious reason.....	2279
IV. D. – 6:104: Termination by representative when relationship is to last for indefinite period or when it is gratuitous	2279
IV. D. – 6:105: Termination by representative for extraordinary and serious reason	2280

	Pág.
CHAPTER 7: OTHER PROVISIONS ON TERMINATION	
IV. D. – 7:101: Conclusion of the prospective contract.....	2280
IV. D. – 7:102: Expiry of fixed period	2280
IV. D. – 7:103: Death of the principal.....	2281
IV. D. – 7:104: Death of the representative	2281
PART E: COMMERCIAL AGENCY, FRANCHISE AND DISTRIBUTORSHIP	
CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS	
SECTION 1: SCOPE	
IV. E. – 1:101: Contracts covered.....	2281
SECTION 2: OTHER GENERAL PROVISIONS	
IV. E. – 1:201: Priority rules.....	2282
IV. E. – 1:202: Derogation	2282
CHAPTER 2: RULES APPLYING TO ALL CONTRACTS WITHIN THE SCOPE OF THIS PART	
SECTION 1: PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY	
IV. E. – 2:101: Pre-contractual information duty	2282
SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE PARTIES	
IV. E. – 2:201: Co-operation	2282
IV. E. – 2:202: Information during the performance	2282
IV. E. – 2:203: Confidentiality	2283
SECTION 3: TERMINATION OF CONTRACTUAL RELATIONSHIP	
IV. E. – 2:301: Contract for a definite period	2283
IV. E. – 2:302: Contract for an indefinite period.....	2283
IV. E. – 2:303: Damages for termination with inadequate notice.....	2284
IV. E. – 2:304: Termination for non-performance.....	2284
IV. E. – 2:305: Indemnity for goodwill.....	2285
IV. E. – 2:306: Stock, spare parts and materials.....	2285
SECTION 4: OTHER GENERAL PROVISIONS	
IV. E. – 2:401: Right of retention	2285
IV. E. – 2:402: Signed document available on request.....	2285
CHAPTER 3: COMMERCIAL AGENCY	
SECTION 1: GENERAL	
IV. E. – 3:101: Scope	2286

	Pág.
SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE COMMERCIAL AGENT	
IV. E. – 3:201: Negotiate and conclude contracts.....	2286
IV. E. – 3:202: Instructions	2286
IV. E. – 3:203: Information by agent during the performance	2286
IV. E. – 3:204: Accounting.....	2286
SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL	
IV. E. – 3:301: Commission during the agency	2287
IV. E. – 3:302: Commission after the agency has ended.....	2287
IV. E. – 3:303: Conflicting entitlements of successive agents.....	2288
IV. E. – 3:304: When commission is to be paid	2288
IV. E. – 3:305: Entitlement to commission extinguished.....	2288
IV. E. – 3:306: Remuneration	2289
IV. E. – 3:307: Information by principal during the performance	2289
IV. E. – 3:308: Information on acceptance, rejection and non-performance .	2289
IV. E. – 3:309: Warning of decreased volume of contracts	2289
IV. E. – 3:310: Information on commission.....	2289
IV. E. – 3:311: Accounting.....	2290
IV. E. – 3:312: Amount of indemnity	2290
IV. E. – 3:313: Del credere clause	2291
CHAPTER 4: FRANCHISE SECTION 1: GENERAL	
IV. E. – 4:101: Scope	2291
IV. E. – 4:102: Pre-contractual information.....	2291
IV. E. – 4:103: Co-operation.....	2292
SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE FRANCHISOR	
IV. E. – 4:201: Intellectual property rights	2292
IV. E. – 4:202: Know-how	2292
IV. E. – 4:203: Assistance.....	2293
IV. E. – 4:204: Supply.....	2293
IV. E. – 4:205: Information by franchisor during the performance	2293
IV. E. – 4:206: Warning of decreased supply capacity	2294
IV. E. – 4:207: Reputation of network and advertising	2294
SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE FRANCHISEE	
IV. E. – 4:301: Fees, royalties and other periodical payments.....	2294
IV. E. – 4:302: Information by franchisee during the performance	2294

	Pág.
IV. E. – 4:303: Business method and instructions.....	2295
IV. E. – 4:304: Inspection	2295

CHAPTER 5: DISTRIBUTORSHIP

SECTION 1: GENERAL

IV. E. – 5:101: Scope and definitions.....	2295
--	------

SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE SUPPLIER

IV. E. – 5:201: Obligation to supply.....	2296
IV. E. – 5:202: Information by supplier during the performance.....	2296
IV. E. – 5:203: Warning by supplier of decreased supply capacity.....	2296
IV. E. – 5:204: Advertising materials	2297
IV. E. – 5:205: The reputation of the products	2297

SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE DISTRIBUTOR

IV. E. – 5:301: Obligation to distribute	2297
IV. E. – 5:302: Information by distributor during the performance	2297
IV. E. – 5:303: Warning by distributor of decreased requirements.....	2297
IV. E. – 5:304: Instructions	2297
IV. E. – 5:305: Inspection	2298
IV. E. – 5:306: The reputation of the products	2298

PART F: LOANS

[In preparation]	2298
------------------------	------

PART G: PERSONAL SECURITY

CHAPTER 1: COMMON RULES

IV. G. – 1:101: Definitions	2298
IV. G. – 1:102: Scope.....	2299
IV. G. – 1:103: Freedom of contract.....	2299
IV. G. – 1:104: Creditor's acceptance	2299
IV. G. – 1:105: Interpretation	2300
IV. G. – 1:106: Co-debtorship for security purposes.....	2300
IV. G. – 1:107: Several security providers: solidary liability towards creditor.....	2300
IV. G. – 1:108: Several security providers: internal recourse.....	2300
IV. G. – 1:109: Several security providers: recourse against debtor.....	2301
IV. G. – 1:110: Subsidiary application of rules on solidary debtors.....	2302

	Pág.
CHAPTER 2: DEPENDENT PERSONAL SECURITY	
IV. G. - 2:101: Presumption for dependent personal security	2302
IV. G. - 2:102: Dependence of security provider's obligation	2302
IV. G. - 2:103: Debtor's defences available to the security provider.....	2303
IV. G. - 2:104: Coverage of security	2303
IV. G. - 2:105: Solidary liability of security provider.....	2304
IV. G. - 2:106: Subsidiary liability of security provider.....	2304
IV. G. - 2:107: Requirement of notification by creditor	2304
IV. G. - 2:108: Time limit for resort to security.....	2305
IV. G. - 2:109: Limiting security without time limit.....	2306
IV. G. - 2:110: Reduction of creditor's rights	2306
IV. G. - 2:111: Debtor's relief for the security provider.....	2307
IV. G. - 2:112: Notification and request by security provider before performance	2307
IV. G. - 2:113: Security provider's rights after performance	2307
CHAPTER 3: INDEPENDENT PERSONAL SECURITY	
IV. G. - 3:101: Scope	2308
IV. G. - 3:102: Notification to debtor by security provider	2308
IV. G. - 3:103: Performance by security provider.....	2309
IV. G. - 3:104: Independent personal security on first demand	2309
IV. G. - 3:105: Manifestly abusive or fraudulent demand	2309
IV. G. - 3:106: Security provider's right to reclaim.....	2310
IV. G. - 3:107: Security with or without time limits	2310
IV. G. - 3:108: Transfer of security right.....	2310
IV. G. - 3:109: Security provider's rights after performance	2311
CHAPTER 4: SPECIAL RULES FOR PERSONAL SECURITY OF CONSUMERS	
IV. G. - 4:101: Scope of application.....	2311
IV. G. - 4:102: Applicable rules.....	2311
IV. G. - 4:103: Creditor's pre-contractual duties.....	2311
IV. G. - 4:104: Form	2312
IV. G. - 4:105: Nature of security provider's liability.....	2312
IV. G. - 4:106: Creditor's obligations of annual information	2312
IV. G. - 4:107: Limiting security with time limit.....	2313

	Pág.
BOOK V: BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER'S AFFAIRS	
CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION	
V. - 1:101: Intervention to benefit another	2313
V. - 1:102: Intervention to perform another's duty	2313
V. - 1:103: Exclusions.....	2313
CHAPTER 2: DUTIES OF INTERVENER	
V. - 2:101: Duties during intervention.....	2314
V. - 2:102: Reparation for damage caused by breach of duty	2314
V. - 2:103: Obligations after intervention.....	2314
CHAPTER 3: RIGHTS AND AUTHORITY OF INTERVENER	
V. - 3:101: Right to indemnification or reimbursement.....	2315
V. - 3:102: Right to remuneration	2315
V. - 3:103: Right to reparation	2315
V. - 3:104: Reduction or exclusion of intervener's rights	2315
V. - 3:105: Obligation of third person to indemnify or reimburse the principal	2316
V. - 3:106: Authority of intervener to act as representative of the principal.	2316
BOOK VI: NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING OUT OF DAMAGE CAUSED TO ANOTHER	
CHAPTER 1: FUNDAMENTAL PROVISIONS	
VI. - 1:101: Basic rule.....	2316
VI. - 1:102: Prevention.....	2316
VI. - 1:103: Scope of application.....	2317
CHAPTER 2: LEGALLY RELEVANT DAMAGE	
SECTION 1: GENERAL	
VI. - 2:101: Meaning of legally relevant damage	2317
SECTION 2: PARTICULAR INSTANCES OF LEGALLY RELEVANT DAMAGE	
VI. - 2:201: Personal injury and consequential loss.....	2318
VI. - 2:202: Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death	2318
VI. - 2:203: Infringement of dignity, liberty and privacy	2318
VI. - 2:204: Loss upon communication of incorrect information about another.....	2319
VI. - 2:205: Loss upon breach of confidence	2319
VI. - 2:206: Loss upon infringement of property or lawful possession.....	2319

	Pág.
VI. - 2:207: Loss upon reliance on incorrect advice or information	2319
VI. - 2:208: Loss upon unlawful impairment of business	2320
VI. - 2:209: Burdens incurred by the State upon environmental impairment	2320
VI. - 2:210: Loss upon fraudulent misrepresentation	2320
VI. - 2:211: Loss upon inducement of non-performance of obligation	2320

CHAPTER 3: ACCOUNTABILITY

SECTION 1: INTENTION AND NEGLIGENCE

VI. - 3:101: Intention	2320
VI. - 3:102: Negligence	2321
VI. - 3:103: Persons under eighteen	2321
VI. - 3:104: Accountability for damage caused by children or supervised persons	2321

SECTION 2: ACCOUNTABILITY WITHOUT INTENTION OR NEGLIGENCE

VI. - 3:201: Accountability for damage caused by employees and representatives	2322
VI. - 3:202: Accountability for damage caused by the unsafe state of an immovable	2322
VI. - 3:203: Accountability for damage caused by animals	2323
VI. - 3:204: Accountability for damage caused by defective products	2323
VI. - 3:205: Accountability for damage caused by motor vehicles	2325
VI. - 3:206: Accountability for damage caused by dangerous substances or emissions	2325
VI. - 3:207: Other accountability for the causation of legally relevant damage	2326
VI. - 3:208: Abandonment	2326

CHAPTER 4: CAUSATION

VI. - 4:101: General rule	2326
VI. - 4:102: Collaboration	2326
VI. - 4:103: Alternative causes	2327

CHAPTER 5: DEFENCES

SECTION 1: CONSENT OR CONDUCT OF THE INJURED PERSON

VI. - 5:101: Consent and acting at own risk	2327
VI. - 5:102: Contributory fault and accountability	2327
VI. - 5:103: Damage caused by a criminal to a collaborator	2328

	Pág.
SECTION 2: INTERESTS OF ACCOUNTABLE PERSONS OR THIRD PARTIES	
VI. - 5:201: Authority conferred by law	2328
VI. - 5:202: Self-defence, benevolent intervention and necessity	2328
VI. - 5:203: Protection of public interest	2328
SECTION 3: INABILITY TO CONTROL	
VI. - 5:301: Mental incompetence	2329
VI. - 5:302: Event beyond control	2329
SECTION 4: CONTRACTUAL EXCLUSION AND RESTRICTION OF LIABILITY	
VI. - 5:401: Contractual exclusion and restriction of liability.....	2329
SECTION 5: LOSS WITHIN	
VI. - 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death)	2330
VI. - 5:501: Extension of defences against the injured person to third persons	2330
CHAPTER 6: REMEDIES	
SECTION 1: REPARATION IN GENERAL	
VI. - 6:101: Aim and forms of reparation	2330
VI. - 6:102: De minimis rule.....	2330
VI. - 6:103: Equalisation of benefits	2331
VI. - 6:104: Multiple injured persons	2331
VI. - 6:105: Solidary liability.....	2331
VI. - 6:106: Assignment of right to reparation	2331
SECTION 2: COMPENSATION	
VI. - 6:201: Injured person's right of election	2331
VI. - 6:202: Reduction of liability.....	2331
VI. - 6:203: Capitalisation and quantification	2331
VI. - 6:204: Compensation for injury as such	2332
SECTION 3: PREVENTION	
VI. - 6:301: Right to prevention.....	2332
VI. - 6:302: Liability for loss in preventing damage.....	2332
CHAPTER 7: ANCILLARY RULES	
VI. - 7:101: National constitutional laws.....	2332
VI. - 7:102: Statutory provisions	2332

	Pág.
VI. – 7:103: Public law functions and court proceedings.....	2332
VI. – 7:104: Liability of employees, employers, trade unions and employers’ associations.....	2333
VI. – 7:105: Reduction or exclusion of liability to indemnified persons.....	2333
BOOK VII: UNJUSTIFIED ENRICHMENT	
CHAPTER 1: GENERAL	
VII. – 1:101: Basic rule	2333
CHAPTER 2: WHEN ENRICHMENT UNJUSTIFIED	
VII. – 2:101: Circumstances in which an enrichment is unjustified	2333
VII. – 2:102: Performance of obligation to third person	2334
VII. – 2:103: Consenting or performing freely	2334
CHAPTER 3: ENRICHMENT AND DISADVANTAGE	
VII. – 3:101: Enrichment.....	2335
VII. – 3:102: Disadvantage.....	2335
CHAPTER 4: ATTRIBUTION	
VII. – 4:101: Instances of attribution	2335
VII. – 4:102: Indirect representation.....	2336
VII. – 4:103: Debtor’s performance to a non-creditor; onward transfer in good faith.....	2336
VII. – 4:104: Ratification of debtor’s performance to a non-creditor.....	2336
VII. – 4:105: Attribution resulting from an act of an intervener	2336
VII. – 4:106: Ratification of intervener’s acts.....	2337
VII. – 4:107: Where type or value not identical.....	2337
CHAPTER 5: REVERSAL OF ENRICHMENT	
VII. – 5:101: Transferable enrichment.....	2337
VII. – 5:102: Non-transferable enrichment.....	2338
VII. – 5:103: Monetary value of an enrichment; saving	2338
VII. – 5:104: Fruits and use of an enrichment.....	2338
CHAPTER 6: DEFENCES	
VII. – 6:101: Disenrichment	2339
VII. – 6:102: Juridical acts in good faith with third parties.....	2339
VII. – 6:103: Illegality	2339

	Pág.
CHAPTER 7: RELATION TO OTHER LEGAL RULES	
VII. - 7:101: Other private law rights to recover	2340
VII. - 7:102: Concurrent obligations.....	2340
VII. - 7:103: Public law claims	2340

ANNEX 1: DEFINITIONS

.....	2341
-------	------

ANNEX 2: COMPUTATION OF TIME

.....	2357
-------	------



PRESENTACIÓN

Ricardo Luis Lorenzetti es uno de los juristas latinoamericanos más importantes de las últimas décadas. Su labor jurídica abarca el ámbito académico, así como el ejercicio profesional como abogado y árbitro en importantes causas en Argentina y Latinoamérica. Actualmente es Ministro de la ilustre Corte Suprema de Argentina, habiendo sido elegido (y reelegido) Presidente de la Institución a los dos años de su nombramiento, en 2006. El doctor Lorenzetti constituye una de esas inusuales figuras en el mundo jurídico que, por su versatilidad y solidez, marcan la pauta a estudiantes y profesionales del Derecho, dentro y fuera de las fronteras de su patria, pero además proyectan —lo que es más importante— legitimidad a la institucionalidad.

En adición a las recargadas y delicadas tareas que debe afrontar cada día en la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti integra el Consejo de Administración del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT por sus siglas en inglés), importante cargo que ilustra la trascendencia de Ricardo en el mundo jurídico occidental.

Ricardo nació en Rafaela (1955), provincia de Santa Fe. Para estudiar Derecho, a diario debía viajar dos horas desde Rafaela hasta la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, su *alma mater*. Este esfuerzo ciertamente valió la pena. Para quienes hasta ahora no han tenido la ventura de conocer Rafaela, debe decirse que esta bella ciudad es la tercera más poblada de la provincia de Santa Fe, conocida como “La Perla del Oeste”, y destaca por su producción industrial metalmeccánica y láctea, pues se encuentra en el corazón de la cuenca lechera, la más grande de Sudamérica.

Ricardo fue un destacado alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral y su paso por las aulas universitarias es recordado con afecto y respeto por sus maestros y compañeros.

Pero Ricardo no se contentó con estudiar la carrera de Derecho. Movidio por la comprensión de que el conocimiento siempre debe ser

integral y que, por tanto, requiere de un análisis orientado hacia lo más profundo, estudió Filosofía. Esta formación filosófica explica la manera cómo él enfrenta un problema, su modo de enfocar, analizar y argumentar un caso y, sobre todo, el contenido de su producción jurídica.

Cuando a Ricardo Lorenzetti se le pregunta por el tipo de talento necesario para ser un buen investigador, con sabia humildad responde “hay que sudar la camiseta”, lo que significa que debe trabajarse mucho. Primero, dice Ricardo, ha de tenerse una base de conocimientos adquiridos gracias al esfuerzo y dedicación y luego, sobre ese fundamento, se despliega el talento. He aquí un gran mensaje para todas las jóvenes generaciones.

Ricardo Lorenzetti, además de graduarse de abogado, obtuvo el grado de Doctor en 1984 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, con una innovadora tesis sobre “*La responsabilidad civil del médico*”⁽¹⁾. Hasta esa fecha en Argentina únicamente se contaba con las obras de Jorge Mosset Iturraspe y Alberto Bueres respecto a esa temática. En su Tesis, Ricardo analizó los aportes intelectuales de Mosset y Bueres, luego clasificó la jurisprudencia sobre el tema y sugirió las nuevas tendencias y problemas que surgieron.

Hay tanto por decir, recordar, resaltar y explicar sobre la extensa obra del profesor Lorenzetti, que en estas líneas de síntesis ello resulta una tarea muy difícil. Solo enumerar que ha publicado más de 50 libros, más de 150 artículos, que ha dictado y escrito más de 350 conferencias, además de ensayos y entrevistas, nos da una representación somera y gruesa del copioso aporte en términos cuantitativos. Pero es el aspecto cualitativo lo que realmente distingue a este jurista, y por eso es tan arduo —y diríase injusto— pretender dar una idea de su significación y verdadera contribución en este breve espacio.

Puedo, empero, mencionar que, de todas sus obras, sus preferidas son: “*Las normas fundamentales de Derecho Privado*”⁽²⁾, porque implicó un replanteamiento de sus temas de investigación, y “*Contratos*”⁽³⁾, por lo intrépido del trabajo, pues desarrolló ideas avanzadas sobre la teoría contractual. Su obra “*Las normas fundamentales de Derecho Privado*” mereció el premio de la Academia Nacional de Derecho y

(1) Publicada en Santa Fe por la Editorial Rubinzal-Culzoni en el año de 1997, consta de dos tomos.

(2) Publicada en Santa Fe por la Editorial Rubinzal-Culzoni en el año de 1995.

(3) Publicada en Santa Fe por la Editorial Rubinzal-Culzoni en el año 2004.

Ciencias Sociales de Buenos Aires y también fue publicada en Brasil⁽⁴⁾, Perú⁽⁵⁾ y Colombia⁽⁶⁾.

A nadie escapa que el abogado que sólo sabe de Derecho quizá pueda defenderse de modo básico en los avatares de la profesión, pero no será un buen jurista (en realidad no será un jurista en modo alguno), pues su perspectiva de la realidad, de la cultura, de la vida y en general de las cosas, de las circunstancias, como diría Ortega Gasset, será muy limitada e incompleta, lo que sesga y recorta la comprensión y visión de cualquier conflicto o situación. Por ello, es importante conocer algo de filosofía, historia, literatura, psicología, arte, cine, música, etc., a fin de contar con un panorama inclusivo, que brinde mayores luces y horizonte.

Ricardo comprendió muy bien esta premisa y a lo largo de su vida se ha dedicado a cultivar su espíritu y mente, leyendo con apasionamiento, además de temas de Derecho y Filosofía, importantes obras de Literatura, entre las que destacan las del gran Borges y de otros escritores argentinos como Saer, Di Benedetto. Ricardo es también muy aficionado al arte y a la música, siendo admirador de la obra de los grandes pintores españoles Picasso y Goya, así como de la música clásica en general. Sumadas estas inclinaciones a sus continuamente revisitados, renovados y actualizados conocimientos de filosofía e historia, puede apreciarse que se trata de un *jurista* en la correcta dimensión y adecuado sentido del término.

Tal vez su origen provinciano y el esfuerzo que hubo de realizar para alcanzar su meta de ser abogado (alguna vez nos confesó que siempre quiso ser abogado), lo han llevado a soñar con crear una comunidad jurídica latinoamericana, donde las fronteras desaparezcan, donde las nacionalidades no existan, donde los rencores y odios se desvanezcan, donde se busquen más las cosas que nos unen que aquellas que nos separan. Ricardo está convencido que existe un derecho privado latinoamericano, y que es posible reunir a los juristas latinoamericanos con la finalidad de construir este derecho privado latinoamericano,

(4) Publicada bajo el título: *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, Brasil, Revista dos Tribunais, 1998, p. 613.

(5) Publicada bajo el título: *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, Lima, Grijley, 2006, p. 520.

(6) Publicada bajo el título: *Fundamentos del Derecho y Razonamiento Judicial*, Bogotá, Pontificia. Universidad Javeriana, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, 2011, p. 541.

pues la integración latinoamericana ha sido un sueño de hombres y mujeres a lo largo de nuestra historia.

Una profunda convicción me ha motivado por sobre cualquier otra en los años que me he dedicado a la investigación y divulgación del derecho, siguiendo el valioso consejo de Ricardo: el futuro del derecho en nuestros países depende indefectiblemente de la unión de esfuerzos de todos los que cultivan en estas tierras la ciencia jurídica. En lo personal, me aferro a esta idea casi como un dogma de fe, y he intentado siempre promover lazos de amistad, comunicación y diálogo entre juristas de todo el mundo, en particular de Latinoamérica; ya sea a través de obras colectivas, de seminarios o conferencias, de publicación de revistas especializadas, siempre he intentando convencer a mis pares de que el futuro del jurista latinoamericano es el jurista latinoamericano.

Por todo ello, un importante grupo de profesores (55 juristas iberoamericanos) decidimos rendir un merecido homenaje a Ricardo Luis Lorenzetti. El homenaje se materializó el 25, 26 y 27 de noviembre de 2010 en la ciudad de Lima, con ocasión de la “I Convención Latinoamericana de Derecho Civil”, donde más de 70 profesores latinoamericanos y españoles tributamos a Ricardo un merecido reconocimiento por su trayectoria académica y profesional. Fruto de este encuentro es este *Liber Amicorum* que hoy entregamos a la comunidad jurídica de todo el mundo sobre uno de los temas que Ricardo impulsó desde los años 90': *La necesidad de sentar las Bases de una moderna teoría general del contrato para América Latina*. Este fue y sigue siendo el sueño que compartimos con Ricardo y en ello estamos trabajando una pléyade de juristas. Esperamos en un plazo breve contar con el primer Proyecto del Código Latinoamericano de Contratos.

Los familiares, amigos y discípulos del querido profesor Ricardo Luis Lorenzetti nos sentimos orgullosos por su trayectoria y hacemos votos para que su obra y su pensamiento entre las nuevas generaciones continúe y sean el motor para la unificación del derecho privado latinoamericano.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Coordinador del Liber Amicorum.

Profesor de Derecho Civil y Arbitraje.

Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje.

*Consejero y Jefe del Grupo de Arbitraje de
Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.*

SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI

Hacer una semblanza de Ricardo Lorenzetti es para mí un alto honor, pero también un difícil reto.

Es un alto honor porque a quien debo presentar es uno de los juristas más distinguidos de habla hispana en la actualidad. Y es un reto porque Ricardo Lorenzetti tiene una personalidad muy rica, una profundidad muy grande en su pensamiento y una muy intensa experiencia de vida académica y profesional. ¿Cómo resumir todo ello en unas pocas palabras?

Quizá es necesario contar ante todo que lo conocí en Trujillo cuando ambos fuimos invitados a un ciclo de conferencias organizado por una de las universidades locales. Debo decir que me sorprendió muy gratamente tanto por su versación como también por la forma imaginativa y provocadora como desarrolló un tema de Derecho Civil, lo que no es una cualidad frecuente dentro del ambiente jurídico. Por otra parte, su simpatía personal y su calidez fue evidente para todos los participantes.

Pero me llamó también profundamente la atención el hecho de que un jurista de su talla tuviera la generosidad de acudir desde Argentina al llamado de nuestras universidades de provincias, muchas veces tan injustamente olvidadas incluso por los propios peruanos.

Y esta no fue la única vez. Después nos hemos visto en varias oportunidades, con motivo de otros ciclos de conferencias, tanto en provincias como en Lima. Todo ello demuestra su amor por el Perú, su voluntad de colaborar con la educación jurídica de nuestro país y, resumiendo todo ello, su altísima calidad de persona humana y de profesor de Derecho.

Poco a poco fui descubriendo a Ricardo Lorenzetti. Abogado desde 1978, recibió su Doctorado en Ciencias Jurídicas y sociales por la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, habiendo sido su tutor nada

menos que el gran jurista argentino tan querido entre nosotros, Jorge Mosset Iturraspe.

A partir de entonces desempeña una nutrida labor académica en diversas universidades argentinas en Santa Fe, El Rosario, Tucumán, Mendoza y Santiago del Estero.

Durante diez años fue Profesor Ordinario Adjunto en la Cátedra de Derecho Civil Segundo en la Universidad Nacional del Litoral, obteniendo dicha cátedra por concurso, con un Jurado conformado por personalidades tales como los profesores Félix Trigo y Atilio Alterini. En la Universidad del Litoral ocupa diversos cargos académicos de importancia, como el de Director del área de Derecho Privado del Doctorado, también el de Director Académico del Postgrado en Derecho Especializado en Derecho de la Empresa y el de Director del Postgrado en Derecho de Daños.

Pero Ricardo Lorenzetti es un académico muy inquieto y, no contento con enseñar en Santa Fe, asumió simultáneamente compromisos con varias universidades de Buenos Aires, viajando continuamente entre ambas ciudades.

Pero esto todavía no era suficiente para su vocación de maestro y a lo largo de las dos últimas décadas lo encontramos dando cursos en Brasil, Chile, Estados Unidos (donde fue Profesor asistente en la Universidad de Austin, Texas), Italia, México, Perú y Uruguay. Y en muchos de estos países ha sido distinguido como Profesor Honorario o Emérito.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, reconociendo sus muchísimos méritos como académico y como abogado, lo nombró Ministro de la Corte, lo que en términos nuestros significa Vocal de la Corte Suprema. Y más tarde el reconocimiento de sus méritos lo llevó a la Presidencia de la Corte Suprema.

Las preocupaciones académicas de Ricardo Lorenzetti son bastante variadas. Pero yo diría que se concentran sobre todo en el Derecho Privado y la Teoría o Filosofía del Derecho.

En el campo del Derecho Privado no cabe duda de que un tema central dentro de su enseñanza es la responsabilidad civil o derecho de daños, como se le empieza a llamar actualmente, lo que lo llevó a fundar una revista de ese nombre que co-dirige con Jorge Mosset Iturraspe.

Pero lejos de ser un especialista que se encierra sólo en un aspecto del saber, Lorenzetti tiende puentes a otros temas, a veces cercanos y

a veces lejanos, y continúa en ellos su exploración inteligente. Así vemos que escribe *Tratados sobre Contratos*, estudios sobre la *Defensa del Consumidor*, ensayos sobre los conflictos entre los derechos de los médicos y los derechos de los pacientes, incursiona incluso por el *Derecho del Trabajo*.

Y en todos estos casos no duda en acometer el estudio de todo aquello que todavía no está suficientemente estudiado, no tiene temor de comprometerse con temas nuevos sino que, por el contrario, los busca, los desarrolla y luego nos deslumbra con sus descubrimientos. Lorenzetti ha optado —y comparto totalmente su opción— por no encasillarse bajo el pretexto de la especialidad, sino que ha preferido siempre ser un navegante entusiasta que se aventura por los mares del Derecho a la búsqueda de lo incierto y lo desconocido.

Este espíritu novedoso lo podemos comprobar al revisar los temas sobre los cuales ha dado clases o ha escrito libros o artículos. Cuando enseña Derecho de la empresa, ingresa a los temas más controvertidos en la época actual, como los contratos de distribución, de publicidad, de tercerización, el control societario, la sindicación de acciones, el Derecho del consumidor, el Derecho ambiental. Uno de sus temas preferidos es el comercio electrónico y tiene un trabajo sobre las nuevas perspectivas en la teoría de los contratos. Los traumáticos cambios económicos que han ocurrido en su país durante los últimos años no han pasado desapercibidos para un jurista consciente del entorno social dentro del cual vive. Es por ello que ha estudiado la excesiva onerosidad de la prestación en las compraventas de dólares, las hipotecas en dólares y el nuevo Derecho Monetario, ha participado como profesor en seminarios sobre emergencia económica y ha discutido el plan para la devolución de los depósitos bancarios.

Su apetito insaciable de omnívoro jurídico lo ha llevado a aproximarse incluso a temas como las reglas del tránsito y la responsabilidad de los concesionarios de autopistas.

Pero decíamos que, además de su perspectiva de Derecho Privado, Ricardo Lorenzetti asume una perspectiva de Teoría o Filosofía del Derecho. Alguna vez ha dicho que si no hubiera sido abogado habría querido ser profesor de Filosofía. Como estas dos perspectivas no son incompatibles, Lorenzetti las reúne para darle mayor profundidad al Derecho Privado.

Es así como ha publicado un libro sobre los fundamentos del Derecho Privado que revisa las bases mismas del Derecho Civil con una mente amplia y consciente de que las diferentes ramas del Derecho

no viven en el aislamiento sino entrelazadas unas con otras. Y es así que en ese libro —que tiene un punto de partida en el Derecho Privado— pronto las fronteras y los límites se atenúan, se vuelven difusos e inciertos y a veces simplemente desaparecen. El Derecho Público y el Derecho Privado, el Derecho Constitucional y el Derecho Civil se acercan, se contradicen, se invaden recíprocamente y se estimulan entre sí dando origen a nuevas instituciones y nuevas relaciones que ya no son blanco o negro sino que todo resulta matizado, todo en el Derecho se vuelve más complejo y, por tanto, más rico, más real: frente a la caricatura que muchas veces nos pintan los tratadistas, encontramos en Lorenzetti primero una fotografía de la realidad en toda su complejidad y luego recurre a la radiografía para entrar en profundidad.

Ricardo Lorenzetti denuncia el fenómeno que denomina “el *big bang* legislativo”: el Código Civil ha explotado y de esa convulsión expansiva han surgido una serie de microsistemas jurídicos, tales como los que se refieren a la empresa, los títulos valores, la protección del consumidor, la libre competencia, la llamada propiedad intelectual e industrial, la responsabilidad por daños, el Derecho ambiental, etc. Todos estos sistemas —dice Lorenzetti en una hermosa metáfora— al igual que los planetas tienen su propia autonomía; pero todo ellos, de más cerca o de más lejos, giran en torno del Código Civil que los alumbró con sus principios básicos: el acto jurídico, la teoría del contrato, etcétera.

Más dramática, por su *pathos* apocalíptico, es la comparación que toma prestada de Wittgenstein, equiparando el Derecho Civil a una ciudad en la que continuamente surgen nuevos barrios. Los habitantes de unas zonas visitan poco a los de otras zonas. Y particularmente el centro histórico —el Código Civil tradicional— va quedando como una reliquia, casi en desuso, casi solamente como el rincón de la nostalgia.

En este estado de confusión, el civilista no puede resistir la arremetida de la vida actual contra su posición de mero especialista en Derecho Civil. Se ve obligado a admitir que otras disciplinas ingresen activamente en su campo y él mismo tiene que conocer sobre ellas si quiere seguir vigente: los expertos en Derecho de Familia hablan de Genética y Psicología, aquellos que lo son en Contratos y en Derechos Reales hablan de Economía; y nada se diga de los expertos en Derecho Ambiental o en los nuevos Derechos regulatorios. De todo ello surge un “tecnolenguaje” inquietante que se separa del lenguaje jurídico “castizo”, que va quedando como un arcaísmo un tanto snob.

Todo esto nos corta la respiración, nos parece extraordinariamente sugestivo pero también extraordinariamente aterrador. ¿Qué va a pasar con el Derecho Civil? ¿qué papel les corresponderá a los Códigos? O aún más grave, ¿habrá Códigos en el futuro o solamente compilaciones como había en el pasado?

Lorenzetti no nos deja perdidos dentro de los escombros de un Derecho Civil que ha explotado sino que busca una nueva comprensión del tema que terminará salvando a este Derecho de la desaparición. Recogiendo las ideas de la ciencia más moderna, como el principio de incertidumbre, la teoría del orden que surge del caos planteada por el belga Prigogine y la teoría de la catástrofe de Thom, sostiene que cada crisis en el pensamiento, ya sea en la ciencia o en cualquier otra rama del conocimiento, se resuelve no con un intento de reconstrucción de lo destruido por los avances del tiempo sino por una nueva construcción a un nivel superior. El pensamiento no puede permanecer atomizado y desarticulado sino que tiende a formar una nueva totalización, un nuevo sistema de ideas, un nuevo paradigma. Como planteaba Thomas Kuhn en su ahora clásica obra *La estructura de las revoluciones científicas*, los paradigmas se defienden encarnizadamente de toda intrusión que pudiera destruirlos desde dentro: el hombre no puede vivir sin ideas coherentes y, por ello, lo particular es unificado dentro de un sistema y lo incoherente es rechazado. Sin embargo, cuando esas particularidades contestatarias y esa incoherencias subversivas se niegan a desaparecer, se resisten a ser domadas o destruidas por el sistema, entonces se hace necesario un nuevo orden conceptual que las englobe.

En este sentido, el Derecho Civil —propone Lorenzetti— tiene que ser reinventado en un estadio superior, no dejando de lado las tradiciones sino creando con ellas un nuevo todo coherente. Y un concepto clave para esta transformación hacia adelante es superar el individualismo del “sujeto aislado” para reconstruirlo sobre la base del “sujeto situado”. Esa situación en la que tiene que reconocerse al sujeto como tal, esa libertad que es la esencia del sujeto pero que se encuentra situada, como decía Sartre (en cuanto que las opciones le vienen dadas por las alternativas posibles en cada caso), aporta una visión más institucionalizada del Derecho. Y, de esta manera, como una nueva ave Fénix, el Derecho Civil resurge de sus cenizas. Pero esta vez deberá preocuparse no sólo de los derechos del individuo sino también de los derechos de esa sociedad que hace posible esos derechos del individuo.

Como puede apreciarse, las tesis de Ricardo Lorenzetti son extraordinariamente sugestivas y tocan problemas que no podemos soslayar

porque están en el centro mismo del Derecho y de nuestra profesión de abogados.

¿Y cómo es Ricardo Lorenzetti al margen de la solemnidad de la vida académica? ¿Cómo es en su vida privada esta autoridad en Derecho Privado?

Pues es un hombre sencillo, profundamente humano, que dedica sus tiempos libres a su familia, que le gusta salir a correr o ir al gimnasio. Lorenzetti confiesa que lee y relee a Borges, que es su lectura de cabecera. Es un entusiasta del cine y le fascinan las películas de Ingmar Bergman y las de Fellini. Su actor preferido es Dirk Bogarde, el protagonista de esa inquietante película inglesa titulada “El Sirviente”. En la entrevista de Lorenzetti que he leído, lamentablemente no le preguntan cuál es su actriz preferida; de manera que eso no se los puedo decir.

Pero un hecho extraordinario es que, hasta donde conozco, creo que Lorenzetti es el único Ministro o Vocal de la Corte Suprema que haya jugado durante quince años al rugby.

Por estos motivos y muchos más, tengo el gran honor de presentar esta semblanza del Profesor Lorenzetti en este *Liber Amicorum*, por su trayectoria personal y profesional, y en particular por su generosidad de contribuir en la consolidación del Derecho Privado Latinoamericano.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Profesor y ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Relaciones Exteriores. Socio del Estudio Fernando de Trazegnies Granda Abogados.

SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI

Un bosquejo biográfico es siempre difícil, complejo y comprometido, y lo es mucho más cuando se busca retratar a una persona importante, de trayectoria luminosa, o un ciudadano notable. Es lo que ahora me ocurre con la semblanza de Ricardo Luis Lorenzetti. Para comenzar se deben elegir los caminos: si el público o el privado, si el quehacer juvenil que lo ha llevado a donde se encuentra o su actividad actual como ministro presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si glosar el contenido de sus votos en causas relevantes o detenerme en la doctrina riquísima expuesta en sus múltiples libros, artículos y comentarios.

Para ir saliendo del paso puedo decir que fue mi alumno sobresaliente en las materias de Obligaciones y Contratos; que luego conformamos, con colegas distinguidos, un estudio jurídico en la Ciudad de Buenos Aires, donde trabajamos codo a codo, como pares, y pudimos admirar su capacidad y dedicación profesional; más tarde “salimos de giras”, recorriendo ciudades del país de los argentinos, para “predicar” lo que considerábamos “el mejor Derecho”, el realista, actual, preocupado por los débiles y desamparados, por el contrato justo, por la reparación integral de los daños injustamente sufridos, por la situación de los consumidores y de los usuarios, tan dejados de lado en el mercado argentino, tan subestimados hasta hace poco tiempo. Y así mismo, coincidimos en la lucha por un medio ambiente sano, por la vigencia de acciones individuales y colectivas, por la conservación del suelo y la limpieza de las aguas y de la atmósfera. Hoy, puede decirse sin exageración, “sostiene, vitaliza y pone al día” al máximo tribunal de la República, conformado por una pléyade de juristas ilustres y sabios.

Cuando en presentaciones casi intimistas ponía de resalto su enorme capacidad para despejarse de un ambiente altamente mercantilizado, en su Rafaela natal —modelo de ciudad industrial y progresista—, Lorenzetti me recriminaba con suavidad el “hablar mal” de su

aldea y me señalaba que ése fue su primero y muy querido país, su mundo familiar y social. Lorenzetti es creador, imaginativo, ingenioso y serio en sus planteos jurídicos. No hay en él improvisaciones, todo ha sido estudiado y seleccionado con mucho cuidado. De allí sus éxitos, la aceptación de su doctrina autoral y judicial, sus discursos tan bien recibidos y, en una palabra, la recepción unánime de su labor como juez y como jurista. Le deseo muchos años más, para bien del Derecho argentino.

JORGE MOSSET ITURRASPE

Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular y ex Decano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

CAPÍTULO IX

INEFICACIA. NULIDAD. ANULABILIDAD



NULIDAD DE LOS CONTRATOS

Por Aníbal TORRES VÁSQUEZ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Notas preliminares. 2. Invalidez del contrato en la legislación comparada. 3. Invalidez del contrato en el Código Civil. 4. Nulidad absoluta del contrato. 4.1. Causas. 4.1.1. Falta de acuerdo de las partes. 4.1.2. Incapacidad absoluta. 4.1.3. Objeto imposible, ilícito o indeterminado. 4.1.4. Ilícitud de la causa fin. 4.1.5. Simulación absoluta. 4.1.6. Ausencia de la forma solemne. 4.1.7. Contratos contrarios a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres. 4.1.8. Nulidad declarada por ley (nulidad especial). 4.2. La acción de nulidad. Titulares. 4.3. Imposibilidad de la confirmación. 5. Anulabilidad del contrato. 5.1. Causas. 5.1.1. La incapacidad relativa del agente. 5.1.2. El vicio resultante del error, dolo, violencia e intimidación. 5.1.3. La simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros. 5.1.4. Cuando la ley lo declara anulable. 5.2. Efectos. 5.3. Acción de anulabilidad. Titulares. 6. Nulidad en el contrato plurilateral. 7. Nulidad parcial. 8. Documentación del contrato y nulidad. 9. Alegación de incapacidad. 10. Nulidad de los contratos celebrados por mayores de 16 y menores de 18 años. 11. Repetición del pago hecho a un incapaz. 12. Mala fe del incapaz.

1. NOTAS PRELIMINARES

La ineficacia del contrato puede deberse a factores estructurales o intrínsecos a su proceso de formación o a motivos extrínsecos a ese proceso. En el primero caso estamos ante a la denominada *ineficacia estructural* (llamada también *ineficacia por invalidez* o *ineficacia originaria*), y en el segundo nos encontramos ante la *ineficacia funcional*⁽²⁾ (llamada también *ineficacia por causa extrínseca* o *ineficacia sobreviniente*).

(1) Profesor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima.

(2) La ineficacia funcional se refiere “a la funcionalidad del vínculo contractual y, por tanto, a la dinámica de los efectos *inter partes*, mediante la valoración de los intereses particulares de los contratantes allí regulados” (MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 186).

Un sector de la doctrina distingue entre ineficacia e invalidez. Así se dice que ésta se origina por motivos intrínsecos a la formación del contrato y aquélla por motivos extrínsecos a ese proceso⁽³⁾. Windscheid⁽⁴⁾ afirma que el negocio no vale si no reúne los requisitos exigidos por la ley, y es ineficaz cuando no produce efectos. Según Betti⁽⁵⁾, un negocio es inválido cuando falta o está viciado alguno de los elementos esenciales, o carece de uno de los presupuestos constitutivos del tipo negocial al que pertenece; en cambio, es ineficaz cuando reuniendo sus elementos y presupuestos de validez, una circunstancia extrínseca impide su eficacia. El proyecto de Código Europeo de los Contratos distingue entre inexistencia, nulidad, anulabilidad e ineficacia de los contratos; señala que la ineficacia puede ser voluntaria (simulación, condición suspensiva, plazo, autorización administrativa o de un tercero acordada por los propios contratantes) o legal (el contrato se ha celebrado de buena fe pero sin la intención de obligarse, se omite una autorización exigida por una norma, su infracción se sanciona con la falta de efectos u otra expresión semejante, en lugar de la nulidad) (art. 153).

En nuestra opinión, se debe superar el binomio ineficacia-invalidez, por aparecer como dos categorías diferentes, cuando en realidad la relación es de género a especie, puesto que el contrato inválido es también ineficaz⁽⁶⁾, como lo es el contrato resuelto, rescindido, etc. La invalidez es una de las manifestaciones del contrato ineficaz. Decir que el contrato celebrado sin la intención de obligarse, como lo hace el Proyecto de Código Europeo de los Contratos es lo mismo que decir que el contrato es nulo por falta de consentimiento.

La *ineficacia estructural* determina la invalidez del contrato con arreglo al ordenamiento jurídico al que pertenece⁽⁷⁾. Conforme al or-

(3) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato*, en *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (Coordinador), Thomson-Aranzadi, Pamplona, España, 2007, p. 60.

(4) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, p. 326, cit. de MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato...* p. 183.

(5) BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Tratato di dir. civ. it.*, dir. por VASALLI, Torino, 1960, p. 468, cit. de Martín Pérez, José Antonio, ob. cit., p. 184.

(6) MARTÍN PÉREZ, José A. ob. cit., p. 186.

(7) "Un acto es inválido en el sistema cuando es inválido con arreglo a una norma perteneciente al sistema" (DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El concepto de invalidez de los actos jurídicos de Derecho Privado. Notas de teoría y dogmática*, ADC, enero-marzo 2005, p. 37, cit. de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, ob. cit., p. 60).

den civil peruano, las manifestaciones de la invalidez son la nulidad y la anulabilidad; la inexistencia está asimilada a la nulidad. En cambio, por ej., en el Derecho mexicano las formas de invalidez son la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa (art. 224 y ss. del Código Civil para el Distrito Federal).

De ordinario, el contrato válido es eficaz y el contrato inválido es ineficaz. Sin embargo, como en Derecho no hay verdades absolutas, sino con matices, por excepción hay *contratos válidos, pero ineficaces*⁽⁸⁾ por disposición de la ley o de la voluntad de las partes; y hay *contratos inválidos, pero eficaces, v. gr.*, el contrato anulable producen todos sus efectos en tanto no se declare judicialmente su nulidad.

La figura del *contrato inexistente* ha dado lugar a arduos debates doctrinales, entre los seguidores de la distinción tripartita de la invalidez: contratos inexistentes, nulos y anulables, y los que optan por la división bipartita: contratos nulos y contratos anulables.

La doctrina que acepta la distinción entre actos inexistentes y actos nulos no es uniforme en establecer la delimitación entre unos y otros. Para unos, el acto jurídico *inexistente* es aquel al cual le falta la manifestación de voluntad (*v. gr.*, el contrato del cual sólo se ha hecho la oferta y no se ha dado la aceptación) o los requisitos de validez (elementos sustanciales)⁽⁹⁾ y acto *nulo* es el que infringe normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (nulidad absoluta) o cuando sus requisitos esenciales adolecen de algún vicio (nulidad relativa o anulabilidad). Para otros⁽¹⁰⁾, la inexistencia se da cuando el acto no ha tenido ni un inicio de concepción por tanto no

(8) La doctrina es uniforme en admitir que el contrato válido no siempre es eficaz: MESSINEO, Francesco (*Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, T. II, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 488), dice: "La eficacia presupone la validez"; pero la recíproca no es cierta: esto es, que la validez dé lugar siempre a la eficacia". Lo mismo BARBERO, Doménico (*Sistema del derecho privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, T. I, EJEA, Buenos Aires, 1967, p. 632), expresa: La "eficacia" implica la "validez", pero la "validez" no siempre es razón suficiente para la "eficacia".

(9) Al respecto sostienen AUBRY, C. y RAU, C. (*Cours de droit civil français*, 4ta. ed., T. 1, París, 1878, p. 118) que los "actos inexistentes" son los que no reúnen los elementos concernientes a su naturaleza o a su objeto, o no están acompañados de las condiciones y solemnidades con arreglo a ley y a su espíritu. En tales casos el acto debe ser considerado, no sólo como nulo, sino como no sucedido o no acontecido (*non avenu*).

(10) Ver DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 464. GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de derecho civil*, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, p. 857.

vale ninguna conversión, como sucede cuando falta la manifestación de voluntad (hay sólo una sombra o fantasma de negocio); en cambio, será *nulo*, con nulidad absoluta y radical, cuando habiendo sido concebido, o sea hay manifestación de voluntad, pero le falta alguno de los requisitos de validez, por lo que el acto se ha formado, pero nace muerto; no produce efectos. No faltan quienes sostienen que el contrato es inexistente cuando no concurren los *essentialia negotii* y es nulo por ser contrario a la ley; el inexistente no es subsanable y el nulo si lo es por conversión.

La opinión dominante en la doctrina y legislación europea y Latinoamérica, entre ellas la peruana, es la que identifica el “contrato inexistente” con el “contrato nulo”; solamente desde un punto de vista empírico y colocándose en el plano de los hechos es posible perfilar una noción de inexistencia material distinta de la inexistencia jurídica o nulidad.

El debate doctrinario sobre si el acto jurídico anulable, y por ende el contrato anulable, es válido o inválido⁽¹¹⁾ ha sido superado en el Código Civil peruano que reconoce como inválidos a los actos nulos y a los anulables. En el Libro II, Título IX, denominado *Nulidad del acto jurídico*, y por ende del contrato, regula tanto la *nulidad* como la *anulabilidad*; esto es acorde con la doctrina que clasifica a la nulidad en absoluta y relativa.

En materia de nulidades rigen estos principios: a) *la nulidad y la anulabilidad son supuestos de ineficacia estructural u originaria*; b) *Toda causal de nulidad o de anulabilidad deben necesariamente existir en el momento de la celebración del contrato*; no hay causales de nulidad o anulabilidad sobrevivientes a la celebración del contrato; y c) *Las causales de nulidad y las de anulabilidad son establecidas por ley (principio de legalidad)*⁽¹²⁾; no hay causales de nulidad o anulabilidad establecidas por convenio. Los jueces, por mandato del art. 138 de la Constitución, deben ejercer su función jurisdiccional con sujeción a la Constitución y a la ley, por tanto, están prohibidos de crear causales de nulidad o anulabilidad, sin embargo, con frecuencia lo hacen sin advertir las consecuencias.

(11) Así, en materia de Derecho de Familia, el *matrimonio nulo* (arts. 274 a 276) y el *matrimonio anulable* (arts. 277 y ss.) están comprendidos dentro de la *Invalidez del matrimonio* que es el título que lleva el Capítulo Quinto, del Título I del Libro III.

(12) Los franceses dicen *pas de nullités sans texte* (no hay nulidad sin texto).

Se debate en doctrina si la nulidad es o no una sanción. Para Hart (*The concept of law* [1961]) las que confieren poderes o competencias (normas secundarias), distintas de las que regulan conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas (normas primarias), no son infringidas, sino seguidas o no, con la consecuencia que en el primer caso el acto es válido y no en el segundo, por tanto, la invalidez del acto no es una sanción. En cambio para Kelsen toda norma jurídica es una orden acompañada de la respectiva sanción coercitiva. Desde esta perspectiva la invalidez es una sanción. Como sabemos todo el Derecho es posible de ser infraccionado, violado, si con un contrato se infringe la norma que prohíbe contratar a los incapaces o celebrar contratos con objeto imposible, ilícito, o bajo los efectos del error, dolo, etc., la consecuencia jurídica es la nulidad absoluta o relativa del respectivo contrato. No hay razón para cuestionar que la ley establezca, *u. gr.*, que un contrato no debe tener un objeto o un fin ilícito, bajo pena de nulidad. La nulidad es la sanción impuesta por el Derecho a los contratos que infringen sus preceptos.

2. INVALIDEZ DEL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En Francia, unificado el país y establecida la monarquía absoluta, en 1510 se da la ordenanza real llamada “*cartas de rescisión*” que reguló la nulidad y la rescisión. Las cartas de rescisión se basan en el hecho de que en los inicios de la formación de la monarquía era necesario que el poder real se afirme sobre el de los señores feudales y se respalde las ordenanzas reales y las costumbres locales. Con la nulidad se sanciona la violación del Derecho francés (ordenanzas reales y costumbres locales); la nulidad operaba de pleno Derecho, pero también podía ser alegada ante el juez. La rescisión está dirigida contra los actos válidos según el Derecho francés, pero que según el Derecho romano daban lugar a la *restitutio in integrum* por dolo, violencia, error o minoridad; para demandar su declaración de nulidad ante el juez ordinario francés era necesario obtener la carta de rescisión, que era entrega en nombre del rey por la cancillería de los parlamentos, previo el pago de un precio. La nulidad prescribe a los 30 años y la rescisión a los 10. En el antiguo Derecho francés se encuentra el origen de la acción de nulidad; se creó el procedimiento de declaratoria de nulidad, por la que el juez constataba si se había violado la ley, en cuyo caso “declaraba” nulo el acto, sin necesidad de contar con una rescisión previa porque *quod nullum est ipso iure rescindi non potest*.

La revolución americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789 dan inicio a la Edad Contemporánea. En Francia por ley del 7 de setiembre de 1790 se suprimió las cancillerías reales, se abolió la *lettre de*

rescisión (carta de rescisión), autorizándose el ejercicio de la acción de rescisión directamente ante los jueces ordinarios, desapareciendo así la diferencia entre rescisión y nulidad.

En el *Code Napoléon* de 1804 quedan definitivamente unificadas las acciones de nulidad y rescisión del antiguo Derecho francés. En el Derecho romano las únicas causas de nulidad eran la falta de forma, la falta de objeto o la existencia de un objeto ilícito. Si uno de los contratantes era víctima de los vicios del consentimiento o no tenía capacidad para contratar, no se consideraba que el contrato fuera nulo de pleno derecho. Si el contrato podía conducir a una injusticia se autorizaba al contratante incapaz o víctima del error, dolo o violencia para pedir al pretor a que le autorice a no ejecutar el contrato si aún no se había cumplido o para que ordene la restitución de lo ya pagado (*restitutio in integrum*).

El antiguo Derecho francés se inspiró en este sistema y lo transformó desde el momento en que la causa y la capacidad se convirtieron en condiciones de validez del contrato. De esto se infería que si la invalidez del contrato se situaba en el terreno de la forma, del objeto, de la causa y de la capacidad, el contrato era nulo. En cambio, si la invalidez se situaba en el terreno de los vicios del consentimiento o en la lesión, el contrato era sólo anulable, pero esto únicamente cuando el contratante que pretendía obtener la anulación había recibido la autorización judicial para pedir la anulación por medio de *cartas de rescisión*, de donde viene el nombre de rescisión conferido a la nulidad relativa⁽¹³⁾. Desde entonces surgió la distinción entre nulidad y rescisión, distinción que pasó al Derecho moderno con la denominación de nulidad absoluta y nulidad relativa en vista a que ya no era necesaria la obtención de las cartas de rescisión para invocar la nulidad relativa.

El *Code* mantiene la denominación de rescisión para referirse a la nulidad relativa. El libro III, título III, Sección VII se titula: *De la acción de nulidad o de rescisión de los convenios*. El plazo de prescripción de la acción de nulidad o de rescisión es de 10 años, salvo que una ley particular señale un plazo menor (art. 1304). La simple lesión da lugar a la rescisión a favor del menor no emancipado (art. 1305). El menor no goza del beneficio de la restitución, por causa de lesión, cuando no resulta ésta sino por un suceso casual e imprevisto (art. 1306). El art. 6

(13) LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, vol. I, trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1993, p. 430.

del Título Preliminar establece que *las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenciones particulares*. El art. 146 dispone: *No existe el matrimonio sin el consentimiento*. El art. 1117 señala que la convención contraída por error, violencia o dolo, no es nula desde luego y en pleno derecho, sino que produce una acción de nulidad o rescisión. La doctrina distingue entre actos inexistentes, nulos y anulables.

El *Código de Andrés Bello*, que, con algunas modificaciones, rige en Colombia (Código sancionado el 26.5.1873), Chile (Código de 14.12.1855) y Ecuador, distingue entre nulidad absoluta y relativa. El art. 1740 del Código colombiano, el 1681 del chileno y el 1724 del ecuatoriano disponen: *Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa*. A la nulidad relativa también se le denomina rescisión. Sobre las causales de nulidad prescribe: *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión* (art. 1741 del Código colombiano, 1682 del chileno y 1725 del ecuatoriano). Conforme a este mandato, las causales de nulidad absoluta son: a) falta de objeto; b) objeto ilícito; c) falta de causa; d) causa ilícita; e) la falta de voluntad o consentimiento; f) la incapacidad absoluta; g) la omisión de requisitos o formalidades exigidos en atención a la naturaleza del acto o contrato. La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio o a petición del ministerio público; la anulación o rescisión sólo puede ser declarada a petición de parte⁽¹⁴⁾. Con relación al Cód-

(14) Los romanistas creyeron encontrar el fundamento de lo que sus seguidores denominaron *anulación, rescisión y nulidad relativa* en la acción pretoria *de integrum restitutio*, que no era una acción de anulación de actos que eran válidos, sino que tenía por fin reparar a posteriori el perjuicio sufrido por el agente que ha cumplido el acto, habiendo participado en él en estado de incapacidad o con voluntad viciada; “al acoger la doctrina esa teoría de la anulación que, se repite, no existió en el derecho romano, también cambió el concepto del interés que legitimaba el ejercicio de la *actio de in integrum restitutio*, en el sentido de admitir que los titulares de esa nueva acción de anulación pudieran ejercerla sin necesidad de alegar y acreditar que habían sufrido un perjuicio por haber cumplido ya, en todo o en parte, el acto viciado. De esta suerte, quedó totalmente eliminada en el derecho

go chile, Ducci⁽¹⁵⁾ dice, la inexistencia como sanción por la inobservancia u omisión de ciertos requisitos externos o internos de los actos jurídicos es extraña al Código Civil. “Para todos los efectos prácticos, debe estimarse que la nulidad absoluta es la sanción máxima civil que contempla nuestro código, criterio que parece aún más aconsejable si se considera la jurisprudencia al respecto de nuestros tribunales.

El *Código argentino*, de Dalmacio Vélez Sarsfield, promulgado el 29.11.1869, distingue entre actos nulos (arts. 1041 a 1044) y actos anulables (art. 1045 y 1046), los que se reputan válidos mientras no sean anulados. También se refiere a la nulidad absoluta (art. 1047) y a la nulidad relativa (art. 1048). Como dice Spota⁽¹⁶⁾, todo acto nulo es de nulidad absoluta, debiendo repudiarse la doctrina cuatripartita (acto nulo de nulidad absoluta; acto nulo de nulidad relativa; acto anulable de nulidad absoluta; acto anulable de nulidad relativa) que se atiene a una interpretación gramatical de los arts. 1044 y 1045.

El Código Civil de Costa Rica, vigente desde el 1.1.1888, regula sobre la nulidad y la anulabilidad del contrato en diversas disposiciones. Por ej., es anulable el contrato que se consiente por error (art. 1015), por fuerza o miedo grave (art. 1017). La venta de cosas ajena es absolutamente nula (art. 1061), pero queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación (art. 1063); es absolutamente nula la donación de bienes por adquirir (art. 1398).

El *Código Civil español* de 1889 regula la *nulidad de los contratos* en los arts. 1300 a 1314. Pero antes al tratar de los requisitos esenciales para la validez del contrato, en el art. 1.261 establece: *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca.* La nulidad absoluta o radical no produce efectos jurídicos y tiene lugar cuando: se ha traspasado los límites que señala el ordenamiento jurídico para el juego de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público (art. 1.255); el contrato carece de los requisitos esenciales del art. 1.261; el con-

moderno la *actio de in integrum restitutio*, según lo declaró el propio señor Bello en el mensaje que preparó para la presentación del proyecto de Código Civil por el presidente al Congreso de Chile”, OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ta, ed., Temis, Bogotá, 1994, 464.

(15) DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil, Parte general*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p. 314.

(16) SPOTA, Alberto G. ob. cit., p. 515.

trato tiene causa ilícita (art. 1.275). La *anulabilidad* o *nulidad relativa* se construye por la doctrina y la jurisprudencia como una medida de protección de intereses concretos y determinados. Las causas por las que se puede solicitar la anulación de un contrato no se determinan en el Código en forma expresa, se deducen de sus preceptos (art. 1.301 y 1.302)⁽¹⁷⁾, y son: la menor edad o incapacitación, el error, la violencia o intimidación y el dolo (art. 1265 a 1270)⁽¹⁸⁾. Declarada la nulidad, las partes deben restituirse recíprocamente las cosas con sus frutos (art. 1303); si no es posible la devolución se restituirá los frutos percibidos y el valor de la cosa (art. 1307).

El *Código Civil alemán* (BGB) del 1900 (arts. 116 al 144) distingue entre actos *nulos*, que son los que no producen efectos *ab initio*, y actos *impugnables*, que son los que producen efectos, pero están expuestos a que una de las partes impugne su validez, retrotrayendo la nulidad sobrevenida al momento de la celebración.

A veces, el BGB utiliza las palabras “nulo” e “ineficaz”, sin establecer diferencias. Será nulo cuando el negocio jurídico no puede surtir efectos. Será ineficaz, y no nulo, el negocio jurídico que aún puede surtir efectos, para cuya eficacia aún hace falta en especial la declaración de un tercero o de una autoridad. A los negocios jurídicos que aún pueden surtir efectos también se les denomina “ineficaces en situación de pendencia”⁽¹⁹⁾.

(17) Art. 1.031. La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuese necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato. Art. 1.302. Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.

(18) DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, el contrato en general, la relación obligatoria, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, novena edición, Tecnos, Madrid, 2002, ps. 104 y ss.

(19) FLUME, Werner, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*, 4ª ed., trad. de José María Miquel González y Esther Cómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 644.

Una declaración de voluntad no pensada seriamente, como una declaración en broma, que es emitida en la esperanza de que la falta de seriedad no será desconocida, es nula (art. 118).

El BGB no enumera las *causas de nulidad*, pero se deducen de múltiples disposiciones particulares: La incapacidad; la declaración de voluntad emitida en estado de inconsciencia o de perturbación transitoria de la actividad mental (art. 105); la reserva mental conocida (art. 116, 2do. párrafo); la simulación (art. 117); la declaración en broma (art. 118); la declaración que no respeta una prohibición (art. 134); la declaración contraria a las buenas costumbres (art. 138); la prestación imposible (art. 306); la falta de forma prescrita por la ley (art. 125). Son *actos impugnables* los celebrados bajo los efectos del engaño doloso, de la intimidación (art. 123), del error (art. 119), la declaración transmitida inexactamente por la persona o institución utilizada para la transmisión (art. 120). Son causas de impugnación (de anulabilidad): El error (art. 119), el dolo, intimidación (art. 123), la declaración de voluntad transmitida inexactamente por la persona utilizada para la transmisión (art. 120), la disposición de objetos contra la prohibición legal de enajenar (art. 135).

La nulidad absoluta existe desde la celebración del contrato, cualquiera puede alegarla, y el juez puede decretarla, luego que llegue a su conocimiento la causa de nulidad. En cambio, la mera facultad de impugnar un negocio por vicio del consentimiento no produce por sí sola la nulidad del contrato, pues, hasta la declaración judicial el negocio, es válido. Si es impugnado, ha de considerarse nulo desde el principio (art. 142). Como dice Larenz⁽²⁰⁾, “el negocio jurídico impugnabile es, en un principio, válido. Permanece válido si no es impugnado. No obstante si se impugna en el tiempo y forma debidos por quien lo ha celebrado o, en caso de que fuese celebrado por un representante, por aquel para quien fue válido, ha de considerarse nulo desde un principio. Por tanto, los actos jurídicos quedan suprimidos como si nunca hubieran tenido lugar. Por ello, un negocio jurídico impugnabile, en tanto pueda aún impugnarse, es provisionalmente válido, pero anulable; con la impugnación, ciertamente, no puede eliminarse el negocio jurídico como acto ya realizado, pero sí se anulan, mediante la impugnación, los efectos jurídicos que en un principio habían tenido lugar”. De otro lado, el negocio impugnabile puede ser confirmado. La

(20) LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, trad. M. Izquierdo y Macías-Picavea, Edersa, Madrid 1978, p. 157.

confirmación no requiere la forma señalada para el negocio jurídico (art. 144).

El *Código Civil para el Distrito Federal de México*, vigente desde el 29.8.1932, en el Libro IV, Primera Parte, el Título Sexto se denomina: *De la inexistencia y de la nulidad*. El acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto. No puede valer por confirmación y por prescripción; su inexistencia puede ser invocada por todo interesado (art. 2224). La ilicitud en el objeto, el fin o la condición produce la nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley (art. 2225). La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente por sentencia judicial; puede valerse de ella todo interesado y no desaparece por confirmación o prescripción (art. 2226). La forma legal no solemne, el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad producen la nulidad relativa (art. 2228). Todos los derechos reales o personales transmitidos a tercero sobre un inmueble por una persona que ha llegado a propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción (art. 2242).

El *Código italiano* de 1942 distingue entre nulidad (arts. 1418 a 1424) y anulabilidad (arts. 1425 al 1446) del contrato. La figura de la conversión del contrato está regulada en el art. 1424 en los términos siguientes:

El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato distinto, del que contenga sus requisitos de sustancia y de forma, cuando, teniendo en consideración el fin perseguido por las partes, haya de estimarse que éstas lo habrían querido si hubiesen conocido la nulidad.

El *Código boliviano*, vigente desde el 2.4.1976, regula sobre la nulidad y la anulabilidad del contrato. Tanto la una como la otra deben ser pronunciadas judicialmente (art. 546), los efectos de la sentencia son retroactivos (art. 547); si ya se han cumplido las obligaciones, las partes deben restituirse mutuamente lo que hubieran recibido (art. 547.1). Las causas de nulidad están señaladas en el art. 549 y las de anulabilidad en el art. 554. El error esencial sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato es causa de nulidad, mientras que el error sustancial sobre la materia o las cualidades de la cosa (art. 554.4) o sobre la identidad o las cualidades de la persona (art. 554.5) es causa de anulabilidad. También es anulable el contrato por falta de consentimiento para su formación (art. 554).

El *Código Civil del Paraguay*, vigente desde el 1.1.1987, distingue entre actos nulos y anulables. Enumera las causas de nulidad (art. 357)

y las de anulabilidad (art. 358). El art. 364 dispone: *Los actos nulos y los anulables que fueron anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, pueden producir los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.*

El Código uruguayo de 1868 y el venezolano de 1982, regulan los tipos de invalidez: la nulidad y la anulabilidad. El Código Civil del Brasil de 2002 (derogó al Código de 1916), Libro III, Título I, Capítulo V: *De la invalidez del negocio jurídico* (es el único código latinoamericano que utiliza la palabra *negocio* en vez de *acto*), diferencia los dos tipos de invalidez: la nulidad (arts. 166 a 170) y la anulabilidad (arts. 171 a 182).

En el Perú durante la colonia y en los primeros años de la República rigieron las leyes de Castilla, especialmente las Siete Partidas. El Código Civil de 1852, inspirado en el francés de 1804, dispone que *no es válido el consentimiento que proviene de error, dolo, violencia* (art. 1236). En los arts. 2278 y 2279 regula la *nulidad ipso iure* del contrato prohibido por la ley, sea por su materia o por su forma, así como el celebrado por locos, fatuos, o pródigos declarados. En los arts. 2280 a 2301 disciplina la *nulidad por vía de acción*, cuando ha habido dolo, error, violencia, minoridad. Señala que *el contrato hecho por error, violencia o dolo no es nulo ipso iure; sólo da lugar a la acción de nulidad o rescisión* (art. 1244); el contrato celebrado por incapaz es rescindible. *El error causa la nulidad del contrato cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto o sobre cualquiera circunstancia que fuese la causa principal de su celebración* (art. 1237). *Son nulos los contratos celebrados por fuerza o violencia que recae sobre los contratantes o alguno de ellos, ya se haya empleado por una de las partes o por un tercero* (art. 1241). *El dolo produce nulidad en los contratos, cuando es de tal naturaleza que sin él no se habría celebrado* (art. 1239).

El Código Civil de 1936 Regula sobre la *nulidad absoluta* en los arts. 1123 y 1124. Las causas de nulidad son: la incapacidad absoluta; el objeto ilícito o imposible; la falta de forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa; cuando la ley lo declare nulo (art. 1123). La nulidad puede ser alegada por los que tengan interés y por el ministerio fiscal; puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por confirmación (art. 1124). La *nulidad relativa* está regulada en los arts. 1125 y 1126. Son causas de anulabilidad: la incapacidad relativa del agente; el vicio resultante del error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude (art. 1125). *Los actos anulables sólo se tendrán por nulos desde el día en que quede ejecutoriada la sentencia que los invalide* (art. 1126). Esta nulidad se pronunciará a petición de parte, y no puede ser alegada por otras

personas que aquellas en cuyo beneficio la hubiere establecido la ley. En los arts. 1127 a 1131 se dan disposiciones diversas aplicables tanto a la nulidad absoluta como a la relativa.

El vigente Código de 1984, Libro II, Título IX, contiene una regulación sistemática de la nulidad, tanto de la nulidad absoluta como de la nulidad relativa.

3. INVALIDEZ DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil vigente de 1984 reconoce dos formas de invalidez: la nulidad (en la versión francesa: *nullité*; en la alemana: *nichtigkeit*; en la italiana: *nullità*) y la anulabilidad (en la versión alemana: *anfechtbarkeit*; en la italiana: *annullabilità*). Se considera al contrato nulo como de nulidad absoluta y al anulable como de nulidad relativa.

En la doctrina francesa se habla de nulidades absolutas (o nulidades de orden público) y nulidades relativas (o anulabilidad); en el Derecho alemán se contraponen la nulidad a la impugnabilidad; en el italiano, la nulidad a la anulabilidad, en el español, la nulidad absoluta (nulidad radical, acto nulo) a la anulabilidad. En el Esboço de Freitas se distingue entre nulidad manifiesta (o nulos) y nulidad dependiente de juzgamiento (o anulables). Buteler⁽²¹⁾ expresa: “dígase, pues, que la nulidad es absoluta cuando el interés vulnerado es tal índole, que por una razón de seguridad jurídica o de bien común, su guarda está confiada, única y exclusivamente a la ley; de manera que la observancia de sus preceptos se torna forzosa e irrenunciable y no deja margen a la libertad de las partes para consentir la violación del precepto que condiciona la validez del acto. Por el contrario, la nulidad será relativa cuando el interés que con ella se quiera tutelar y por encima del interés de la ley misma, no es otro que el de una de las partes otorgantes del acto jurídico; de modo, pues, que aquel a quien aprovecha la nulidad es árbitro decisivo, y puede hacer valer la nulidad en juicio, como renunciar a ese derecho y consentir la violación del precepto que condiciona la validez del acto”.

En el Código no hay una terminología constante para indicar a la nulidad: unas veces habla de nulidad (ej., art. 219), otras de invalidez (ej., art. 171) y en otras se usa las expresiones: “no hay” acto jurídico (ej., art. 1359), “no tiene eficacia”, “no pueden adquirir derechos” (ej.,

(21) BUTELER CÁCERES, José A. “El problema de la clasificación de las nulidades”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires 1968, p. 200.

art. 1366), etcétera. A la palabra “invalidez”, generalmente, lo vincula con la nulidad absoluta (arts. 140 y 219).

Con la nulidad absoluta se priva al contrato de la fuerza vinculante que tiene como autorregulador de intereses privados. *Salvo disposición distinta de la ley, el contrato nulo adolece de ineficacia absoluta desde el origen, con independencia de la obligación de restitución de los bienes objeto de las prestaciones ya ejecutadas o, en caso de imposibilidad, del pago de su valor y de la responsabilidad por daños.*

La jurisprudencia española ha resuelto:

No toda disconformidad con la ley ha de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, ni que sea preciso por la validez de los actos contrarios a la ley, que tal validez sea dispuesta de modo textual en la Ley misma. El art. 6.3⁽²²⁾ del Código Civil no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que da lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: a) aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo disponga; b) actos contrarios a la Ley, en que la Ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo reconocerles validez a tales actos “contra legem”, y c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez⁽²³⁾.

Esta interpretación judicial es válida para el Derecho peruano, el cual, excepcionalmente, vincula al contrato nulo ciertos efectos, aun aquellos negociales, en la medida en que las partes, si bien no vinculadas jurídicamente, han ejecutado prestaciones que no es justo sean afectadas por la nulidad. Por ej., la nulidad del contrato de trabajo, no puede tener efecto respecto de la parte del trabajo ya realizado; la nulidad (no por objeto o fin ilícito) del contrato de arrendamiento no puede afectar el derecho del arrendador de cobrar la renta por el tiempo por el que el arrendatario ya usó el bien; la declaración de nulidad del contrato constitutivo de sociedad no puede afectar la eficacia del acto realizado en nombre de la sociedad (relaciones contractuales de hecho). Otras veces, el ordenamiento jurídico dispone que el contrato nulo produce todos sus efectos frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, *v. gr.*, el contrato nulo por simulación absoluta no puede ser opuesto a quien de buena fe y a título oneroso haya

(22) Código Civil español: Art. 6.3º Los actos contrarios a las normas imperantes y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

(23) Sentencia de 26/10/1990 del Juzgado de Primera Instancia de Cáceres, Extremadura, España. En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, núm. 8, año 1990.

adquirido derechos del titular aparente (art. 194). En otras ocasiones, por disposición de la ley, el contrato al cual le falta un elemento esencial no es sancionado con la nulidad, *v. gr.*, el contrato celebrado por persona que se atribuye una representación que no se le ha conferido (falta el consentimiento del titular del derecho) es ineficaz solamente ante el supuesto representado (ineficacia relativa) (art. 161).

El contrato anulable no es nulo por sí, pero está afectado de un vicio que lo invalida. Produce efectos, pero éstos pueden ser eliminados si, y sólo si, el contrato es impugnado por la parte en cuyo interés se ha establecido la invalidez. La eficacia del contrato anulable, pese a la invalidez, puede llegar a ser definitiva por efecto de la prescripción o de la confirmación.

Las notas distintivas de mayor relieve entre nulidad y anulabilidad son: Mientras con la nulidad se protege el orden público y la moral, con la anulabilidad se protege intereses de ciertas personas. Es nulo el contrato que no reúne alguno de los elementos esenciales, que se constituyen en sus requisitos de validez⁽²⁴⁾, o que es contrario al ordenamiento jurídico, y es anulable cuando las partes adolecen de incapacidad relativa o su voluntad está viciada. El contrato nulo no produce efectos, no se puede confirmar, el anulable es eficaz y se puede confirmar. Están legitimados para ejercer la acción de nulidad las partes contratantes, los terceros que tengan intereses económicos o morales derivados del contrato nulo, el Ministerio Público y, aun, el juez puede declararla de oficio, en cambio, puede ejercer la acción de anulación sólo la persona protegida por la anulabilidad. La sentencia que declara nulo un contrato con nulidad absoluta es simplemente declarativa, diversamente, la sentencia que declara nulo un contrato anulable es constitutiva y opera retroactivamente al momento de la celebración. La acción de nulidad prescribe a los diez años y la de anulación a los dos años.

4. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

4.1. Causas

Son causas de nulidad del contrato: la falta de acuerdo de las partes (arts. 219.1 y 1351); la incapacidad absoluta, salvo disposición contraria de la ley (art. 219.2); objeto imposible, ilícito o indeterminado

(24) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 495.

(arts. 219.3, 1403, 1408); fin ilícito (art. 219.4); la simulación absoluta; ausencia de forma solemne (arts. 219.6 y 1411; la contravención a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, salvo sanción diversa de la ley (art. 219.8); en otros casos establecidos por la ley (art. 219.7).

4.1.1. Falta de acuerdo de las partes

Si el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas (art. 140), y el contrato, especie de acto jurídico, es el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 1351), la falta de acuerdo genera la inexistencia que la ley asimila a la nulidad del contrato (art. 219.1)⁽²⁵⁾.

La falta de acuerdo comprende: la ausencia de declaración material de voluntad; la falta de una de las partes⁽²⁶⁾, como cuando se hace una declaración por un sujeto inexistente; las declaraciones hechas en broma, por razones académicas o en escena, etcétera.

La declaración arrancada por violencia física absoluta (art. 214) y el error obstativo (208), casos en los cuales también falta la voluntad, no están regulados como causales de nulidad sino de anulación (art. 221).

(25) Código español: Art. 1262. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3º Causa de la obligación que se establezca. Código uruguayo de 1868: Art. 1261. Para la validez de los contratos son esenciales: 1º Consentimiento de partes. 2º Capacidad legal de la parte que se obliga. 3º Un objeto lícito y suficientemente determinado que sirva de materia de la obligación. 4. Que sea lícita la causa inmediata de la obligación. Esto se entiende sin perjuicio de la solemnidad requerida en ciertos contratos. Código italiano: Art. 1325. Son requisitos del contrato: 1) el acuerdo de las partes; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma, cuando resultara prescrita por la ley bajo pena de nulidad. Art. 1418. El contrato será nulo si fuese contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga de otro modo. Producen la nulidad del contrato la falta de uno de los requisitos indicados por el art. 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el art. 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos por el art. 1346. El contrato será también nulo en los demás casos establecidos por la ley.

(26) Es nulo el contrato de mutuo con garantía hipotecaria si se ha acreditado que la ejecutada no suscribió la escritura pública de mutuo con garantía, habiéndose consignado su firma falsificada, por lo cual la ejecutada no ha intervenido por sí ni por apoderado en la celebración de dicho contrato (Cas. núm. 857-00, Lima, de 18.10.02).

Es elemento o requisito del contrato el acuerdo de las partes. El contrato es nulo cuando falta el acuerdo de las partes.

4.1.2. Incapacidad absoluta

El contrato celebrado por persona absolutamente incapaz es nulo, salvo sanción diversa de la ley (art. 219.2).

El art. 219.2 dispone que *el acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358*. La norma del art. 1358 establece que *los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar los contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria*.

Conforme al art. 43.1 son incapaces absolutos los menores de dieciséis años, salvo las excepciones establecidas por ley para determinados actos. Es decir, las personas que adolecen de incapacidad legal absoluta de obrar (los que no han cumplido dieciséis años de edad), pero que cuentan con capacidad natural de discernimiento pueden realizar válidamente determinados actos, por ej., los señalados en los arts. 46, 455, 457, 530, 557, 646, 1358. De otro lado, no es nulo el acto del incapaz que de mala fe ha ocultado su incapacidad (art. 229). Por consiguiente, la redacción del inc. 2 del art. 219 es equivocada y entra en contradicción con el art. 43, inc. 1, al señalar solamente al art. 1358 como única excepción a la nulidad del acto jurídico por incapacidad absoluta, omitiendo a las otras disposiciones legales que facultan a estos menores para realizar determinados actos, los que no puede ser impugnados por falta de capacidad.

Por razón de la edad, la capacidad de ejercicio es de dos clases: 1) capacidad legal que se adquiere al cumplir 18 años de edad (mayoría de edad), y 2) capacidad natural (capacidad de discernimiento) que se adquiere a una edad menor de los 18 años.

La incapacidad legal de ejercicio es, también, de dos clases: 1) La incapacidad absoluta de los menores de dieciséis años de edad (art. 43.1), y 2) la incapacidad relativa de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (art. 44.1).

La capacidad natural de discernimiento para obrar se adquiere cuando la persona, por haber alcanzado un cierto grado de desarrollo psicobiológico, puede distinguir entre el bien y el mal, entre lo que es lícito o ilícito, entre lo que está prohibido y lo que está permitido, entre lo que lo puede beneficiar y lo que lo puede perjudicar. La capacidad natural no habilita al sujeto para realizar cualquier acto jurídico, sino únicamente aquellos actos determinados por ley.

Cuando en los arts. 43.1 y 219.2 hace referencia a la incapacidad absoluta de ejercicio es la dispuesta por ley, no a la capacidad natural de ejercicio.

Del análisis de las disposiciones citadas se concluye que *el contrato es nulo cuando ha sido celebrado por persona absolutamente incapaz, salvo las excepciones dispuestas por ley.*

4.1.3. Objeto imposible, ilícito o indeterminado

Uno de los requisitos de validez del contrato es el objeto (art. 140.2). El objeto del contrato es la obligación, a su vez, el objeto o contenido de la obligación es la prestación (lícita) y el objeto de la prestación son los bienes, derechos, servicios y abstenciones (arts. 1402, 1403 y 1404). El objeto debe ser posible, lícito, determinado o determinable (arts. 140.2, 1403, 1404, 1407 y 1408). Luego, el contrato es nulo cuando falta el objeto o cuando a éste le falta los requisitos de ley (posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad). El art. 219.3 sanciona con la nulidad al acto jurídico con objeto imposible o indeterminado. Omite referirse a la ilicitud del objeto; grave omisión⁽²⁷⁾.

Si son imposibles o indeterminados la prestación que es objeto de la relación jurídica, o los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones que son objeto de la prestación, el contrato es nulo.

La posibilidad está referida a que el objeto debe existir en el momento en que se perfecciona (celebra, concierta o concluye) el contrato o debe ser posible de existir; además, el objeto debe estar dentro de las posibilidades físicas e intelectuales del ser humano. El Derecho regula solamente conducta humana posible y no la imposible ni la necesaria.

Por regular el Derecho solamente conducta posible, las únicas modalidades deónticas son: de lo ordenado, de lo permitido y de lo prohibido, deduciéndose de esto que el ser humano, en ejercicio de su libertad, con sus actos puede acatar o violar el ordenamiento jurídico. De otro lado, el Derecho regula la conducta valorándola de acuerdo con ciertos criterios (morales, económicos, políticos, etc.); en la esencia del Derecho está el criterio valorativo. De lo que se desprende que no hay conducta regulada por el Derecho que no pueda ser calificada de lícita o ilícita. En tal virtud, desde la perspectiva del Derecho como

(27) El Código derogado de 1936 en su art. 1075 establecía que es requisito de validez del acto jurídico la existencia de un objeto lícito.

valor, hay que concluir que el objeto (concretamente la prestación) del contrato sólo puede ser calificado de lícito o de ilícito. La expresión “jurídicamente imposible” es errónea; no existe la trilogía: *acto jurídico* (*acto lícito*), *acto ilícito*, y *acto jurídicamente posible o imposible*; solamente existe el binomio: *acto jurídico* (acto lícito) y *acto ilícito*. Luego, la llamada “imposibilidad jurídica” es la “ilicitud”. Un acto es ilícito cuando es contrario al ordenamiento jurídico y es tal cuando viola normas imperativas, el orden público, o las buenas costumbres. Sin embargo, el art. 219.3 dispone que *el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible*; y la Corte Suprema ha resuelto: *La demandante al ser propietaria del predio materia de litis no podía suscribir el contrato de arrendamiento, sustituyéndose como arrendataria del mismo predio, siendo esto un acto jurídico imposible, que se prevé en el inc. 3 del artículo 219 del Código Civil* (CAS. núm. 287-97-ICA, en N. L., t. 284, enero 2000). Al respecto observamos que si la demandante ha tomado en arrendamiento un predio, conociendo o sin conocer, que es de su propiedad, tal acto no es contrato, carece de trascendencia jurídica por no regular ninguna relación social, de él no se deriva ninguna obligación, luego es nulo por falta de causa fin objetiva, puesto que en todo contrato de arrendamiento, la parte arrendataria persigue como finalidad obtener que la parte arrendadora le ceda temporalmente el uso de un bien (art. 1666); la demandante no puede pretender que el bien que es de su propiedad, le sea cedido en arrendamiento por alguien.

El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable. El contrato es nulo cuando su objeto es imposible, ilícito o indeterminable.

4.1.4. Ilicitud de la causa fin

Otro de los requisitos de validez del contrato es la causa fin lícita (art. 140.3). El contrato es nulo cuando falta la causa fin o ésta es ilícita (arts. 219.4), por ser contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres (art. V del T.P.)

Tanto la causa fin objetiva como la subjetiva ilícitas producen la nulidad del contrato.

El art. 140.3 establece que es requisito de validez del acto jurídico: el “fin lícito”. Por consiguiente cuando falta la causa fin el acto jurídico (por tanto, el contrato) es nulo, pensemos, por ej., en el otorgamiento de una garantía por un crédito inexistente, la aseguración contra incendio de un bien que al momento del contrato ha dejado de existir, la compraventa de un bien que pertenecía ya al comprador, el contra-

to de división de una copropiedad ya dividida, la cancelación de una deuda propia o ajena cuando en realidad dicha deuda ya no existe. La causa se identifica con la función social y/o económica que debe cumplir el contrato y que el Derecho reconoce relevante para sus fines. Si los efectos del contrato no pueden verificarse por falta de la causa fin, uno de sus presupuestos lógicamente necesarios, es nulo. Pero en el art. 219 se omite señalar a la falta de causa fin como causal de nulidad.

Es requisito del contrato la causa fin. El contrato es nulo cuando falta la causa fin o cuando ésta es ilícita⁽²⁸⁾.

4.1.5. Simulación absoluta

El contrato es nulo cuando adolece de simulación absoluta (art. 219.5).

La simulación es *absoluta* cuando las partes crean un acto aparente del cual no quieren sus efectos, y es *relativa* cuando detrás de la apariencia existe un aspecto, un contrato (dicen otros), disimulado, verdadero. El contrato con simulación absoluta es nulo. El contrato con simulación relativa es nulo en su aspecto simulado (el contrato simulado) y en su aspecto disimulado (el contrato disimulado) será válido o nulo según que reúna o no los requisitos de validez genéricos contenidos en el art. 140 y los exigidos para el acto especial de que se trate, y según que no esté o esté comprendido en las causales de nulidad enumeradas en el art. 219.

4.1.6. Ausencia de la forma solemne

La forma prescrita por la ley (art. 140.4) o la convenida por las partes (art. 1411), bajo sanción de nulidad es otro requisito de validez del contrato. El contrato que no reviste la forma solemne (*ad solemnitatem*), legal o convencional, es nulo (art. 219.6).

4.1.7. Contratos contrarios a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres

El contrato, cuyo fundamento radica en la autonomía de la voluntad privada, es el instrumento con que cuentan las personas para la regulación, con efectos jurídicos, de sus intereses de naturaleza patrimonial dentro de los límites de la ley, el orden público, las buenas cos-

(28) Código italiano: Art. 1314. La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

tumbres, la seguridad, la libertad, la dignidad humana y la solidaridad social.

El contrato contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres es nulo, salvo que la ley establezca sanción diversa (art. 219.8)⁽²⁹⁾.

El inc. 8 del art. 219 señala que el acto jurídico es nulo en los casos del art. V del T. P. En lo posible se deben evitar las normas remisivas, para facilitar la lectura del articulado del Código y, de este modo, hacerlo más accesible a todos los miembros de la comunidad. Por otra parte, el art. V del Título Preliminar al cual se remite el art. 219.8, tiene una redacción confusa al usar la expresión: *leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*, es decir, no distingue entre normas imperativas, orden público y buenas costumbres.

Una cosa son las normas imperativas (denominadas también taxativas, de cumplimiento obligatorio, no derogables por voluntad de las partes, de *ius cogens*), otra el orden público, y otra las buenas costumbres.

Es *imperativa* la norma que contiene un mandato que no puede ser derogado por los particulares al regular sus intereses mediante el contrato. Está destinada a tutelar intereses superiores a los relativos a la esfera jurídica de los que intervienen en la celebración del contrato. El contrato contrario a normas imperativas es nulo, salvo que la ley establezca una sanción diversa.

La sanción distinta a la nulidad puede deberse a:

a) Hipótesis por la que la ley establece la anulabilidad como sanción diversa de la nulidad. Por ej., el art. 2º, inc. 24, literal a, de la Constitución dispone: *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*. No cabe duda que ésta es una norma imperativa, sin embargo, si una persona es obligada mediante violencia física a celebrar un contrato que la ley no obliga, tal contrato, conforme al art. 221, inc. 2, del Código Civil, no está sancionado con la nulidad, sino con la anulabilidad.

(29) Proyecto de Código Europeo de los contratos: Art. 140. Nulidad. 1. Salvo que la ley establezca otra cosa, el contrato es nulo: 1. Cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, o a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria; b) cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable.

b) Hipótesis en que la ley asegura la efectividad de la norma imperativa con medios distintos a los de la nulidad y anulabilidad del acto jurídico. Por ej., por disposición del art. 197, inc. 4, del Código penal, constituye delito de fraude la venta de bien ajeno como propio. No obstante esta norma imperativa del Código penal, conforme al art. 1539 del Código Civil, el comprador de buena fe no puede solicitar la nulidad ni la anulabilidad, sino la rescisión.

Se entiende por *orden público* al conjunto de principios fundamentales (sean públicos o privados, sociales, económicos, culturales, éticos, políticos y hasta religiosos, positivizados o no en la ley) que constituyen la base sobre la cual se asienta la organización social como sistema de convivencia jurídica, garantizan un ambiente de normalidad con justicia y paz, y aseguran la existencia y estabilidad del Estado y su patrimonio, así como el respeto por la persona humana, su familia y sus bienes.

El *orden público* es un concepto movable que impide el envejecimiento del ordenamiento jurídico vigente, permitiendo su adecuación a las nuevas circunstancias y mutaciones sociales. Las normas de orden público no son sólo disposiciones escritas, sino también normas no escritas, principios que pueden deducirse de la Constitución Política y del examen del ordenamiento jurídico en general.

Como expresa Figa⁽³⁰⁾, “el orden público se presenta, pues, como *una realidad social*, que rodea, protege y condiciona al individuo, formada por una determinada y, por tanto, previsible uniformidad de conductas. El orden público indica al individuo tanto el repertorio de posibilidades de que dispone para sí como el repertorio de posibilidades de los demás. El individuo sumergido en un determinado orden público se encuentra en terreno conocido en que la posibilidad de sorpresas y, por tanto, de inseguridad es mínima. El acto contrario al orden establecido es elemento “sorprendente” y causa de inseguridad”.

Dentro del concepto de orden público se comprende el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Son nulos por ser contrarios al orden público, por ejemplo, los contratos lesivos a los derechos de la personalidad de los contratantes cuando se ha excedido los límites de disponibilidad de tales derechos. Son contrarios al orden público la

(30) FIGA FAURA, Luis, *El nuevo título preliminar del derecho civil y el derecho catalán*, en Rev. Documentación Jurídica, N° 4, octubre-diciembre 1974, Madrid, p. 274.

asunción de la obligación de ceder el puesto de trabajo, la enajenación del voto electoral político, la renuncia a alimentos futuros⁽³¹⁾.

Por orden público interno o político se entiende el complejo de normas que presiden el correcto funcionamiento del Estado, de sus instituciones y de sus diversos órganos administrativos y judiciales. Por ej., es contrario al orden público interno o político, por perturbar el correcto funcionamiento del sistema constitucional, el contrato por el cual un candidato a las elecciones se obliga a pagar una cierta suma a los otros candidatos a fin de que renuncien a su postulación. En este concepto de orden público interno se comprende también, entre otros, a los principios en materia de familia y de la integridad del individuo. En cambio, por orden público económico y social se entiende al conjunto de normas y principios que presiden la política económica del Estado. Son por tanto contrarios al orden público económico todos los contratos que comprometen la libertad del mercado, la libre circulación de los bienes o que limitan la libertad económica individual. Por ej., es contrario al orden público económico la constitución de un derecho real atípico, o sea que no está regulado en la ley.

En el ámbito del orden público económico se distingue entre orden público de protección, referido a las normas de protección de la parte económicamente débil, y orden público de estructura y de dirección económica, representado por el complejo de normas que dirigen la economía, como la regulación de la concurrencia, de la circulación de los bienes, etcétera.

Buena costumbre es todo lo atinente a la moral; expresa los cánones fundamentales de honestidad pública y privada, observados por la conciencia social. Es contrario a las buenas costumbres el contrato calificado como escandaloso o inmoral en una determinada sociedad. Por ej., un contrato que tenga por fin el ejercicio de la prostitución es contrario a las buenas costumbres, no tanto porque la Constitución tutela la dignidad humana o la salud, sino porque así lo considera la conciencia moral.

Como dice Bianca⁽³²⁾, la buena costumbre entra en la noción de moral social pero no la agota. La moral social indica el conjunto de deberes morales generalmente reconocidos en las relaciones de convivencia (incluso el deber de corrección). La buena costumbre indica,

(31) BIANCA, Massimo, *Diritto civile*, T. 3, Ristampa 2006, Giuffrè editore, Milano, p. 620.

(32) BIANCA, Massimo, ob. cit., p. 622.

en cambio, más particularmente los preceptos negativos de honestidad social, es decir, los preceptos que imponen al sujeto de abstenerse de cumplir actos contrarios al común sentido de honestidad. Tales son considerados no solamente los actos lesivos de la dignidad sexual, sino en general aquellos que en un determinado ambiente y momento histórico son intensamente condenados por la conciencia social. Por ej., es inmoral el contrato por el cual una parte promete una prestación patrimonial para obtener una recomendación ante una oficina pública.

Las buenas costumbres no se reducen a la moral sexual, sino también tienen que ver con la moral ciertas limitaciones a la libertad individual o física, *v. gr.*, es contrario a las buenas costumbres el convenio por el cual un deportista se obliga a no participar en una competencia para hacer ganar a otro participante; el pacto por el cual un sujeto se obliga a mentir o a traicionar.

En realidad, todas las causas de nulidad pueden reducirse a una sola, la cual no puede ser otra que la contravención de normas imperativas. En efecto, los dispositivos que regulan los requisitos de validez del contrato (consentimiento, objeto, causa fin, forma solemne) así como el orden público y las buenas costumbres, contienen normas imperativas, por lo que es obvio que el acto jurídico que contraviene a una de ellas es nulo, salvo que la propia ley establezca una sanción diversa.

En conclusión, *el contrato contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres es nulo, salvo disposición diversa de la ley.*

4.1.8. Nulidad declarada por ley (nulidad especial)

Según el inc. 7 del art. 219 el contrato es nulo cuando la ley lo declare nulo, o sea se refiere a otros casos especiales de nulidad, distintos de los señalados en los demás incisos del art. 219. La nulidad declarada por la ley puede ser *expresa o virtual*.

La nulidad *expresa* viene dispuesta textualmente en la ley. Ejs.: a) conforme al art. 172, es nulo el contrato cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor; b) de acuerdo al art. 865, es nulo el convenio de partición de herencia hecha con preterición de algún sucesor; c) el art. 1543 sanciona con nulidad expresa la compraventa cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes; d) el art. 1927 dispone que es nulo el contrato de renta vitalicia cuya duración se fijó en ca-

beza de una persona que ha muerto a la fecha de la escritura pública; e) el art. 1932 establece que es nulo el pacto que prohíbe la cesión de la renta vitalicia constituida a título oneroso o el embargo de ésta por deuda de la persona a quien favorece.

La nulidad *virtual* se da cuando la ley no utiliza el término “nulo”, pero prohíbe el acto o utiliza expresiones como “se considera no puesta”, “no surte efecto”, “no valdrá”, “no tendrá validez”, “carece de eficacia”, etc., por ejemplo, el caso de los arts. 171, 743, 757, 759, 798, 806, 1099, 1399, 1497, 1629, 1964; el *contrario sensu* de los arts. 1250, 1480, 1497, 1966.

Con el mandato del inc. 7 del art. 219 en sentido que *el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara*, se reafirma el principio de legalidad en materia de nulidades del acto jurídico en general y del contrato en particular, o sea no hay nulidad del acto jurídico dispuesta por convenio o por los tribunales encargados de administrar justicia.

4.2. La acción de nulidad. Titulares

El contrato nulo carece ab *origine* de todo efecto jurídico; no hay regulación privada de intereses. La ineficacia tiene lugar de pleno derecho (*ipso iure*), no hay necesidad de declaración judicial que lo haga constar. La situación jurídica permanece como estaba antes del contrato nulo, los interesados pueden comportarse como si nunca se hubiera celebrado. Pero, naturalmente, nada impide, cuando no hay oposición, que las partes se comporten de hecho, no de derecho, como si el contrato fuera válido, o sea que se establezcan o se pretenda establecer situaciones de hecho sobre la base del contrato nulo. Por ej., en la compraventa nula, se entrega el bien y se paga el precio; o el aparente vendedor exige, o hay la posibilidad de que pueda exigir el pago del precio, o el aparente comprador, pretenda la entrega del bien.

Para destruir efectos producidos y volverlos al estado anterior, o para poner fin a perturbaciones o anticiparse a ellas, puede haber la necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad. Con la acción de nulidad se persigue que desaparezca toda posibilidad de exigir el cumplimiento de pretensiones no ejecutadas, o si han sido ejecutadas, total o parcialmente, cese el estado de hecho contrario a la realidad jurídica, volviendo las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del contrato nulo. De ahí que la ley concede a los interesados la acción de nulidad como un medio para obtener a través de un proceso judicial la declaración de nulidad del contrato nulo.

La acción de nulidad —o excepción o reconvención— no está encaminada a atacar el contrato ni a borrar efectos jurídicos que no

existen desde el inicio, sino a destruir la apariencia de validez de un contrato nacido muerto, por lo que la realidad ha quedado inmutable; es una acción de mera declaración de certeza. Tanto la acción como el fallo son declarativos, no constitutivos.

La nulidad absoluta se fundamenta en razones de interés social o público, por lo que tiene carácter absoluto. De ahí que los titulares de la acción de nulidad son: cualquiera de las partes; cualquier tercero que tenga legítimo interés económico o moral, actual y directo derivado del contrato nulo; el Ministerio Público; inclusive, el juez pueda y deba declararla de oficio cuando resulte manifiesta (art. 220).

El tercero extraño al contrato, que no ha sido perjudicado ni favorecido, no es beneficiario de la acción de nulidad. La jurisprudencia Suprema ha resuelto: *Nadie puede pedir la nulidad de un contrato en que no ha tomado parte ni deriva derechos o afectación alguna, por carecer de legitimación activa para ello* (Exp. núm. 677-90-Callao, en Rev. N. L., T. 214, marzo 1994). En todo caso, el tercero que conoce de la nulidad, pero que carece de interés para accionar por no afectarle directa ni indirectamente, podrá ponerla en conocimiento del Ministerio Público.

El Ministerio Público puede alegar la nulidad absoluta en todos los procesos en que por ley le toca intervenir, y en los casos en que el contrato nulo atente contra el interés social, como cuando transgrede una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres.

La nulidad es *manifiesta* cuando no hay lugar a ninguna duda sobre su existencia; es visible, patente, ostensible, advertible a simple vista, se infiere del simple examen del documento que contiene al contrato o de las pruebas actuadas en un proceso judicial, por ejemplo, la donación de un inmueble hecho en documento privado contraviniendo lo dispuesto en el art. 1625, un contrato para cometer un delito, casos en los que puede ser declarada de oficio por el juez, sin requerirse de que exista invocación de parte. El juez no acciona en el sentido de interponer una demanda para que se declare la nulidad, sino que cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conozca de los hechos que la provocan, puede e incluso debe declararla de oficio, pues, le está vedado permanecer impasible, *v. gr.*, ante un acto ilícito o contrario a las normas imperativas o a las buenas costumbres.

No siempre lo manifiesto reside en la visibilidad en la ostensibilidad del vicio que afecta el contrato, sino, como dice Zannoni⁽³³⁾, en la

(33) ZANONNI, Eduardo A. ob. cit., p. 176.

posibilidad de subsumir ese vicio en una hipótesis normativa prevista, sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para detectarlo”, por ejemplo, la ley reputa nulo el acto jurídico cuyo objeto fuese prohibido; “si se celebra con un contrato que tiene por objeto el ejercicio de la prostitución y, más tarde cualquiera de las partes pretendiese alegar derechos derivados del negocio, el juez subsumirá el objeto en la previsión normativa, y, objetivamente, sin más, lo declarará nulo”.

Con la sentencia declarativa de nulidad se corta todo intento de perturbación y se destruyen todos los efectos producidos al amparo del acto nulo, debiendo en este caso las partes restituirse aquello que se hubieran pagado y si esto no fuera posible, pagarán su valor.

Como el contrato nulo lo es *erga omnes*, la sentencia que lo declara afecta también a los terceros, quienes están obligados a la restitución de lo que han adquirido a quien, a su vez, adquirió sobre la base de un contrato nulo, por cuanto nadie puede transmitir un derecho que no tiene, o derecho mejor que el que tiene (*nemo plus iuris in aliud transferre potest quam ipse habet*), con excepción, en aplicación del principio de la *fuerza legitimadora de la apariencia*, de los terceros que actuando responsablemente han hecho su adquisición a título oneroso y de buena fe, o sea, creyendo fundadamente en la plena eficacia del contrato nulo con apariencia de validez.

4.3. Imposibilidad de la confirmación

Como con la nulidad absoluta se trata de amparar no solamente el interés de las partes intervinientes, sino fundamentalmente el social, los contratos nulos no pueden subsanarse por confirmación (art. 220 *in fine*); las partes no pueden convalidar un contrato cuando es la misma sociedad la que está interesada en su invalidez.

Sin embargo, en la legislación comparada se admite que el contrato nulo puede tener eficacia indirecta a través de la conversión, figura no admitida en nuestro Código Civil. El proyecto de *Código Europeo de los Contratos* dispone que los contratos contrarios al orden público, buenas costumbres y normas imperativas que protejan el interés general no son susceptibles de confirmación, nulidad parcial, conversión ni de ninguna otra corrección. En cambio, los contratos nulos por causas diferente (contrarios a normas imperativas que no protegen el interés general, cuando falten los elementos esenciales, etc.) si son susceptibles de confirmación.

Por la conversión, la declaración de voluntad que no puede dar vida al contrato intentado (nulo), por falta de algún requisito de validez, es utilizada para otro contrato diferente, con los mismos efectos o con efectos más reducidos o parcialmente diferentes, cuando de las circunstancias del caso y según la buena fe, se pueda deducir que si las partes hubiesen conocido la nulidad del contrato intentado, hubieran querido este otro contrato diferente. Éste es el sentido, por ejemplo, de los códigos civiles alemán e italiano⁽³⁴⁾.

Si bien es cierto que la conversión del contrato es una solución excepcional, a la cual no se puede recurrir con frecuencia, pero no por eso puede carecer de regulación legal. Es conveniente que legalmente se establezca que *el contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato distinto, del que contenga sus requisitos de validez, cuando, de acuerdo al fin práctico perseguido por las partes, pueda entenderse que éstas lo habrían querido si hubieran conocido la nulidad.*

5. ANULABILIDAD DEL CONTRATO

Con la anulabilidad se tutela intereses disponibles de una de las partes contratantes, razón por la que se hace depender de su voluntad la eliminación del contrato. En efecto, puede suceder que el contrato anulable le resulte todavía conveniente, por esta razón, si se hubiese establecido la nulidad en vez de la anulabilidad, la invalidez del contrato operaría necesaria y automáticamente, *ipso iure*, sin necesidad de sentencia judicial, lo que terminaría por dañar a la parte en cuyo interés se ha establecido la invalidez. Así, si he adquirido una pintura en el convencimiento erróneo que es obra de un cierto pintor, puede suceder que me es conveniente conservarla porque me place y vale el precio que he pagado; lo mismo puede suceder si la adquisición la he efectuado bajo los efectos del dolo, violencia o intimidación, por ello, la ley hace depender de mi iniciativa su anulación. Pero es del todo excluida una eventualidad similar cuando al contrato le falta alguno de los requisitos de validez. Si, por ej., celebro un contrato de compraventa para adquirir un bien que en realidad ya es mío (hecho que

(34) Art. 140 del CC alemán dispone: *Si los requisitos de un negocio jurídico nulo corresponden a los de otro negocio jurídico, valdrá éste entonces, si puede entenderse que se hubiera querido su validez, de haber sabido su nulidad.* Art. 1424 del CC italiano establece: *El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato distinto, del que contenga sus requisitos de sustancia y de forma, cuando, teniendo en consideración el fin perseguido por las partes, haya de estimarse que éstas lo habrían querido si hubieran conocido la nulidad.*

desconocía), la operación está radicalmente privada de justificación y utilidad; razón por la cual el acto es sin duda nulo.

5.1. Causas

El contrato es anulable: por incapacidad relativa de una o de ambas partes; por vicio resultante del error, dolo, violencia o intimidación; por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero; y, fuera de estos casos, cuando la ley lo declara anulable (art. 221).

5.1.1. La incapacidad relativa del agente

El art. 44 enumera los casos de incapacidad relativa.

El art. 221.1 establece que *el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente*. Esta norma es incompleta por no dejar a salvo las excepciones dispuestas por ley. En muchos casos, la ley dispone que los incapaces relativos que cuentan con capacidad de discernimiento, puedan celebrar válidamente ciertos contratos. Por ej., los casos contemplados en los arts. 46, 455, 456, 457, 1358. Luego, *el contrato es anulable por incapacidad relativa del agente, salvo las excepciones dispuestas por ley*.

Es potestad del incapaz relativo, cuando cese la incapacidad, decidir por la eficacia o ineficacia definitiva del contrato que ha celebrado. Si opta por la ineficacia, demandará judicialmente para que el contrato anulable que ha celebrado se declare nulo.

5.1.2. El vicio resultante del error, dolo, violencia e intimidación

El acto viciado por error, dolo, violencia o intimidación es simplemente anulable en consideración a la eventualidad de que pueda todavía resultar útil a la parte que la ley entiende tutelar con las causales de anulabilidad. Es racional que la ley deje a la parte que ha actuado bajo los efectos del error, dolo, violencia o intimidación, la posibilidad de decidir por la eliminación del contrato o por mantenerlo firme y eficaz.

El contratante que actúa bajo los efectos del error, dolo, violencia o intimidación declara su voluntad, es decir, declara lo que él desea, pero el contrato es anulable debido a que el proceso de formación de la voluntad interna es anormal por la presencia de estos vicios.

El error es de dos clases: El *error vicio* es la falsa representación de la realidad (ej., compro la copia de una pintura en la creencia de que

es original), y el *error obstativo* recae sobre la declaración (ej., digo 100 cuando quería decir 1000).

El error puede ser de *hecho* o de *derecho*, el primero recae sobre una circunstancia de hecho, sobre los elementos del contrato o de sus circunstancias externas. El *error de derecho* consiste en la ignorancia o falso conocimiento sobre la existencia, significado o aplicación de una norma jurídica.

El error vicio, el obstativo, el de hecho y de derecho, son causales de anulación cuando son esenciales y conocibles por la otra parte. El error es reconocible cuando una persona de normal diligencia habría podido advertirlo. La exigencia de que la manifestación de voluntad coincida con la voluntad interna del declarante, encuentra su límite en la necesidad de tutelar la confianza que ha suscitado la declaración en la contraparte, de ahí que el error que no es reconocible por la contraparte no puede anular el contrato.

Por el principio de conservación del contrato, la parte que incurre en error no puede pedir la anulación del contrato si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquella quiso concluir (art. 206)⁽³⁵⁾.

El *dolo* es causa de anulación del contrato cuando el engaño usado por una de las partes ha sido tal que sin él la otra parte no habría celebrado el contrato (*dolo causante*). Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el contrato es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él (art. 210).

Por la *violencia física* un sujeto constriñe a otro a celebrar un contrato, valiéndose para ello de la fuerza física o de otros medios, por ejemplo, induciendo a contratar a una persona en estado de hipnosis. La *violencia moral* o *intimidación* consiste en inducir a un sujeto a celebrar un contrato, valiéndose del empleo de la amenaza de un daño futuro, inminente y grave capaz de disminuir la libertad de la persona. La violencia y la intimidación determinan a la víctima a celebrar el

(35) Proyecto de Código Europeo de los Contratos: Art. 149. *Conservación y confirmación del contrato anulable*. 1. La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), la otra parte se compromete a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera habría creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado sustancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada...

contrato sobre la base de un cálculo de conveniencia que lo conduce a considerar que la celebración del contrato es un mal menor respecto a sufrir las consecuencias de la violencia o intimidación. La violencia física y la intimidación que han determinado la declaración de voluntad, aun cuando hayan sido empleadas por un tercero, son causales de anulación del contrato.

El contrato celebrado bajo los efectos de la *violencia física* puede ser visto desde una doble perspectiva: a) puede considerarse como inexistente por falta de voluntad atribuible a su autor, y, por tanto, nulo; o b) como que la acción violenta compromete la libertad del sujeto, se puede considerar que el acto adolece de un vicio de la voluntad y que, por consiguiente, es anulable. La duda que se presenta al respecto, tanto en la doctrina como en la legislación comparada, nos conduce a preferir esta última solución. Además, se debe tener en cuenta que en la práctica se presentan dificultades para distinguir entre violencia material, a la cual la víctima no pueda resistir, y la mera violencia moral o intimidación, lo que justifica la unificación de ambas figuras como causales de anulación del contrato.

Si se considerara a la violencia física como causal de nulidad, no obstante la mencionada duda, lo mismo se tendría que hacer con el denominado *error obstativo* que es aquel que recae sobre la declaración, lo que determina la absoluta falta de voluntad negocial o de contenido. Por ej., en el *lapsus* y en el error de transmisión, falta la voluntad de declarar, en cuanto se dice o escribe una palabra o frase diversa de la deseada, o bien cuando la declaración es transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo (el nuncio; la secretaria que escribe cosa distinta a la dictada). Sin embargo, en la doctrina nacional, nadie se atreve a sostener que el error obstativo es causal de nulidad y no de anulabilidad. La nulidad es una sanción extrema a la cual no se puede recurrir en casos dudosos (como el de la violencia física y el error obstativo), más aún si la parte afectada está suficientemente protegida en su interés con la anulabilidad del contrato, quedando a su arbitrio el instar o no que se declare nulo.

5.1.3. *La simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros*

En la simulación relativa, el contrato tiene dos aspectos uno aparente y otro real, o, como dicen muchos autores, hay dos contratos: uno ostensible que es simulado y como tal es nulo y otro disimulado, oculto, real, que se encuentra en la misma situación jurídica que la de cualquier otro contrato en el cual no ha habido simulación. Si

el aspecto disimulado (real) reúne los requisitos de validez exigidos por ley, es válido, en caso contrario, si está incurso en las causales del art. 219, será *nulo*; o si ha sido realizado por un incapaz relativo, o bajo los efectos del error, dolo, violencia o intimidación, es *anulable*. También es *anulable* el contrato simulado en su aspecto disimulado cuando, a pesar de reunir los requisitos de validez y estar exento de vicios, perjudica los derechos de terceros; esta última es la hipótesis regulada en el art. 221.3.

5.1.4. Cuando la ley lo declara anulable

Fuera de las causales genéricas de anulabilidad contempladas en los tres primeros incisos del art. 221 (incapacidad relativa, vicios de la voluntad, simulación relativa), la ley puede establecer causas específicas de nulidad relativa del contrato, por ej., los casos de los arts. 163, 166, 277, 582, 743, 808, 809, 812.

Como sucede con la nulidad, al establecer el inc. 4 del art. 221 que *el acto jurídico es anulable por declaración de la ley*, se reafirma el principio de legalidad en materia de nulidades, o sea solamente la ley puede establecer causales de anulabilidad. No hay causales de anulabilidad fijadas por convenio o por los tribunales encargados de administrar justicia.

5.2. Efectos

El contrato afectado de anulabilidad produce la totalidad de sus efectos (iniciales o posteriores), es decir, es eficaz en tanto y en cuanto no se anule mediante sentencia judicial⁽³⁶⁾.

El contrato anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley (art. 222).

A diferencia del contrato nulo que lo es *ipso iure*, el anulable deviene en nulo solamente por efecto de la sentencia definitiva que lo declare; de ahí que la sentencia que declara nulo un acto anulable es constitutiva y no simplemente declarativa. La anulabilidad se traduce

(36) PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y José ALGUER, Anotaciones de Derecho español a la traducción de ENNECCERUS y NIPPERDEY, *Derecho civil*, Parte general, vol. II, Bosch, Barcelona, 1948, p. 377: Mientras “no medie impugnación y la consiguiente anulación, el negocio surte su pleno efecto cual si fuera perfectamente válido”.

en nulidad absoluta por efecto de la sentencia judicial que declara que el contrato es nulo, reduciendo a la nada los efectos producidos.

La sentencia que declara nulo un contrato anulable tiene efectos retroactivos al momento de la celebración, borrándose los efectos producidos y como consecuencia las partes se devolverán lo recibido y si no fuera posible la devolución pagarán su valor. Esto significa que el contrato anulable declarado nulo equivale al contrato que adolece de nulidad absoluta. Ambos no producen efectos *ab initio*⁽³⁷⁾.

El contrato nulo no produce efecto negocial alguno: no constituye, transfiere, modifica o extingue derechos reales o de crédito, y no es causa eficiente justificativa de las prestaciones que se han podido ejecutar, razón por la que deben ser restituidas. Lo mismo podemos decir del acto anulable declarado judicialmente nulo. La sentencia de anulación priva de causa a las prestaciones ejecutadas, lo que se expresa diciendo que la anulación tiene efectos retroactivos; las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones ya ejecutadas⁽³⁸⁾.

La retroactividad de la sentencia de anulación no es absoluta (*erga omnes*), sino relativa, en el sentido que opera solamente entre: las partes; los terceros adquirentes a título gratuito, sean de buena o

(37) JOSSEERAND, Louis, *Derecho civil*, T. II, vol. I, trad. de Santiago Cunchillos, Buenos Aires, 1950, p. 250: "la solución es racional, ya que el vicio que da origen a la nulidad estaba presente en el origen del acto". MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1959, Parte segunda, vol. I, p. 365: "las nulidades, sean absolutas o relativas, producen los mismos efectos". VON THUR, ob. cit., p. 345: "El derecho que fue enajenado pertenece al patrimonio del enajenante como si nunca hubiera salido de él"; luego agrega que "surge para el titular del derecho de impugnación una protección de enriquecimiento contra quien obtenga un beneficio a su cosa" (p. 348). El primer párrafo del art. 142 del BGB dispone: *Si es impugnado un negocio jurídico impugnabile, ha de considerarse nulo desde el principio*. LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil*, Parte general, trad. de José María Navas, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 255: surge para el impugnante una "pretensión de entrega" o "pretensión de reivindicación", conforme al art. 985 del B.G.B que dispone: "El propietario puede exigir del poseedor la entrega de la cosa". El art. 1050 del Código argentino señala: "la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto anulado". Conforme al art. 1052 del mismo Código, "la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado".

(38) Proyecto de Principios de Derecho Contractual Europeo: Art. 4:115. *Efectos de la anulación*. En caso de anulación, cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez lo que hubiera recibido a cambio. Si la restitución en especie no es posible por cualquier motivo, deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido.

mala fe; y los terceros adquirentes a título oneroso y de mala fe, por haber conocido o estado en la posibilidad de conocer de la invalidez. Pero la sentencia de anulación no alcanza a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe⁽³⁹⁾; ellos quedan indemnes frente a la sentencia que pronuncia la anulación, la cual no les puede ser opuesta.

El contrato nulo y el anuble no pueden ser opuestos al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, quien está protegido en su buena fe confianza.

Por principio, los terceros no pueden adquirir derechos que provengan de un contrato nulo o anulable. Se admite la vigencia del principio: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, cuyo correlario es otra máxima latina: *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* (resuelto el derecho de quien da, se resuelve el derecho de quien recibe), por la misma razón, declarado nulo un contrato anulable, los terceros deben restituir lo recibido sobre la base de aquel contrato anulado, salvo que sean adquirentes a título oneroso y de buena fe. Por ej., si A vende a B un inmueble con un contrato nulo, y B vende el mismo inmueble a C, quien conocía o estaba en la posibilidad de conocer que la venta A-B es nula o anulable, o sea obró de mala fe, en cuyo caso A puede obtener la restitución haciendo valer frente a C la invalidez de la venta A-B. Se aplica el principio general por el cual no habiendo B adquirido el derecho de propiedad, no podía transferirlo a otro, puesto que no hay ninguna buena fe confianza del tercero C que tutelar. En cambio si C compró de buena fe, no le puede ser opuesta la nulidad o anulabilidad de la venta A-B; el Derecho protege su buena fe confianza.

Si el contrato anulable versa sobre bienes registrados, la anotación en el Registro de la demanda judicial de anulación, coloca a los terceros en grado de conocer la pendencia de la anulación. Si no obstante adquieren el bien, la sentencia de anulación le es oponible.

El Derecho de los terceros también está tutelado por el principio general sobre bienes muebles: *la posesión vale el título* (art. 948), según el cual, el tercero subadquirente que ha obtenido la posesión de buena fe, no está sujeto a reivindicación, aunque el título de su enajenante sea nulo o, siendo anulable, ha sido declarado nulo, salvo

(39) B.G.B alemán, art. 142, p. 2: Quien conoció o debió conocer la impugnabilidad, es tratado, si la impugnación se realiza, como si hubiera conocido o debido conocer la nulidad del negocio jurídico.

que se trate de bienes perdidos o adquiridos con infracción de la ley penal.

5.3. Acción de anulabilidad. Titulares

Como la anulabilidad obedece fundamentalmente a razones de protección de intereses privados, especialmente el de las partes intervinientes, los titulares de la acción —o excepción o reconvencción— de nulidad de un contrato anulable son únicamente las personas afectadas con la causal de anulabilidad. La ley es terminante al disponer: *Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley* (art. 222, 2do. párrafo).

Los únicos que pueden peticionar judicialmente la nulidad de un contrato anulable son: la parte afectada con la incapacidad relativa; la parte víctima del error, dolo, violencia o intimidación; el tercero perjudicado con la simulación relativa. La acción de anulabilidad está vedada a otros terceros (aun cuando éstos tengan un legítimo interés derivado del acto anulable), a la contraparte, al Ministerio Público y en ningún caso puede ser declarada de oficio por el juez. De este modo, el sujeto tutelado con las causales de anulabilidad es el único árbitro de la suerte del contrato, sólo a él corresponde decidir si lo mantiene o no en pie.

6. NULIDAD EN EL CONTRATO PLURILATERAL

En los contratos con tres o más partes (contrato *plurilateral*) en los que las prestaciones de cada una de ellas vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una solas de las partes no importa la nulidad del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse, de acuerdo con las circunstancias como esencial (art. 223).

En el contrato con dos partes hay dos centros de intereses que, eventualmente, se contraponen (en la compraventa el interés del vendedor se contrapone al del comprador). En el contrato *plurilateral* hay más de dos partes y por consiguiente más de dos centros de intereses que pueden ser contrapuestos por el hecho de que cada parte persigue una finalidad propia y no una finalidad común (ej., un contrato de cesión de la posición contractual, en el que: cedente, cesionario y cedido tienen intereses diferentes), o esos centros de intereses pueden ser no contrapuestos debido a que todas las declaraciones son del mismo contenido, *todas están dirigidas a la consecución de un fin común* (a

este acto algunos autores lo denominan *colectivo*⁽⁴⁰⁾, *v. gr.*, el contrato de sociedad.

A tenor de lo dispuesto en el art. 223 que tiene como antecedente al art. 1420 del Código italiano⁽⁴¹⁾, en los contratos plurilaterales en que las prestaciones de cada una de las partes vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la *nulidad* o *anulabilidad* que afecte al vínculo de una sola de las partes es *parcial*, porque no produce la invalidez total del contrato, el que seguirá siendo válido y eficaz en relación con las demás partes (ej., si el vínculo de uno de los socios es nulo o anulable por incapacidad, esto no determina la nulidad del contrato de sociedad sino únicamente con relación al incapaz), salvo que la participación de ella deba considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial, tal que sin ella tampoco las otras partes hubieran prestado su consentimiento, caso en el cual el contrato es nulo totalmente (así, cuando el aporte del socio incapaz es decisivo para que la sociedad pueda operar, se justifica la *nulidad total* del contrato).

7. NULIDAD PARCIAL

La nulidad puede ser *total* (o completa) o *parcial* (o incompleta), según que afecte a todo el contrato o a una parte del mismo. Se parte de la premisa de la divisibilidad del contenido del contrato. Establecida la divisibilidad o separabilidad de las estipulaciones contractuales procede la nulidad o anulabilidad parcial, sobre la base de la antigua máxima de que dice: *utile per inutile non vitiatur* (lo invalidado no puede viciar lo válido), y en aplicación del principio de conservación

(40) MESSINEO (ob. cit., ps. 346 y 347) dice: que en el acto colectivo “la voluntad de dos o más sujetos y las demás correspondientes declaraciones, son del mismo contenido, están dispuestas paralelamente, se unen entre sí (pero permanecen distintas entre sí y discernibles y tienden a un fin común y a un común efecto jurídico, en el que participa cada uno de los declarantes”; es susceptible de formación sucesiva y progresiva; comporta un número indefinido de declaraciones de voluntad; es siempre unilateral, por ejemplo la constitución de una fundación o una sociedad o una asociación, puesto que todas las declaraciones de voluntad se encuentran del mismo y único lado. Nuestro Código Civil, art. 223, no participa de esta opinión porque considera como parte a cada uno de los agentes que intervienen en este tipo de actos, por consiguiente el acto es plurilateral y no unilateral.

(41) Código italiano: Art. 1420. *Nulidad en el contrato bilateral*. En los contratos con más de dos partes en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse, de acuerdo con las circunstancias, como esencial.

del contrato, por el que la estipulación o estipulaciones inválidas no pueden afectar a las válidas.

En conformidad con el párrafo primero del art. 224, *la nulidad de una o más de las disposiciones de un contrato no perjudica a las otras, siempre que sean separables.*

Dos requisitos se requieren para que la nulidad de unas disposiciones no afecten a las otras: uno *objetivo*, consistente en que las disposiciones del contrato sean separables, o sea, que tengan vida propia, independiente las unas de las otras; y otro *subjetivo*, que las partes habrían celebrado el contrato de todas maneras sin la parte afectada de nulidad o anulabilidad y esto sucede cuando el contrato es todavía útil por proporcionar los efectos prácticos que se persiguen con su celebración.

Las consideraciones precedentes valen solamente si las cláusulas nulas o anulables no son esenciales, caso contrario la nulidad envuelve a la totalidad del contrato.

Como la regla de la nulidad parcial del contrato está inspirada en la autonomía de la voluntad privada, se debe tener en cuenta que la totalidad del contrato es nulo si resulta que los que lo celebraron no lo habrían concluido sin aquella parte del contenido que es golpeada por la nulidad. En nuestro Derecho no se regula la *cláusula de separabilidad* que constituye un pacto expreso de nulidad parcial, la misma que, al no estar prohibida, debe ser amparada en vista a que la conservación del contrato depende, en último término, de la voluntad de las partes. Vattier⁽⁴²⁾ informa que en los formularios notariales alemanes se inserta un pacto del siguiente tenor: "Si una o más cláusulas del presente contrato deviene total o parcialmente ineficaz o no son susceptibles de aplicación, en virtud de esta cláusula se deberán considerar eficaces las partes restantes del contrato que no estén afectadas por la nulidad". En el modelo de contrato para el intercambio electrónico de datos aprobado por Recomendación de la Comisión Europea, del 19.10.1994, establece en su art. 14.1. Separabilidad. Caso de que algún artículo, o parte de un artículo, del presente Acuerdo se considera inválido, todos los demás artículos seguirán teniendo todo su valor y eficacia.

La norma del primer párrafo del art. 224 no es de aplicación a casos específicos para los cuales la ley dispone lo contrario. Así, el art. 1310

(42) VATTIER FUENZALIDA, Carlos, ob. cit., p. 42.

prescribe: *La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.* La transacción es el acto jurídico por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el litigio que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Por estar destinada a resolver un problema, la transacción es indivisible, por tanto, la nulidad de alguna de sus disposiciones conlleva la nulidad de toda la transacción, es decir, la transacción no puede anularse por partes convalidándose otras, porque no se estaría resolviendo una controversia, sino creando otra, salvo que las partes hayan convenido la divisibilidad.

Conforme al segundo párrafo del art. 224, *la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del contrato cuando éstas son sustituidas por normas imperativas.* Contrariamente a la hipótesis anterior, en ésta la ley no se limita a regular simplemente la nulidad de una o más disposiciones, sino, además, impone una regulación contraria a aquella establecida por las partes. Por ej., si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso (art. 1664); el plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años, si se ha pactado un plazo mayor se entiende reducido a diez años (art. 1688). Como se aprecia en estos casos, el contenido de la disposición singular nula es sustituido *ope legis*, independientemente de la voluntad de las partes, por el contenido impuesto por una norma imperativa, sin que se vean afectadas las demás disposiciones que permanecen inalterables. Por tanto, el contrato no está afectado de invalidez como consecuencia de disposiciones singulares nulas, dado a que éstas son sustituidas por normas imperativas.

En hipótesis como las mencionadas, la nulidad de disposiciones singulares no se propaga a todo el contrato, sino que se persigue que permanezca regulado en el modo que la ley considera más justo, y por eso el contrato se mantiene en pie, con el contenido modificado, mediante la inserción automática de la regla imperativa impuesta por la ley. Por la misma razón, la parte dañada por la modificación legal del contenido contractual, no podrá solicitar la anulación por error, aduciendo la ignorancia de la regla imperativa de la ley, porque de ese modo se vería frustrado el fin perseguido por el ordenamiento jurídico. La inserción automática de cláusulas sustitutivas dispuestas por ley constituye una forma de limitación de la autonomía privada. La ley no se limita a fijar los confines dentro de los cuales opera la libertad contractual, sino impone contenidos diversos de los establecidos por las partes, lo que se justifica aún más cuando con estos contenidos se

tiende a tutelar a la parte débil de la relación contra el aprovechamiento o explotación que pretende llevar a cabo la parte fuerte.

Finalmente, conforme al tercer párrafo del art. 224, *la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal*. Obviamente esta disposición es la aplicación del principio que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero no al contrario: lo principal no sigue la suerte de lo accesorio. En la práctica de la vida de relación no siempre es fácil distinguir lo principal de lo accesorio, muchas veces eso depende de la voluntad de las partes, lo que es accesorio para una parte puede no serlo para la otra. Por ej., en un mutuo hipotecario, es natural a dichos actos que el mutuo es el acto principal y la hipoteca que le sirve de garantía es lo accesorio; sin embargo, puede suceder que en un caso dado, el mutuante preste determinado por la hipoteca que garantiza el recupero de su crédito, sino no prestaría.

Para distinguir lo principal de lo accesorio habrá que atender tanto a la naturaleza del acto como a la voluntad de las partes. En algunos casos la ley específicamente dispone la nulidad de lo accesorio sin afectar al principal, por ej., la nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal (art. 1345); si el cargo es ilícito o imposible, el contrato subsiste sin cargo alguno (art. 189).

8. DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO Y NULIDAD

Cuando el contrato ha sido celebrado en documento público o privado hay que distinguir las siguientes situaciones:

1) Que ni la ley ni las partes establezcan que el documento utilizado para celebrar el contrato tiene la calidad de forma solemne. En este caso el documento sirve únicamente de continente o envoltura del contenido que es el contrato. La nulidad del documento no afecta la validez del contrato (si se anula la escritura pública que contiene un contrato de compraventa —contrato consensual— la compraventa conserva su validez si reúne los requisitos legales).

2) El documento señalado por la ley como forma probatoria, sirve únicamente para probar la existencia, significación y alcances del contrato, en todo caso, las partes pueden compelerse a llenar la formalidad (art. 1412). En este caso, como en el anterior, la nulidad del documento no afecta la validez del contrato, a ello se refiere el art. 225 al disponer: *No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo*. Si se declara nulo el documento probatorio, la demostración de

la existencia y alcances del contrato se hará por otros medios probatorios reconocidos por el ordenamiento jurídico. Tampoco la nulidad del contrato puede arrastrar la nulidad del documento, por ej., en el mutuo hipotecario, la anulación del contrato de constitución de hipoteca, no puede enervar la fuerza probatoria de la escritura hipotecaria acerca de la existencia, contenido y alcances del contrato de mutuo al cual la hipoteca aparente servía de garantía.

3) Que el documento esté señalado por la ley como una formalidad solemne, sancionando su inobservancia con la nulidad (art. 140.4) o por las partes que intervienen en el contrato, presumiéndose que la forma convenida previamente por escrito es solemne (art. 1411). En tales casos, el documento es requisito de validez del contrato (art. 140.4), la inobservancia o invalidez de la forma (del documento) invalida al contrato (art. 219.6). Hay que distinguir el *cumplimiento* de la forma del contrato mismo; la formalidad queda satisfecha si se cumplió al celebrarse el contrato, si posteriormente el documento desaparece, por ej., a consecuencia de un incendio, esto no conlleva la nulidad del contrato, sólo que llegado el caso habrá la necesidad de probar que se cumplió con la solemnidad.

9. ALEGACIÓN DE INCAPACIDAD

Sobre la nulidad del contrato por incapacidad, e el art. 226 dispone: *La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto de la obligación común.*

La incapacidad a que se refiere el art. 226 es la *relativa*, o sea la que da lugar a la anulabilidad, la misma que requiere de invocación para que se anule el acto. En cambio la incapacidad *absoluta* da lugar a la nulidad absoluta que opera *ipso iure*, no requiriendo ser invocada, y si es invocada puede ser por cualquiera de las partes.

La anulabilidad solamente *se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley* (art. 222) o por sus representantes o causahabientes. Las personas en cuyo beneficio la ley establece la acción de anulabilidad son: el incapaz o su representante; en el caso de error, la parte que lo padeció; en los casos de dolo, violencia o intimidación, la parte que lo sufrió; y en la simulación relativa, el tercero perjudicado. Ellas son las únicas que pueden pedir la nulidad de un acto anulable. Así, la parte capaz o cuya voluntad está libre de vicios, no puede invocar en su propio beneficio el hecho de que la otra parte haya actuado siendo incapaz o estando bajo los efectos del error, dolo, violencia o intimi-

dación. En este sentido, el art. 226 dispone como regla general que la *incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio*.

Como excepción, la regla del art. 226 no tiene lugar *cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común*. La expresión: *el objeto del derecho de la obligación común* es ininteligible. El art. 1078 del CC de 1936 que es el antecedente del art. 226 del Código vigente, utilizó la expresión *el objeto del derecho o de la obligación común* (transcripción del art. 83 del derogado C. del Brasil de 1916), que tampoco es clara. El art. 226 adquiere sentido si lo entendemos como que dice “... *salvo cuando es indivisible la prestación objeto de la obligación común*“. Con la referencia al *objeto de la obligación* queda suficientemente protegido el interés del beneficiado con la acción de anulabilidad, por lo que la referencia al *objeto del derecho* está demás.

Cuando ambas partes contratantes asumen obligaciones (cada una es a la vez acreedor y deudor de la otra) se dice que éstas son *recíprocas no comunes*, por ej., el contrato de compraventa por el cual, de una parte, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y, de la otra, el comprador se obliga a pagar el precio, o sea, hay prestación y contraprestación, a la prestación del vendedor consistente en transferir la propiedad del bien corresponde la contraprestación del comprador de pagar el precio, por ello es correcto hablar no de *obligaciones* recíprocas sino de *prestaciones* recíprocas; hay *reciprocidad* y no *comunidad* entre acreedor y deudor.

En cambio, y a esto se refiere la excepción a la regla del art. 226, la obligación será común cuando la parte obligada está compuesta de dos o más personas (naturales o jurídicas), o sea, estas personas se obligan en común frente a la otra parte acreedora, titular del crédito, que también puede estar formada por una o más personas.

Cuando la parte de uno de los polos de la relación jurídica está integrada por dos o más personas, de las cuales unas son *capaces* y otras *incapaces*, que asumen una *obligación común* frente a la parte del polo opuesto que puede estar, a su vez, integrada por una o más personas, hay que distinguir si la prestación objeto de la obligación común es divisible o no. Si la prestación objeto de la obligación común es *divisible*, o sea, es susceptible de cumplimiento parcial, se aplica la regla del art. 226 que dice que la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio. Por ej., si A concede a B y C un préstamo de S/. 1,000.00, cada deudor le debe, no conviniéndose otra proporción, S/. 500.00, como si se les hubiera efectuado dos préstamos separados, cada uno por esa cantidad; Si de los mutuuarios,

B es capaz y C incapaz, el deudor B no puede aprovecharse de la incapacidad de su codeudor C para demandar la nulidad del contrato de préstamo de los S/. 1,000.00.

Si la prestación objeto de la obligación común es *indivisible*, esto es cuando no puede ser cumplida sino por entero, es de aplicación la excepción a la regla del art. 226 que dice que la incapacidad de una de las partes si puede ser invocada por la otra en su propio beneficio cuando es indivisible el objeto de la obligación común. Por ej., A, incapaz, y B, capaz, venden un caballo, de propiedad de ambos, a C; en este caso, como la prestación de los vendedores es indivisible, el caballo no se puede entregar por partes al comprador, el vendedor capaz B puede invocar la incapacidad de su codeudor incapaz A para anular el contrato; con mayor razón, por supuesto, el vendedor incapaz A puede también instar la nulidad del contrato por incapacidad; declarada la nulidad, aprovecha a ambos vendedores, el capaz y el incapaz, por indivisibilidad del bien objeto de la prestación.

En conclusión, *la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra para instar la anulación del contrato. Cuando la parte obligada está integrada por dos o más personas, de las cuales unas son capaces y otras incapaces, la persona capaz no puede invocar la incapacidad de la otra para instar la anulación del contrato, salvo cuando es indivisible la prestación que es objeto de la obligación común.* Con esta significación se debe entender la norma del citado art. 226, dado a que no puede ser otra cosa lo que quiere expresar.

10. NULIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MAYORES DE 16 Y MENORES DE 18 AÑOS

Conforme al art. 227, las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de los contratos celebrados sin la autorización necesaria.

Los menores de dieciséis años adolecen de incapacidad absoluta para contratar, salvo para aquellos contratos determinados por ley (art. 43.1). Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años son relativamente incapaces para contratar (art. 44.1.), salvo las excepciones establecidas por ley, las cuales, obviamente, son más que para los menores de dieciséis. La incapacidad de estos menores cesa por matrimonio o por obtener un título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio (art. 46).

Cuando el menor, por excepción, está facultado para contratar, en unos casos no necesita y en otros si necesita de autorización para cele-

brar el contrato de que se trate. Es la ley la que, por excepción, faculta al menor para celebrar determinados contratos, sin exigirle o exigiéndole que previamente recabe la autorización respectiva.

Los menores de edad no privados de discernimiento, dentro de los cuales figuran los mayores de dieciséis años que cuentan con capacidad natural de entender y querer, pueden, *v. gr.*, celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (art. 1358), o pueden aceptar donaciones puras y simples (art. 455), no requiriéndose para ello autorización de sus padres, ni que éstos ratifiquen el contrato.

Los menores capaces de discernimiento, menores o mayores de dieciséis años, pueden ser autorizados por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, pueden celebrar todos los contratos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se les hubiesen dejado con tal objeto o que adquieran como producto de aquella, usufructuarlos o disponer de ellos (art. 457). Obviamente, estos contratos son válidos; no pueden ser impugnados de anulabilidad por falta de capacidad.

El menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejercen la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el contrato o lo ratifiquen (art. 456). Si los padres autorizan previamente el contrato o lo ratifican después de celebrado es válido, por tanto, no puede ser impugnado de anulabilidad. Pero si el menor renuncia a un derecho o contrae una obligación sin autorización ni ratificación de sus padres que ejercen la patria potestad, el respectivo contrato del cual proceden es anulable (art. 227), en cuyo caso “el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho” (art. 456 concordante con el art. 1954), dado a que lo contrario importaría un enriquecimiento indebido a expensas de otro. Y si el menor hubiese actuado con dolo responde además de los daños que cauce (art. 456 *in fine*). Por lo general, la acción dolosa del menor consiste en la ocultación de su incapacidad o en otras maniobras encaminadas a hacer creer, a los terceros con quienes contrata, que si cuenta con autorización de sus padres cuando en realidad no la tiene.

El codificador, haciéndose eco de un sector de la doctrina, en el art. 227 habla de “obligaciones anulables” en vez de “contratos anulables”. El error parece que parte de Messineo⁽⁴³⁾, quien dijo: “El nego-

(43) MESSINEO, Francesco, ob. cit., p. 486.

cio —como tal— tiene, de ordinario, vida instantánea; lo que puede perdurar —o no— es el efecto, o sea la relación jurídica, o el derecho subjetivo, o el *status* que nace del negocio. Por consiguiente, propiamente, se dan “relaciones”, llamadas de tracto sucesivo; sin embargo, de ordinario, se habla de “contratos” de tracto sucesivo, para indicar los que dan vida a relaciones continuadas y periódicas”. Este error en que incurre Messineo ha circulado por todo el mundo, especialmente con referencia al contrato; a cada paso nos encontramos con autores que afirman que una vez perfeccionado (concluido) el contrato, éste se extingue quedando vigente solamente la relación jurídica⁽⁴⁴⁾. Y, por tanto, propugnan que se debe hablar de nulidad, revocación, rescisión, resolución, etc., de la obligación y no del contrato.

Quienes así piensan no advierten que el Derecho es un objeto cultural. Y que en todo objeto cultural hay un substrato o soporte y un sentido. Si se destruye el substrato desaparece el sentido. Así, por ej., si se destruye el lienzo sobre el que Leonardo da Vinci pintó la Gioconda, ésta desaparece; si se destruye el mármol con el que se edificó la Venus del Milo, ésta se extingue; si se deroga la ley, la norma legal en ella contenida es solamente historia; si se declara la nulidad del contrato, del testamento, del matrimonio, etc., la relación jurídica creada o modificada por estos actos desaparece.

Decir que concluido el contrato, éste se extingue, quedando vigente solamente la relación jurídica es, por decir lo menos, un despropósito; es tanto como decir que publicada la ley, ésta se extingue

(44) Por ejemplo, Manuel DE LA PUENTE Y LA VALLE (*El contrato en general*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 51) dice: “el contrato como acto jurídico deja de existir una vez que ha logrado su objeto, que es crear la relación jurídica”. Lo que es más grave aún, siguiendo a Savigny, sostiene que con el contrato no se crean normas jurídicas. Esto equivale a negar que el acto jurídico es el instrumento conferido por el ordenamiento jurídico a los particulares (al poder de la autonomía de la voluntad privada) para *regular* (normar) sus intereses privados, así como, la ley es el instrumento conferido al Poder Legislativo o el Decreto es el instrumento conferido al Poder Ejecutivo para regular los intereses generales. Basta decir, por ahora, que el contrato prevalece sobre la ley, salvo que ésta sea imperativa. Si para resolver un conflicto derivado de una relación contractual concurren dos normas: una contractual y otra legal, el juez tiene que preferir la primera, porque “las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas” (art. 1356), o sea, la norma contractual prevalece sobre la norma legal. Por ejemplo, con relación a la compraventa, el art. 1530 del CC dice que “los gastos de entrega son de cargo del vendedor”; si en un contrato particular, las partes han dispuesto que “los gastos de entrega son de cargo del comprador”, esta norma particular prevalece sobre aquella legal general.

quedando vigente únicamente la norma jurídica a la cual dio vida. Si tal aseveración fuera verdad, qué pasaría, por ej., cuando un arrendador demanda a su arrendatario el desalojo por incumplimiento de las obligaciones contractuales, ¿cómo probaría la existencia y alcance de tales obligaciones?, con el contrato no podría ser porque, según tal corriente de opinión, ya se extinguió, esto es, ya no hay, se convirtió en nada, con la nada no se puede probar nada; no se puede aportar como prueba en un proceso judicial a la nada.

Las normas jurídicas están contenidas en las leyes, decretos, ordenanzas, contratos, testamentos, matrimonios, costumbres, etc. Si estos substratos o soportes se destruyen, aquellas también se extinguen. El sentido o significación no puede existir sin su substrato. Si se anula, resuelve, rescinde, revoca, etc., según corresponda, el contrato, el testamento, el matrimonio, se extinguen también sus efectos. De manera que es correcto hablar de nulidad, resolución, etc. del contrato y no de la relación jurídica. No se puede extinguir al sentido o significación (al efecto) dejando subsistente al substrato. Mientras éste subsista siempre tendrá una significación. Si se destruyen las obligaciones pero se deja subsistente al contrato, éste siempre desplegará un sentido positivo o negativo.

En conclusión, *son anulables los contratos celebrados por mayores de dieciséis años y menores de dieciocho sin contar con la autorización dispuesta por ley.*

11. REPETICIÓN DEL PAGO HECHO A UN INCAPAZ

Es regla general que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada, ya sea que se trate de declaración de nulidad de un contrato nulo o de un contrato anulable, da a las partes derecho a restituirse mutuamente aquello que se han pagado.

El antivínculo es la nota característica tanto del contrato nulo como del anulable declarado nulo, por lo que las partes están obligadas a devolverse recíprocamente aquello que se han pagado. Esta regla reconoce la excepción expresamente establecida en el art. 228, según el cual nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de un *acto anulado* (el art. 228 impropiaemente habla de *obligación anulada*), sino en la parte que se hubiera convertido en su provecho. La excepción alcanza solamente a los incapaces, sean absolutos o relativos, quienes no están obligados a restituir lo que se les ha pagado durante su incapacidad en virtud de un contrato nulo o anulable por incapacidad, cuya nulidad ha sido declarada judicialmente, sino hasta la concurrencia de aquello que se hubiere convertido en su provecho

(ha servido para incrementar su patrimonio, pagar sus deudas, costearse sus estudios, etc.). Lo que el incapaz ha disipado sin provecho no está sujeto a repetición.

Si el contrato es de prestaciones recíprocas que se han ejecutado (ej., un contrato de compraventa nulo o anulable, en el cual se ha entregado el bien y se ha pagado el precio), si una de las partes es capaz y la otra incapaz, ésta solamente está obligada a devolver la parte de lo recibido que se ha convertido en su provecho; si nada aprovechó al incapaz porque todo lo malgastó, no devuelve nada. En cambio, la parte capaz, así no pueda repetir nada del incapaz, debe devolver a éste todo lo que de él recibió, pues si no se dio cuenta que estaba contratando con un incapaz, asume las consecuencias de su negligencia y si contrató sabiendo que la otra parte es un incapaz, actuó de mala fe o corrió un riesgo cuyas consecuencias le incumben. Y si ambos contratantes son incapaces, la ley protege por igual a ambos, cada uno devuelve solamente la parte que se hubiera convertido en su provecho.

12. MALA FE DEL INCAPAZ

Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del contrato, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad o anulabilidad (art. 229).

El beneficiado con la acción de nulidad absoluta por incapacidad absoluta, aunque la ley no lo diga expresamente, es en primer lugar el incapaz que lo puede hacer valer mediante su representante o él directamente una vez que ha cesado la incapacidad. El interés colectivo, público, protegido con la nulidad absoluta no excluye el interés particular del incapaz sino que lo comprende. La acción para que se declare la nulidad de un contrato anulable por incapacidad relativa está establecida en protección del interés del incapaz relativo. En uno y otro caso, la protección legal es del incapaz inocente de toda culpa o dolo, para librarlo de las maniobras desleales de que las personas capaces, aprovechándose de la inexperiencia, ingenuidad, ligereza o debilidad de aquel, pudieran hacerle víctima de sus relaciones jurídicas. Pero, este beneficio no puede subsistir cuando el incapaz ha obrado de mala fe, valiéndose de maniobras engañosas para ocultar su incapacidad con el fin de inducir a otro a la celebración de un contrato, lo que revela que posee una astucia que no es compatible con la presunción de inexperiencia, ingenuidad, ligereza o debilidad que sustentan la protección legal; en cuyo supuesto la ley no lo protege más, negándole el derecho, tanto a él como a sus herederos o cesiona-

rios, de alegar la nulidad del contrato contra la parte capaz que le exige su cumplimiento.

El que se oponga a la acción de nulidad o anulabilidad por incapacidad deberá probar la mala fe del incapaz, por haber procedido ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto. Para que la oposición a la acción de nulidad o anulabilidad por incapacidad sea exitosa es necesario que la mala fe del incapaz haya sido determinante para que la parte capaz tome la decisión de celebrar el contrato, pues de no haber sido por las maniobras que han ocasionado la ocultación de la incapacidad no lo hubiera celebrado.

LA FUNCIONALIDAD DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO PARA LA INVALIDACIÓN DE LOS CONTRATOS

Por Gerson L. BRANCO⁽¹⁾

SUMARIO: Introducción. 1. invalidez y funcionalidad. 1.1 Función y finalidad en el contexto del derecho privado. 1.2. El contrato como elemento de transición entre la vida social y el mundo jurídico. 2. Control de la validez de los contratos con fundamento en la función social de la libertad contractual. 2.1. Control del objeto por el legislador. 2.2. De la tipicidad social y del desvío social típico. 3. Funcionalidad típica y desvío social típico en la perspectiva de la jurisprudencia brasileña. 3.1. Pacto comisorio ilícito. 3.2. Leasing financiero y anticipación del valor residual garantizado. 3.3. Facturización de títulos de crédito. 3.4. Contrato de depósito como garantía y prisión civil del depositario infiel. 3.5. Caso de la soja verde. 4. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es tratar de uno de los factores del actual sistema de invalideces y, consecuentemente, de parte de los casos de ineficacia en el ámbito del Derecho Contractual provocado por dos transformaciones substanciales ocurridas a fines del siglo XX e inicio de este siglo, tomándose como referencia especial el Derecho brasileño.

La transformación ocurrida fue el alejamiento definitivo de la clásica regla del Derecho francés según la cual no hay nulidad sin previsión legal (*pas de nullité sans texte*) para un nuevo paradigma, basado en la construcción de cláusulas generales de control de la invalidez de los negocios jurídicos y de los contratos en especial, por las cuales

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica *do Rio Grande Do Sul*, Brasil y de la Universidad *do Oeste de Santa Catarina*, Brasil.

tales estructuras tienen vistas a realizar una concepción funcional de contrato.

En otras palabras, este texto enfoca en reflexionar sobre como se da el proceso de invalidación de los contratos con fundamento en la funcionalidad de la libertad de contratar.

Se parte del presupuesto que la funcionalidad del contrato está vinculada directamente a la libertad contractual. El contrato sirve para que los particulares auto-reglamenten su vida privada, pudiendo con él realizar adquisición y alienación de sus bienes en general, según los deberes que fueron determinados por el acto voluntario que le da origen.

La funcionalidad y el propio significado de la expresión “función” necesitan desvendarse como parte del objetivo de este artículo en vista de la utilización reiterada de la idea de funcionalidad sin un sentido que se pueda considerar como unívoco.

Si por un lado hay concepciones extremadamente restrictivas de la funcionalidad, pretendiendo transformarla en simple límite de la autonomía privada, para que sea considerada únicamente un instrumento de control de la libertad de estipulación⁽²⁾, por otro lado, existe el riesgo de alargamiento de la funcionalidad, mediante interpretación extensiva que transforma la cláusula general de la función social de los contratos en verdadera norma en blanco, retirando su peculiaridad dogmática para transformarse en parte de un discurso jurídico-político por la realización de una supuesta justicia social.

Por esa razón, este artículo busca trazar elementos para la construcción dogmática de los parámetros que permitan la aplicación de las reglas respecto de la invalidez e ineficacia en el nuevo contexto histórico de la funcionalidad del contrato para construcción de su sentido y de los límites de su aplicación.

1. INVALIDEZ Y FUNCIONALIDAD

La problemática de la relación entre invalidez y funcionalidad depende del examen de dos aspectos centrales. El primero (1.1) es la rela-

(2) AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o novo Código Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, dez./2002, v. 68, p. 7 e s.; HIRONAKA, Giselda María Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 68, dez./2002, p. 79 e s.; BÉO, Cíntia Regina. *Contratos*. São Paulo: Harbra, 2004, p. 40 e s.; JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90; FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 76.

ción entre función y finalidad en el Derecho Privado contemporáneo y el segundo (1.2) es la atribución al contrato de una “factualidad social” que le transforma en cierta medida en referencia para la producción de las reglas para definir las hipótesis de invalidación por problemas en su funcionalidad.

1.1. Función y finalidad en el contexto del derecho privado

La última década se ha caracterizado por una tendencia de aumento continuo de la complejidad de la vida social. Cuanto más avanza la tecnología de la información y aumentan los niveles de interacción social, tanto en los ordenamientos nacionales como en el plano internacional, pero el legislador ha usado de la técnica legislativa de las cláusulas generales y del recurso a la funcionalidad, superando la discusión de mediados del siglo pasado que contraponía una visión estructuralista a una visión funcionalista del derecho⁽³⁾.

Se parte de la contribución de Bobbio al considerar que la amplitud de la autonomía privada en el Estado Liberal corresponde a una función promocional de la actividad económica y de la circulación de bienes. La limitación a la libertad contractual es la restricción a la esfera del “dejar hacer”: la vía de la restricción coactiva de la libertad de actuar está de acuerdo con la función promocional, pues estimula a los particulares a realizar las actividades que continúan no prohibidas⁽⁴⁾.

Siguiendo la línea del pensamiento de Bobbio, el modelo jurídico de la *funcionalidad de la libertad contractual* es instrumento promocional de acciones que estén de acuerdo con la principiología del ordenamiento, por lo tanto con la función coactiva de prohibir contratos en el ámbito de la circulación de bienes contrarios a los intereses sociales, o de estimular contratos que estén según los intereses sociales. O, según presenta Francisco Amaral, la funcionalidad significa que el Estado se preocupa con la eficacia social de determinado instituto jurídico, que, en el caso de los contratos, representa su condicionamiento a la utilidad social que la circulación de bienes puede representar⁽⁵⁾.

(3) Bobbio hace análisis de la concepción de kelseniana respecto de la relación entre estructura y función, acentuando que Kelsen relega el examen de la función para los sociólogos y filósofos, cabiendo al jurista solamente el análisis estructural. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, ps. 63 y ss.

(4) BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*, p. 80.

(5) AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 357.

Por eso, el contrato es considerado medio, instrumento o aún mismo *proceso* para que sean alcanzados determinados fines⁽⁶⁾, en el rastro de que la funcionalidad de la libertad contractual se da como parte del proceso de funcionalidad del Derecho Privado que tiene en su ámago una concepción de autonomía privada que en las palabras de Betti, “tal como los derechos subjetivos, también los poderes de autonomía, efectivamente, no deben ser ejercidos en oposición con la función social a que son destinados...”⁽⁷⁾.

Función y finalidad acaban exigiendo un pequeño paréntesis no sólo por su presencia en todas las discusiones respecto de la funcionalidad, pero en especial porque en el Derecho brasileño acabaron asumiendo papeles distintos en relación al tratamiento de la invalidez y de la ineficacia, por fuerza de la utilización de tales expresiones en la reglamentación de diversas materias, en especial en los artículos 187 y 421 del Código Civil brasileño. El primero trata de la “finalidad económica y social” de los derechos y segundo “función social” de los contratos.

La distinción entre “función” y “finalidad”, cuando seguidas de la adjetivación social y económica, puede llevar a una verdadera confusión, que debe ser aclarada, ya que parece muy similar, sino idéntico, afirmar que la libertad de contratar debe ser ejercida en razón y en los límites de su finalidad social, así como de su función social.

Evidentemente que, al hacer un análisis de la función, no se puede olvidar la importancia del adjetivo “social”, teniendo en vista que la cláusula de la función social tiene por principal objetivo realizar el principio de la sociabilidad. A pesar de eso, el análisis de la función es indispensable para que se pueda dimensionar técnicamente el ámbito

(6) ORLANDO DE CARVALHO considera que el negocio jurídico es un “proceso” para “la libre obtención de objetos individuales”. El carácter instrumental sirve para evitar los excesos de la libertad individual y para funciones idóneas bajo el punto de vista colectivo. CARVALHO, Orlando de. “Negocio jurídico indirecto”. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 1951, suplemento X, p. 32.

No hay un esclarecimiento mayor sobre el significado del negocio jurídico como proceso, pero en el conjunto de la obra se percibe la comprensión de que el negocio jurídico se forma por un *iter*, no en el sentido de LARENZ o CLÓVIS DO COUTO e SILVA, que, a partir de las fases del negocio jurídico, concluyen por su totalidad concreta, pero en el sentido de un “todo orgánico”, que posee “cohesión e individualidad” a partir de sus elementos, en especial por el entrelazamiento de la causa y de su tipicidad.

(7) BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*, v. I, p. 334.

de incidencia del artículo 421, con la finalidad de evitar que el “social” sea el abrigo de la utilización indiscriminada de la cláusula general⁽⁸⁾.

Siempre que se hace un análisis normativo y se busca la “función” de determinado instituto, esta se hace por medio de la identificación de su “teleología”. En otras palabras, un análisis funcional busca descubrir “para qué cosa el derecho sirve” y no “como se hace el derecho”⁽⁹⁾.

Eso puede ser visto desde las primeras manifestaciones de la función social, a partir del pensamiento de Ihering, Cimbali, Betti, Roppo, etc.⁽¹⁰⁾, que evidencian la vinculación entre el análisis funcional y el estudio de la finalidad de los institutos y modelos jurídicos.

Saber para qué una cosa sirve significa buscar saber cual es su finalidad y, e también, su función.

Función y finalidad no son sinónimos, pero están vinculadas a un mismo fenómeno, que es el estudio de los modelos jurídicos a partir de las consecuencias que pueden ser producidas.

Mientras la noción de función es usada para describir el carácter instrumental del modelo, que sirve para determinados fines, la expresión “finalidad” describe los propios fines para los cuales el instrumento debe ser usado.

En otras palabras, la diferencia entre el estudio de la función social y de la finalidad económica y social está en la perspectiva del jurista en el análisis del fenómeno jurídico en relación a los resultados prácticos del acto: el jurista que estudia la función tiene su enfoque sobre el instrumento para alcanzar determinados fines, verificar si el instrumento está sirviendo para fines predeterminados, su validez y eficacia condicionada por la funcionalidad; el jurista que estudia los fines tiene

(8) De extrema pertinencia la observación hecha por MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social*, p. 18, según la cual “toda función es una competencia dirigida a una finalidad. En la interpretación de la expresión *função social* el problema no está en el sustantivo, pero en el adjetivo. ¿Que significa exactamente el *social* que califica la función?”.

Nuestra perspectiva en este artículo es otra: ¿Que significa función? La cuestión de la sociabilidad tratamos en la obra BRANCO, Gerson Luiz Carlos y MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

(9) BOBBIO, Norberto, ob. cit., p. 63: “In parole povere, coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati molto di più sapere ‘come il diritto sia fatto’ che ‘a che cosa sirva’”.

(10) Respecto al pensamiento de Ihering, Cimbali, Betti, tratamos en nuestra obra BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

su enfoque sobre los efectos, no por la contraposición al instrumento, pero en relación a la norma que predetermina los fines a alcanzarse por el instrumento.

Y en ese aspecto tenemos una división clara respecto de la forma como la funcionalidad afecta el estudio de la propia teoría de los negocios jurídicos y de los mecanismos de control de la validez y eficacia de los contratos.

Tiene utilidad estudiar la función social de los contratos porque el contenido de los derechos y deberes se define por un acto de autonomía. Es relevante controlar el cumplimiento o no de la función social, para que se pueda valorar el precepto nacido a partir de la declaración de negocio y se identifiquen los efectos enfocados por las partes y los efectos permitidos por el ordenamiento. Está en discusión la validez del precepto, para que se conozcan los efectos del acto.

Ya el derecho subjetivo, cuando se considera aisladamente, es instrumento cuya eficacia se determina directamente por la ley o por acto que no es objeto de litigio. Aún derechos decurrentes de contratos pueden ser ejercidos contra la finalidad económica y social, como es el caso del derecho de resolver el contrato⁽¹¹⁾. En tal hipótesis no se cuestiona el cumplimiento de la función social del contrato, pues el precepto es válido o no será objeto de indagación. El problema puesto es identificar los casos en que el derecho no tiene la eficacia prevista en el ordenamiento en razón del hecho de su ejercicio darse contrariamente a la finalidad para la cual el derecho nació. Está en discusión la extensión y las condiciones para la eficacia de determinado derecho, nacido a partir de un acto válido.

(11) La jurisprudencia brasileña ha reiteradamente limitado el ejercicio del derecho de resolver el contrato mediante la aplicación de la teoría del cumplimiento substancial, con fundamento en la incompatibilidad entre los medios y los fines. O sea, la finalidad del derecho de resolver es promover el equilibrio, para evitar que el deudor se quede con la prestación de la parte contraria y con la suya. Resolver el contrato cuando hay cumplimiento substancial tiene como resultado fin opuesto al que tiene el instituto, ya que el acreedor queda con ambas prestaciones. Ejemplo de tales decisiones es la proferida por el Superior Tribunal de Justicia, RESP 469577/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado do Aguiar Jr., j. 25.03.2003, *www.stj.jus.br*. A propósito de la materia, véase el texto de PETEFFI da SILVA, Rafael. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado*, ano XXII, n, 68, Diciembre de 2002, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil. (arts. 304-420)*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Como se dijo anteriormente, el fenómeno es el mismo; la diferencia es de perspectiva.

Sin embargo, esa diferencia de perspectiva tiene consecuencias dogmáticas substanciales, ya que la funcionalidad afecta los actos de autonomía privada en el plano de la validez, mientras que afecta el ejercicio de posiciones jurídicas subjetivas en el plano de la eficacia.

Continuando con el ejemplo del Derecho brasileño, las cláusulas generales del artículo 187 y del artículo 421 del Código Civil no inciden sobre los mismos hechos y en las mismas circunstancias, aunque sean disciplinadas por la misma principiología: sociabilidad y funcionalidad.

La diferencia entre ambas está en el ámbito de la incidencia, pues la disposición de la parte general se vuelca al ejercicio abusivo de los derechos, sean de naturaleza contractual o no, mientras que la cláusula del artículo 421 trata del contrato. O sea, el artículo 187 incide sobre el ejercicio de los derechos que se refieren a la eficacia de los contratos, el caso del límite al ejercicio del derecho de resolver los contratos cuando hay cumplimiento substancial, pero no se puede aplicar la función social de los contratos sobre otras áreas, excepto en el ámbito del derecho contractual.

En síntesis, se puede decir que la funcionalidad es el nuevo paradigma del control de la validez y eficacia de las disposiciones contractuales. Tomándose el Derecho brasileño como referencia, la función social de los contratos se eligió como mecanismo para control de la validez de disposiciones contractuales, mientras que la idea de finalidad económica y social se tomó como limitador al ejercicio de posiciones jurídicas subjetivas y, por lo tanto, de limitador de la eficacia de derechos derivados o no de contratos, pero con aplicación predominante en el derecho contractual.

En ambos casos la ley brasileña no arrolló una lista positiva o negativa de hipótesis, pero otorgó al Juez el poder de construir en el caso concreto la norma particular a través de dos diferentes cláusulas generales⁽¹²⁾. Aunque consistiendo la cláusula general en un instrumento extremadamente útil para la dogmática, se debe recordar y eso será demostrado a continuación, que el proceso de funcionalidad no de-

(12) Desde ya se acoge la crítica y el alerta hecho por LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 74, respecto de la distinción entre el juez ideal y el juez real.

pende de tal técnica legislativa, pues se trata de realidad presente en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos en mayor o menor grado, realizándose por medio de principios jurídicos y aún mismo a través de leyes de control de objeto, como se tratará adelante.

1.2. El contrato como elemento de transición entre la vida social y el mundo jurídico

La perspectiva de esta investigación toma una línea del pensamiento de Joaquim de Sousa Ribeiro en el análisis de la libertad de contratar, mediante la comprensión de que “autodeterminación” y “funcionalidad” son elementos inherentes a la “autonomía privada”. Aunque la autodeterminación tenga carácter intencional, hay situaciones en que son creados deberes de manera paralela a la voluntad de las partes, sea por problemas en el proceso de formación del contrato, por la preservación de la confianza o por otros principios jurídicos. En esa hipótesis el ordenamiento no acoge integralmente la voluntad, operando vectores funcionales en razón de las exigencias de reglamentación de las relaciones económicas. El aspecto funcional deja su latencia en razón de la necesidad de una “ordenación social equilibrada”⁽¹³⁾.

La perspectiva presentada y sintetizada en el párrafo arriba tiene un presupuesto, que es la transformación del modelo legislativo vigente desde el Código de Napoleón hasta mediados de la segunda mitad del siglo XX que era basado en el paradigma de un Código Civil cerrado y totalizador. La técnica legislativa de antaño fue superada por un modelo abierto y flexible, no totalizador en qué sistema de Derecho Privado es estructurado a partir de cláusulas generales y principios jurídicos cuya permeabilidad es la nueva realidad del Derecho Privado⁽¹⁴⁾.

(13) RIBEIRO, Joaquim de Sousa. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 46 e 47.

(14) Respecto del proceso de apertura del sistema, bien como la crisis del modelo exegético, ver, entre otros LARENZ, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. ENGISCH, así como MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, n. 112, ps. 13/32.

Las cláusulas generales describen hechos de manera genérica que no permiten la construcción de un silogismo perfecto con subsunción automática de los hechos del mundo con los hechos descriptos en abstracto en la norma. Para su aplicación es necesario que el juez construya la regla del caso concreto llevando en consideración las peculiaridades del caso y el principio que se quiere realizar a través de la cláusula general, dentro de los límites dictados por el legislador.

La concepción de un sistema axiológico en que el papel del legislador es transformado para el de ser un fijador de los grandes padrones y parámetros de legitimación del ordenamiento, permite que los padrones sociales de moralidad del tráfico económico se transformen en normas jurídicas por la formulación de reglas para el caso concreto a partir de la aplicación de cláusulas generales⁽¹⁵⁾.

Aquello que bajo los auspicios del viejo Derecho Civil sería una laguna pasa a ser visto como una “falla de mercado”, decurrente de las insuficiencias regulatorias de las relaciones económicas, consistiendo en oportunidad para la creación de la norma del caso concreto por medio de la actividad judicial. En esos casos, en vez de normas particulares dictadas por el legislador, el juez utilizará “nuevos conceptos dogmáticos, tales como fin contractual, función y organización, que regulan la definición substantiva de los presupuestos de la conducta”⁽¹⁶⁾.

Esa doctrina, surgida en el contexto de la ampliación de la actuación judicial en la construcción del Derecho Privado llega a afirmar que a partir de esos elementos el juez puede decidir en razón de las “exigencias funcionales” contra el propio consenso de las partes⁽¹⁷⁾.

Además de eso, la disciplina del contrato por medio de cláusulas generales promueve una “sociabilización” y una “factualidad social” del derecho contractual⁽¹⁸⁾.

Tratamos sobre el tema de *A linguagem do Código Civil: a técnica das cláusulas gerais como instrumento de funcionalização e realização da socialidade e eticidade*, en la obra BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

(15) LORENZETTI, R. L. *Fundamentos...*, ps. 402/406.

(16) La expresión “fallas de mercado” es de TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 241.

(17) TEUBNER, Gunther, ob. cit., p. 241.

(18) La radical concepción funcionalista de Gunther TEUBNER apunta que los grados de diferenciación social entre las diversas esferas provoca la formación de sistemas y subsistemas. Considera el contrato como un sistema auto-referencial que mantiene relación de interdependencia con la política, economía, familia, cultura y religión. En ese contexto, la función de los contratos es la de estabilizar la interdependencia sistémica y la determinación normativa de riesgos futuros. Independientemente de la crítica de TEUBNER al contrato relacional y de su apego extremo a la idea de sistema autopoiético, sus afirmaciones son importantes para que se evidencie la relación entre la creación jurisprudencial y respectiva dependencia de elementos sociológicos, también valorizados por LUHMANN, a partir de las cuales se deduce que en el contrato existen expectativas recíprocas y complementarias que influyen en la definición jurídica de las obligaciones contractuales. TEUBNER, Gunther, ob. cit., ps. 237/240. “Complementaridade e reciprocidade das expecta-

Esa factualidad social del Derecho Contractual no es una invención de los juristas, pero resultado de exigencias económicas y tecnológicas que solamente se presentaron contemporáneamente⁽¹⁹⁾.

En el inicio del siglo XX los contratos se resumían básicamente en aquello que conocemos como “contratos típicos”, cuyo papel de la compra y venta era dominante en todas sus modalidades. La tipicidad era cuñada de forma muy lenta. Algunos de los tipos contractuales previstos en los Códigos Civiles eran herencia del viejo Derecho Romano.

Esa realidad generaba básicamente dos únicas exigencias: verificación de las reglas legales puestas en el código respecto de forma, cuya desobediencia resultaba en la invalidez o si había libertad en el acto de declaración de voluntad.

Si la voluntad era libre, considerada la libertad como ausencia de coacción, error o dolo, los tradicionales vicios de la voluntad, solamente el acto podría ser fustigado con la invalidez o ineficacia si estuvieran presentes vicios sociales, como eran la simulación o el fraude contra acreedores.

tivas e consistência das condutas são os mecanismos essenciais da formação de normas que influenciam a definição jurídica das obrigações contratuais”.

(19) La jurisprudencia ha recibido esa concepción de contrato, reconociendo las transformaciones sociales en algunas decisiones. Ejemplo de eso es la decisión cuya nota es la continuación transcrita: TJRS, Emb. Infringentes n. 599178050, 9º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior, j. 17.09.1999. “Consórcio. Contemplação por sorteio. Opção por sorteio. Opção por outro bem. Falência da concessionária. Autorização de faturamento do veículo em nome da concessionária. Não recebimento do bem pela consorciada. Responsabilidade solidária da administradora do plano consorcial. Código de Defesa do Consumidor. 1 - a pretensão de direito material enquadra-se albergada no contrato de adesão a grupo de consórcio, cuja qualificação da fornecedora emerge cristalinamente como sendo a administradora, prestadora do serviço, integrante do grupo econômico Autolatina Volkswagen. 2 - A obrigação imposta a consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se o princípio da boa-fé a garantia do exercício do direito. Aplicação dos artigos 30 e 54 do Código de Defesa do Consumidor. 3 - A responsabilidade solidária da administradora configura-se no fato de a concessionária permitir a modificação do pedido, com suporte na marca do grupo econômico Volkswagen, conduzindo o negócio sob a confiança do consumidor. Inteligência do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Hipótese concreta em que a relação jurídica consorcial reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade denominada de *pós-moderna*, reflexiva a globalização e acumulação de riquezas e bens intangíveis, conquanto reservado ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação a prestação contratual, ou mesmo a resolução do contrato. 5 - Embargos infringentes providos, por maioria”.

Lo mismo no nos ocurre cuando el hombre contemporáneo contrata, pues la dinámica de la vida social es extremadamente veloz y no permite que aquel que contrata conozca en toda la extensión los efectos económicos, fácticos y jurídicos del acto practicado.

El proceso de *tipificación social* es muy rápido así como también es la velocidad de los medios de comunicación y transporte. De la misma manera son extremadamente ágiles los actores económicos en la conformación de los *desvíos socialmente típicos*, que son formas reconocidas empíricamente, con atributos sociales típicos y desvíos con resultados gravosos y no equitativos. Ese desvío típico también es acompañado por un perjuicio típico, “observable en la práctica de negocio”, que demuestra que se desvirtúa la función de ordenación de la autonomía privada⁽²⁰⁾.

Por eso, cuando alguien compra un pasaje aéreo el pasajero sólo tiene una alternativa: confiar que todo el sistema tecnológico y las personas que están trabajando van a actuar según lo previsto. No hay condiciones mínimas de dimensionamiento de los riesgos del transporte: se confía en el proyectista del avión, en el armado, en la revisión, en la precisión del piloto, etc.

Aunque se pueda discutir la validez de la “declaración de voluntad” del contrato de transporte de personas por medio de aeronaves, tal discusión puede no tener cualquier relevancia.

Es necesario en primer lugar entender como se da el proceso de captación de la confianza del pasajero, que no solamente cree en personas determinadas, pero cree en el propio sistema, que es extremadamente complejo y al mismo tiempo anónimo, pues el consumidor celebra los contratos por medio de personas que, aunque amables, poseen rostros anónimos y no son responsables personalmente por el cumplimiento del contrato⁽²¹⁾.

Interesa, sin embargo, discutir la validez del reglamento contractual de adhesión, no para verificar la *libertad de la declaración*

(20) El método de verificación, por lo tanto, de las condiciones de intervención, se basa en la verificación empírica de adecuación de una generalidad de situaciones de negocio típicas en que ocurre la distorsión funcional de la libertad contractual. Para eso, es necesario “integrarse el contrato concreto en una categoría de contratos” en que las condiciones de negocio son similares para aplicación de determinada disciplina jurídica, y, así, hacer el control del contenido del contrato a partir de los parámetros valorativos respectivos. A propósito ver RIBEIRO, Joaquim de Sousa, ob. cit., ps. 174/176.

(21) LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista Direito do Consumidor*, n. 35, p. 11.

de voluntad, pero para identificar una relación entre medios y fines.

Aunque pueda parecer fuerte, tal vez la expresión que mejor explique el problema puesto arriba es la circunstancia de que los **hechos sociales dominan el contrato**, ya que los fines normalmente enfocados por los grupos sociales que se utilizan por tal medio de transporte son los únicos medios que se tienen para verificar la compatibilidad entre los valores sociales y los principios jurídicos positivados y el reglamento contractual presentado por la compañía aérea.

Eso lleva a la funcionalidad como instrumento de control de cláusulas en contratos de adhesión o condiciones generales, actividad que ha sido acogida de forma expresa por las más diversas legislaciones que tratan del Derecho del Consumidor⁽²²⁾.

Sin embargo, esa problematización apenas nos explica la funcionalidad y aclara un problema central del tema invalideces, que es el proceso de *juridificación* de los hechos o, como decía Pontes de Miranda, del pasaje del contrato del mundo de los hechos para el mundo jurídico⁽²³⁾.

A ese propósito, doctrinadores como Natalino Irti⁽²⁴⁾ y Galgano⁽²⁵⁾ hacen críticas a las concepciones que tratan de la circulación de ese modelo en dos realidades, tratando eso como problema teórico de construcción dirigiéndose fuertemente a aquella que tal vez haya sido

(22) Artículos 46-54 del Código de Defesa do Consumidor brasileño, Arts. 38 y 39 de la ley de Protección al consumidor Argentina, Art. 24 de la ley de Protección al Consumidor paraguaya, art. s 28 y 29 de la ley uruguaya, etc.

(23) MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado do direito privado*. São Paulo: RT, 1974, v. 1.

(24) La crítica de Irti se hace originalmente al pensamiento de Emílio BETTI, *verbis*, “Como è possibile, a questo punto, ricondurre il negozio nella sintesi normativa? Conciliare la logica dell'autonomia privata - che apre il mondo del diritto al sottostante piano sociale - e la logica della fattispecie, chiusa nel ritmo delle norme?”. IRTI, Natalino. *Letture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 17.

(25) IRTI, Natalino, ob. cit., p. 31. CALASO hace el análisis de la crítica de Betti al “dogma de la voluntad” tal cual elaborado por la pandectística alemana. Al hacerlo, afirma que: “dejando de lado el riesgo de tautología, se pone en segundo plano propio del acto de voluntad que es el hecho concreto del cual reconducimos con un proceso inductivo al concepto de autonomía... en ese proceso dialéctico del cual nace el negocio, no es conveniente afirmar que a voluntad esté en segundo plano, mientras que en el primer plano está el reglamento de interés dispuesto para el futuro...”. Traducción libre. CALASO, Francesco. *Il negozio giuridico - lezioni di storia del diritto italiano*. 2, Ed. Milano: Giuffrè, 1967, ps. 27/40.

la principal construcción teórica del siglo XX respecto del negocio jurídico, que fue la teoría del negocio jurídico de Emilio Betti, al afirmarlo como acto de autonomía privada que hace parte de la vida de relación y solamente entonces, pero sin perder tal condición, pasa a ser tratado como hecho jurídico⁽²⁶⁾.

Aunque sirviéndose de matriz teórica distinta de aquella de Betti, Teubner acentúa que esa es la característica esencial del contrato y su función: servir como eslabón de conexión entre el sistema social y económico con el sistema jurídico, para garantizar estabilidad y previsibilidad en relación a los riesgos futuros en las relaciones intersubjetivas, lo que es muy bien sintetizado en la expresión de que el contrato actúa como “islas de estabilidad en un mar de turbulencias”⁽²⁷⁾.

En otras palabras, la teoría de las invalideces pasó a ser afectada directamente por la funcionalidad del contrato que pasa a ser tomado por el Derecho Contemporáneo como un hecho social que ya en el plano social posee un carácter regulatorio, o ‘preceptivo’.

Esa naturaleza doble del contrato es el grande desafío para la construcción de una nueva teoría de las invalideces, pues los esquemas tradicionales fueron contruidos para barrar efectos que jurídicamente no son admisibles bajo el punto de vista jurídico. Tal vez lo que mejor expresa ese problema de transición es la célebre afirmación de que Pontes de Miranda se transformó en “portero del mundo jurídico”, ya que la norma dice cuales son los hechos que pueden ser recepcionados y los que no pueden pasar por los planos de la validez o eficacia.

El desafío está en la circunstancia de que el contrato como hecho social produce las reglas. ¿Y cómo examinar la validez de un contrato a partir de las reglas sociales construidas en el seno de la libertad contractual?

2. CONTROL DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS CON FUNDAMENTO EN LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Las tradicionales formas de invalidación de los contratos partían del análisis estructural de la relación contractual, evidenciando crédi-

(26) “Chi osservi lo svolgersi della vita di relazione in ogni società che abbia raggiunto un sufficiente grado di civiltà, trova che gli interessi privati esistono in essa indipendentemente dalla tutela del diritto, e che l’iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto di tali interessi, esplicandosi non sólo nell’aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggjarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell’ordine giuridico”. BETTI, Emilio. *Negoziio giuridico*. In: *Novissimo digesto italiano*, p. 209.

(27) TEUBNER, Gunther, ob. cit., p. 242.

to y débito, con carácter neutro en relación a los sujetos, cuya libertad del acto de “declaración de voluntad” era el elemento central. Ya el control de la validez de los contratos a partir de una perspectiva funcional establece una vinculación entre la relación de crédito y débito y su origen, que no es más una “declaración de voluntad”, pero su causa y, por eso, a partir de la función práctico-social a la cual corresponde y que expresa su disciplina, hay la definición de los derechos, obligaciones y poderes del acreedor⁽²⁸⁾.

Para intentar responder la cuestión puesta en el final de la parte anterior, presentamos dos caminos que se pueden visualizar como formas de construcción de una nueva dogmática de las invalideces en que la funcionalidad de la libertad contractual pasa a ser, si no el principal, uno de los principales factores de invalidación.

2.1. Control del objeto por el legislador

Evidentemente, el control de la funcionalidad hasta recientemente se hacía directamente por el legislador, que tutelaba la función de manera directa, estableciendo el “objeto”, como en el caso de las reglas sobre locación y sobre el contrato de mutuo para financiación habitacional⁽²⁹⁾.

Ejemplo de eso es la sección IX de la ley brasileña del inquilinato (Ley n. 8.245/91), destinada a regular las “nulidades”, al decir en un único artículo que: “Son nulas de pleno derecho las cláusulas del contrato de locación que tengan vistas a elidir los objetivos de la presente ley, notoriamente las que prohíban la prorrogación prevista en el art. 47, o

(28) La búsqueda de la función está relacionada al “aspecto causativo”: “Ella asume una disciplina según su causa, la cual es expresión de su disciplina: el aspecto funcional y aquél causativo expresan la misma exigencia, esto es, individuar y completar una relación entre situaciones subjetivas. El acreedor, según sea la causa una u otra, tiene, o no, determinados poderes, obligaciones...”. PERLINGIERI, Pietro, trad. de María Cristina de Cicco. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117.

(29) En el mismo sentido de asociar la concepción de “función” mientras que “finalidad” es el entendimiento de Luis Renato Ferreira da Silva: “A idéia de função está presente no direito, no plano da compreensão global, quando se pensa em que o conjunto de regras positivas deve ter um tipo de finalidade e buscar alcançar certos objetivos. [...] Ao supor-se que um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função”. FERREIRA DA SILVA, Luis Renato, ob. cit., p. 134.

que alejen el derecho a la renovación, en la hipótesis del art. 51, o que impongan obligaciones pecuniarias para tanto”.

O sea, el interés económico socialmente típico fue identificado y tutelado de manera directa por el legislador, en una cláusula general de protección del objeto contractual.

Se trata de un caso clásico en que se está atendiendo una exigencia social de retirar del “área del juego y de la procura y de la oferta de aquellos bienes y servicios que, en número siempre creciente, son destinados a satisfacer exigencias esenciales de los individuos”, o en aquellos casos en que “la recusación se demuestre, en las circunstancias de cada caso, dañosa a la dignidad humana y a la efectiva igualdad y libertad”⁽³⁰⁾.

El legislador también define el objeto de manera indirecta por medio de expresiones que no son explícitas, unívocas y taxativas, como son los casos de la “naturaleza del bien, la peculiaridad de los sujetos, etc.”⁽³¹⁾.

Esas formas indirectas de funcionalidad están vinculadas en gran medida con causas de invalidez, como es el caso de la regla del art. 473 del Código Civil brasileño que toma en consideración la “naturaleza y la suma de las inversiones” como determinante para la validez de cláusula contractual que fija plazo para la denuncia unilateral del contrato en determinado plazo.

O sea, el Código Civil brasileño creó un mecanismo para negar la validez de disposición contractual que sea contraria a la naturaleza de la operación económica subyacente, debiendo el juez moldar los efectos del contrato teniendo en vista el aspecto causativo de la obligación.

A pesar de la reclamación ya presentada de Galgano y de Irti respecto de la utilización del contrato como elemento de transición, no se puede negar que es el propio legislador que manda considerar elementos fácticos en la calificación jurídica, acogiendo esa naturaleza doble del contrato a través de expresiones como el ya mencionado art. 473 del Código Civil brasileño en que la “naturaleza y la suma de

(30) PERLINGIERI, Pietro, traducción de María Cristina de Cicco. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 289.

(31) PERLINGIERI, Pietro, p. 292.

las inversiones” son elementos para invalidar cláusula contractual que permite denuncia del contrato en determinado tiempo⁽³²⁾.

A ese propósito son relevantes las ideas de Enzo Roppo, por su comprensión de que la función relevante del contrato no es propiamente jurídica, pero su instrumentación exterior, vinculada a la realidad económica.

El contrato es comprendido como fenómeno económico responsable por las relaciones de cambio y también como concepto jurídico. Éste es la veste jurídico-formal de aquél.

Eso significa que el contrato tiene doble dimensión, siendo la dimensión jurídica dependiente de la económica, no obstante tenga cierta autonomía que puede ser expresada de diversos modos y que está vinculada al sistema jurídico de derecho privado: el contrato es el instrumento para la circulación económica.

Sin embargo, al hecho corresponde la norma según la cual el contrato debe corresponder a la operación económica, lo que es evidenciado por la imposibilidad de darse contrato sin operación económica, aunque pueda existir operación económica sin contrato⁽³³⁾.

Además de eso, la funcionalidad contractual no se caracteriza por la simple necesidad de correspondencia de la veste jurídica a la operación económica, pero por la actuación estatal que por medio de la tipificación legal de los contratos interfiere en las relaciones económicas para alcanzar determinados fines, orientados por razones de política jurídica⁽³⁴⁾.

(32) El origen de tal disposición transcurre de la experiencia jurisprudencial en torno del contrato de Distribución Mercantil, cuando inversiones substanciales eran realizadas y los plazos contractuales eran exigüos. La jurisprudencia brasileña desde mediados de la década de 1970 pasó a considerar tales plazos abusivos por la inconformidad con la naturaleza de la operación económica, en especial en los casos de distribución de bebidas, combustible, etc. Sobre la materia ver REALE, Miguel. Código Civil. *Anteprojetos com minhas revisões, correções, substitutivos e acréscimos*. Texto inédito, não publicado, parcialmente manuscrito, s. d. REALE, Miguel. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997. REALE, Miguel e outros. *Anteprojeto de Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos, 1972.

(33) ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 19.

(34) ROPPO cita como ejemplo la intervención en el ámbito de los contratos agrarios, ley del inquilinato y leyes de protección del consumidor, concluyendo que “el derecho de los contratos no se limita a revestir pasivamente la operación económica de un velo legal *de por sí* no significativo, a representar a su mera traducción jurídico-formal, pero, frecuentemente, tiende a incidir sobre las operaciones eco-

La característica instrumental del contrato como mecanismo para realización de fines políticos exteriores a operación económica, y también conformador de las relaciones económicas bajo el punto de vista macroscópico, caracteriza su autonomía como concepto jurídico y también aporta autonomía al derecho de los contratos.

Y, en ese sentido, la idea de funcionalidad y una cláusula general de la función social de los contratos como es la del art. 421 del Código Civil brasileño también sirve como un instrumento de invalidación de las disposiciones contractuales cuando el instrumento contractual no tiene correspondencia con la operación económica subyacente.

El art. 421 del Código Civil brasileño contiene definición general de objeto al determinar que “la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social de los contratos”.

Las tres hipótesis arriba pasan por el análisis de la correspondencia entre el contrato y la operación económica subyacente, lo que genera una nueva pregunta: ¿cuando el juez puede identificar la correspondencia o falta de correspondencia?

La respuesta no es fácil y consiste en una de las cuestiones centrales del problema de la invalidación con fundamento en la funcionalidad del contrato, lo que nos remite a la idea de función social típica.

2.2. De la tipicidad social y del desvío social típico

La proposición de este trabajo es de que además de la fijación directa (ley del inquilinato), indirecta (naturaleza o suma de las inversiones) o general (cláusula general del art. 421 del CCB) de la funcionalidad del contrato, las hipótesis generales de invalidación dependen de los conceptos de *función social típica* y *desvío social típico*, provistos respectivamente por Emilio Betti y Joaquim de Souza Ribeiro.

La invalidación de los contratos o de cláusulas contractuales a partir de la comprensión funcional del contrato se da por la compatibilidad entre los fines que se pretenden alcanzar por medio de la declaración de negocio, y los fines que típicamente son reconocidos como socialmente útiles y relevantes.

nómicas (o aún sobre su dinámica compleja), de modo a determinarlas y orientarlas según objetivos que bien pueden recibir el apodo de políticos *lato sensu*”. ROPPO, E, ob. cit., p. 23.

La funcionalidad como principio otorga al juez la legitimidad para investigar la “razón” de la celebración del contrato. Esa razón, bajo el punto de vista jurídico, no puede ser la razón individual, particular y subjetiva, que son los motivos del contrato, pero sí las razones que comúnmente acompañan a los contratos, la razón objetiva, que es identificada en nuestro ordenamiento como la causa del contrato⁽³⁵⁾.

La crítica tradicional a tal concepción está en el hecho de que Betti presupone una tipicidad social en todos los contratos. Eso tiene como óbice práctico la circunstancia de que todos los nuevos contratos conocidos como socialmente típicos solamente adquirieron tal característica luego de su incorporación al *modus vivendi* de dada colectividad. Sin embargo, antes de eso, en algún momento, fueron estricta novedad, fruto de la creatividad y del emprendimiento privado.

Esa crítica es inalienable.

O sea, los contratos tienen por característica la atipicidad y eso les da flexibilidad para que la libre iniciativa y la creatividad empresarial enriquezcan a cada día nuestra vida económica y jurídica con nuevos modelos y operaciones económicas, cuyo reflejo son nuevos contratos y nuevos modos de contactar⁽³⁶⁾.

La atipicidad legal es la regla. Eso es indiscutible. Asimismo, el sistema de control implantado con la cláusula general de la función social de los contratos pasó a exigir la adecuación funcional de estos, que impone el control de la tipicidad como mecanismo de validación del contenido socialmente útil, justo y libre. La libertad de contratar fue condicionada por la necesidad del cumplimiento de su función social, por eso los contratos necesitan tener un contenido reconocible como socialmente relevante y útil, siendo también indispensable que también realicen un acto de autodeterminación, ya que permanecen plenamente en vigencia las reglas que protegen la libertad de la declaración de voluntad.

(35) Queda superada la concepción según la cual el “elemento de categorial inderogable” es la estructura jurídica y no la función, que no podría influenciar en la producción de los efectos, pero solamente sobre la actuación del legislador, tal como sustentando por AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, ps. 148 e 149: “A função, portanto, influi enormemente como *ratio juris* da norma, mas não diretamente sobre o negócio”.

(36) El Derecho brasileño reconoció expresamente la posibilidad de creación de contratos atípicos en su art. 425 tal como el Código Civil italiano.

La diferencia entre tener como principio la funcionalidad o una cláusula general de la función social de los contratos y un sistema con fuerte carácter individualista no es la ausencia de control de los fines, pues ya se sustentaba que “el objeto atípico se debe justificar como digno de la tutela del derecho, reflejada cierta utilidad tanto particular como colectiva”. En sistemas con carácter social más resaltado como son los Códigos brasileño, italiano y portugués el control es “más apretado y eficaz”⁽³⁷⁾.

Una disposición como la del art. 425 del Código Civil brasileño⁽³⁸⁾ y el recuerdo de que la libertad de contratar no pierde su naturaleza al ser funcionada son mecanismos para que el carácter conservador del derecho no obstaculice el desarrollo social y, consecuentemente, jurídico⁽³⁹⁾.

La libertad contractual no es libertad para hacer lo que se quiere, pero el poder de ordenar los propios intereses en una dimensión social, en la cual no se puede dejar de comprender la esencial relatividad histórica de lo que se califica como “típico” según el ordenamiento vigente⁽⁴⁰⁾.

La naturaleza social del acto de contratar (vincularse) se da por la interpenetración de dos esferas de libertad. A partir del momento en que ocurre la declaración de negocio, o aún mismo antes, en el proceso de aproximación para celebración del contrato, la libertad individual cede lugar a un reglamento que sale de la disponibilidad de cualquiera de las partes y asume una connotación social, con una función a cumplir.

A ese respecto la concepción de Betti contextualiza que la función social típica no obedece más a esquemas rígidos como los romanos, en que el tipo del negocio era determinante para que se pudiera tener

(37) CARVALHO, Orlando de, ob. cit., p. 16.

(38) “Art. 425. Es lícito a las partes estipular contratos atípicos, observadas las normas generales fijadas en este Código”. El art. 425 tuvo origen en la disposición del art. 1.322, segunda parte, del Código Civil italiano. Basta leer ambas disposiciones para tenerse la comprobación.

(39) También se debe considerar que la disposición del artículo 425 contrasta con la regla de la tipicidad estricta de los negocios jurídicos unilaterales, lo que revela otra dimensión de la libertad contractual, que es su carácter social y cooperativo. No basta la declaración autovinculadora del sujeto para el nacimiento de una obligación válida, aunque haya plena libertad en el acto de voluntad, pues la tipicidad estricta de los negocios jurídicos unilaterales impide tal eficacia.

(40) BETTI, Emilio. *Negozio giuridico*. In: *Novissimo digesto italiano*, p. 216.

una *actio*, no habiendo cualquier esquematismo en relación a la tipicidad. Actualmente, las causas son típicas sin ser taxativamente indicadas por la ley, pero por ser “admitidas por la consciencia social, como correspondiendo a una necesidad práctica legítima, a un interés social duradero, y, como tales, son dignas de tutela jurídica”. Pueden ser determinadas por concepciones dominantes en la “consciencia social de la época, en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral”⁽⁴¹⁾.

Esa tipicidad social tiene la función de orientar y limitar la autonomía privada, siendo más elástica en la conformación de los tipos. Remiten “para las valoraciones económicas o éticas de la consciencia social”, habiendo mención expresa del autor italiano al hecho de tal concepción haber sido adoptada en el artículo 1.322 del Código Civil italiano, bien como en los artículos 1.174⁽⁴²⁾ y 1.325, 2º⁽⁴³⁾, del mismo diploma legal⁽⁴⁴⁾. El análisis hecho se refiere al condicionamiento de la posibilidad de elección de los tipos, los intereses dignos de tutela, y no a la posibilidad en si, la libertad de celebración de negocios atípicos.

Sobre el tema, es de extrema importancia la concepción de Joaquim de Sousa Ribeiro, al afirmar que todo y cualquier criterio meramente sistemático, partiendo de una comprensión funcional de los contratos, para delimitar el alcance de la “libertad contractual” como instrumento de realización de la determinación, que no caracterice imposición dictada por condiciones exógenas al contrato, está predestinado al fracaso. El autor portugués, luego de extenso análisis de varias concepciones y proposiciones para definición de los criterios para intervención judicial con vistas a alcanzar una “justicia contractual” en razón de las insuficiencias del “mecanismo contractual”, llega a la conclusión de que el único punto de apoyo seguro para la intervención judicial está en el análisis de la tipicidad de determinados desvíos, que

(41) BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*, v. I, p. 373.

(42) “Artículo 1174 Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (Cód. Civ. 1.256 e seguente, 1.411 e seguenti “

(43) “Artículo 1.325 Indicazione dei requisiti.vl requisiti del contratto sono: 1) l’accordo delle parti (1.326 e seguenti, 1.427); v2) la causa (1.343 e seguenti); v3) l’oggetto (1.346 e seguenti); 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (1.350 e seguenti).”

(44) BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*, v. I, p. 374.

provocan una conformación desequilibrada de intereses, en perjuicio de una categoría de contrayentes⁽⁴⁵⁾.

La tipicidad de que trata Joaquim de Sousa Ribeiro no es el “comportamiento social típico” de Betti, que conforma el substrato del precepto del negocio jurídico, pero justamente su opuesto, el desvío social típico, que caracteriza formas reconocidas empíricamente, con atributos sociales típicos y desvíos con resultados gravosos y no equitativos.

Ese desvío típico también es acompañado por un perjuicio típico, “observable en la práctica de negocio”, que demuestra que se ha desvirtuado la función de ordenación de la autonomía privada.

Bajo ese aspecto hay un severo limitador de la actividad judicial de intervención en los contratos, pues en esa concepción la necesidad de preservar el contrato como instrumento de regulación exige que no haya intervención judicial, salvo en aquellos casos en que típicamente queda caracterizado el desvío funcional, lo que tiene razón de ser en la necesidad de seguridad jurídica inherente al contrato:

Es también por razones de certeza y seguridad que se prenden, no apenas con la tutela de la confianza individual en la eficacia del acuerdo, pero también con el papel del contrato como instrumento de ordenación: esta sería irremediamente perjudicada si sus efectos vinculadores pudieran ser permanentemente puestos en causa, con la alegación de factores atípicos de la no responsabilidad⁽⁴⁶⁾.

Por lo tanto, el método de verificación de las condiciones de intervención se basa en la verificación empírica de adecuación de una generalidad de situaciones de negocio típicas en que ocurre la distorsión funcional de la libertad contractual. Para eso, es necesario “integrarse el contrato concreto en una categoría de contratos” en que las

(45) Obra que hace análisis de la funcionalidad y su vínculo con las condiciones generales de los negocios es la de RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Ob. cit. La cuestión de la tipicidad no dice directamente con la limitación de la eficacia de cláusulas insertadas en “contratos de adhesión” o “contratos sometidos a las condiciones generales de los negocios”, reglamentados en los artículos 423 y 424 del Código Civil, tampoco con los límites decurrentes de la tipicidad legal, como son las disposiciones relativas al precio de la compra y venta etc. Aunque el debate jurídico respecto de la funcionalidad del contrato tenga nexo directo con las condiciones generales de los negocios, pues es en ese ámbito que han sido problematizados los límites para intervención y control judicial del contenido del contrato, esa es apenas una perspectiva, que no está en el centro de la tesis.

(46) RIBEIRO, Joaquim de Sousa, ob. cit., p. 172.

condiciones de negocio son similares para aplicación de determinada disciplina jurídica, y así hacer el control del contenido del contrato a partir de los parámetros valorativos respectivos⁽⁴⁷⁾.

La idea de autodeterminación continúa presente como elemento esencial al proceso de intervención judicial. Solamente serán casos de intervención para adecuación funcional del contrato aquellos en que una de las partes indique “una típica incapacidad de autotutela” o en que no se puedan realizar los valores que dan sentido a la autonomía privada en razón de la inexistencia de las “condiciones de regulación de intereses privados en autodeterminación”⁽⁴⁸⁾.

Hay casos en que la falta de autodeterminación es evidente, como en las relaciones masificadas, en las cuales no hay cualquier espacio para que los agentes puedan ejercer con mínima libertad la auto-regulación, como en los contratos de crédito al consumo. Sin embargo, hay situaciones en que el juez precisará analizar el caso concreto para identificar si una de las partes tuvo o no condiciones de contribuir para la formación del reglamento, caso de los contratos de distribución, en los cuales la parte teóricamente más débil puede poseer una posición estratégica en la relación, que le permite opinar y definir el contenido del reglamento contractual.

Aunque las razones por las cuales el recurso a la “tipicidad social” de Betti y la tipicidad decurrente de los “datos empíricos provistos por la mutable práctica de negocio” de Joaquim de Sousa Ribeiro tengan matrices completamente distintas, el instrumento de control del contenido del contrato que es presentado por ambos es muy similar, pues mientras uno trata de la tipicidad de los desvíos, el otro trata de la tipicidad del contrato, tal cual un espejo cóncavo, que en la distancia focal correcta genera imágenes reales, pero invertidas.

La similitud deriva del aporte de un criterio concreto para la construcción de la decisión judicial, independientemente de la existencia de reglas generales y abstractas o de principios cuya generalidad dan margen a la arbitrariedad. El control se da por la imposibilidad de que el juez busque la solución del caso concreto en parámetros subjeti-

(47) RIBEIRO, Joaquim de Sousa, ob. cit., p. 175.

(48) RIBEIRO, Joaquim de Sousa, ob. cit., ps. 174/176. También no se puede olvidar de las observaciones de LORENZETTI, al afirmar que “as decisões judiciais insustentáveis em termos axiológicos são arbitrárias”. LORENZETTI, R. L. Fundamentos..., p. 323.

vos o en fundamentos metafísicos. Es necesario analizar aquello que típicamente ocurre en la realidad económica y social, a quien el derecho sirve: la regulación de las relaciones intersubjetivas, para el autor italiano; la ordenación de los intereses privados, para el autor portugués.

De cualquier manera, permanece cierta “fluidez” en la idea de “intereses dignos de tutela”, lo que solamente puede ser desvendado con la utilización de recursos como los de la ética de la situación desarrollada por Miguel Reale, para quien el Juez al examinar una cláusula general del género será obligado a definir lo que es “interés digno de tutela” o aún la identificación de una “práctica legítima” a partir de los padrones éticos del hombre situado tanto bajo el punto de vista histórico como geográfico, sumergido en la carga cultural que le es inalienable⁽⁴⁹⁾.

Por está razón, la perspectiva de construcción de elementos que dejen más claro el propósito de ese nuestro texto pasa por una tercera parte, en la cual se aproximan los problemas teóricos con las posibilidades concretas de las decisiones judiciales de la manera y en los límites de lo que se puede hacer.

3. FUNCIONALIDAD TÍPICA Y DESVÍO SOCIAL TÍPICO EN LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA

Así en el derecho italiano como en el brasileño, la elección de los tipos jurídicos siempre fue una posibilidad, desde que no sea caracterizado negocio jurídico indirecto, que tenga por objetivo fraudar disposición legal de naturaleza cogente⁽⁵⁰⁾.

(49) MARTINS-COSTA, Judith, *Diretrizes teóricas*, p. 131. “As regras jurídicas jamais são um ‘dado’, antes constituindo um ‘construído’ por realizarem-se sempre na história, consubstanciando, assim, uma das privilegiadas dimensões da cultura. Se esta afirmação é correta para o Direito em sua integralidade, sua adequação ressalta particularmente no Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na *cive*, traçando as regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas, dos ‘homens enquanto homens’, os quais se relacionam, no entanto, em necessária comunidade”.

(50) El negocio jurídico indirecto es aquel que presenta el aparato de determinado tipo legislativo, pero trae en su ámago la destinación a un fin incongruente con el tipo. CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1951, suplemento X. Ejemplos clásicos son la compra y venta y el depósito realizados con el fin de constituir garantía, o la compra y venta para realizar un acto de liberalidad.

En esa lista, uno de los puntos de partida que pueden dar un camino para construcción dogmática sobre como utilizar la función social de los contratos de forma agregada a una nueva teoría de las nulidades, pasa por el análisis de aquellas hipótesis que de forma fragmentada la jurisprudencia legó a lo largo de la historia como formas de control de una funcionalidad social típica.

Tomándose el Derecho brasileño como referencia, se puede partir de algunos casos que reunidos pueden ser más bien comprendidos cuando son sistematizados bajo la óptica de que los casos de invalidación abajo tratados están vinculados directamente a la funcionalidad de la libertad contractual⁽⁵¹⁾.

3.1. Pacto comisorio ilícito

El primer caso que se toma como ejemplo de identificación de una funcionalidad social típica cuya disociación con el instrumento contractual resulta en invalidez es el caso clásico del *pacto comisorio ilícito*.

La jurisprudencia brasileña admite que la compra y venta puede ser mixta o contener disposiciones que no sean exactamente propias de la compra y venta, pero no ha admitido que la compra y venta sea utilizada como instrumento para constitución de garantía de recibimiento de determinada suma prestada. También no hay un rechazo

Orlando de Carvalho sintetiza uno de los problemas centrales del negocio indirecto y su vinculación con el tema de este trabajo: "saber si, a pesar de la destinación a un fin que parece incongruente con la estructura del negocio, que, por veces, altera el medio de negocio poniendo en riesgo sus notas esenciales, aún podemos decir que él tiene esas notas, que corresponde al *tipo* declarado por los contrayentes. Es, como se ve, el problema de la subsistencia de la causa-función o del objeto típico del negocio" (ps. 22 y 23).

La posición de Orlando de Carvalho es la de que el negocio indirecto es fruto del "derecho vivo", no obstante sea común su utilización fraudulenta. Sin embargo, en si, "o negócio indirecto não é fraudulento nem deixa de o ser... mas não é lícito votar ao ostracismo uma figura prática do seu alcance, só porque a utilidade se paga, às vezes, também com um pouco de ilegalidade..." (p. 55).

Al examinar el problema de la tipicidad estricta de los negocios reales (*numerus clausus*), afirma que su justificativa es la función social, que no se reproduce de la misma manera en el derecho contractual (p. 60).

(51) Se deja desde ya claro que las decisiones abajo son representativas de una determinada concepción, no retratando un consenso jurisprudencial respecto de cada uno de los temas que les son objeto.

directo y expreso de autorización para realización de negocios jurídicos indirectos y fiduciarios⁽⁵²⁾, aunque su eficacia sea limitada⁽⁵³⁾.

(52) La jurisprudencia más antigua del Supremo Tribunal Federal negaba la posibilidad de negocios indirectos, principalmente por la fuerte doctrina de Eduardo Espínola, como se puede ver en el Recurso Extraordinario n. 60.699/Guanabara, 2ª Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 08.11.1966, Audiencia de publicación en 16.11.1967. La decisión consideró la materia bajo el punto de vista de la “utilidad”: “Sem dúvida, um negócio fiduciário, como sustentam as doudas decisões de f., pode ser lícito para o fim pretendido pelas partes nestes autos, - o de garantir dívida periclitante da firma comercial de que era sócio o Recorrente varão. Lícito, mas inútil, porque há meios mais eficazes e adequados no Direito positivo do Brasil, para tal objetivo. Só não há é meio lícito de ficar o credor com o objeto da garantia se não for pago. Isso lhe não é permitido nem extensivamente, nem pela simulação duma cessão de direitos de promessa de venda, porque contraria princípio de ordem pública do artigo 765 do C. Civ. E então, segundo os melhores doutrinadores, como Eduardo Espínola, ou como Ferrara, citados pelas venerandas decisões, desaparece o negócio aparente para que prevaleça a realidade dissimulada e condenada pela lei, - no caso o citado artigo 765 do C. Civ.”. La visión del referido fallo y la necesidad de proximidad del derecho con la realidad es reconocida en el fallo por mención a la situación fáctica aún presente en la realidad brasileña: “O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: - Não sei se os eminentes Ministros notaram, nos jornais (o jornal ‘é uma janela aberta sobre a vida’), que há sujeitos que anunciam: ‘Empresto dinheiro sob hipoteca e também com pacto de retrovenda’. Pois bem, é muito comum simular-se a hipoteca num pacto de retrovenda, para maior desembaraço do credor. Se o devedor não paga, ele fica logo com o bem”. En el fallo, aunque haya sido admitido el negocio fiduciario, no fueron atribuidos los efectos pretendidos por las partes, pero solamente los admitidos por el ordenamiento, en el caso, fue declarada la imposibilidad de que el acreedor quede con la propiedad del bien transferido en garantía.

Decisión en sentido contrario fue proferida en el juicio del Recurso Extraordinario n. 82.447, Rel. Min. Moreira Alves, que admite el negocio fiduciario salvo cuando el “objeto” sea fraudar ley imperativa. O sea, el “control del objeto”, mediante la confrontación de la finalidad prevista por el tipo jurídico y la finalidad a ser alcanzada por las partes, indica si el negocio es indirecto y si busca fraudar ley imperativa. En el referido fallo Moreira Alves admite la celebración del negocio fiduciario, teniendo en vista que no fue visualizada la violación de ley imperativa, en el caso la ley de la Usura.

(53) La doctrina brasileña se debate constantemente con ese problema, habiendo muchos estudios tratando sobre la posibilidad de negocios jurídicos fiduciarios e indirectos principalmente con el objetivo de admitir tipos contractuales del derecho extranjero que son incompatibles con el sistema patrio - caso del trust o de determinadas modalidades de garantía. un análisis apurado sobre el concepto de negocios indirectos, la diferencia entre estos y los negocios simulados y sobre las dificultades estructurales para la adopción del *trust en el* derecho brasileño se hace por MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários. Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 657, julho de 1990, p. 37 e s. Ver también SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996. Otra importante obra sobre el tema es la de CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de

La jurisprudencia brasileña desde la década de 1940 ha proferido decisiones no admitiendo la disociación entre la operación económica realizada y el tipo socialmente tutelado por el derecho, que es el contrato de compra y venta cuando usado como garantía de deuda pecuniaria. El ordenamiento jurídico niega efectos y no tutela tal negocio, por la absoluta falta de cumplimiento de la función económico-social del contrato de compra y venta.

El principal Tribunal brasileño profirió diversas decisiones en ese sentido, partiendo del presupuesto de que no hace parte de la función social típica de la compra y venta servir como instrumento de garantía, siendo conocida la “práctica social” vedada o tal vez utilizándose de la terminología de Joaquim de Souza Ribeiro, el “desvío social típico” de utilizarse tal expediente para lograr un fin no permitido por el Derecho brasileño, que es la apropiación por el acreedor del bien objeto de la garantía sin cualquier evaluación o obediencia a principios como el debido proceso legal y contradictorio⁽⁵⁴⁾.

La cuestión puesta fue decidida bajo los más variados fundamentos, pero en todas las hipótesis de invalidación las decisiones judiciales consideraron que los fines sociales típicos de la compra y venta (adquisición onerosa de la propiedad) no estando presentes tendrían

Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Renovar, 2006.

(54) Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 2216/SP, 3ª Turma, Rel. Nilson Naves, j. 28.05.1991, DJ. 01.07.1991, REsp 475.040/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.06.2003, DJ. 13.10.2003, REsp 2216/SP etc.

Para los fines de ese estudio se deja de hacer un análisis más profundizado de opiniones en el sentido de la irrelevancia de la función típica de los contratos, defendiendo, por ejemplo, ser posible la utilización de la compra y venta como instrumento de garantía. “Se tomarmos como objeto de reflexão a compra e venda e se aceitarmos que ela se caracteriza pelo consenso em trocar uma coisa por certo preço, verificaremos que, em princípio, isto é, nas hipóteses normais, não há necessidade da distinção que fizemos, entre elemento categorial a integrar o objeto, e causa, definida, conforme geralmente se faz, como função práctico-social do negócio, ou como função econômico-social, pois haverá total correspondência entre ambos. Todavía, nada impede que se use a compra e venda, já não mais com a finalidade de circulação de bens, mas como a função diversa, por exemplo, com escopo de garantia, como acontece na compra e venda com pacto de retrovenda. Aí muda a função, e se realmente fosse esta que determinasse *diretamente* o tipo do negócio e respectivo regime jurídico, estes também mudariam. Tal não ocorre, nem nesse caso (o negócio, ainda que a função seja outra, continua a ser compra e venda), nem em todas as outras hipóteses de negócio indireto, justamente porque é o elemento categorial inderrogável, e não a função, que fixa o tipo e o regime jurídico de cada negócio”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, p. 148.

algún resultado vedado por el ordenamiento, tales como el cobro de intereses por encima de los topes legales, la realización del contrato con definición unilateral o sin definición de precio, así como permitir que el acreedor quede con el objeto de la garantía sin la posibilidad del ejercicio de defensa y sin evaluación, provocando en casi todos los casos el enriquecimiento ilícito.

3.2. Leasing financiero y anticipación del valor residual garantizado

Siguiendo en el análisis de grupos de casos identificados por la jurisprudencia, podemos también examinar un conjunto de decisiones surgidas en el Derecho brasileño considerando que a pesar de la absoluta ausencia de reglas civiles disciplinando el contrato de *leasing*, en su modalidad financiera, se trata de contrato socialmente típico que es caracterizado socialmente por su triple opción al final del contrato: renovación, opción de compra mediante pago de un valor residual o devolución del bien arrendado.

La jurisprudencia de varios Tribunales brasileños consideró por largo período que el no-cumplimiento de los requisitos inherentes a su función social típica lo desnaturalizan. Así, la práctica de cobro anticipado del valor residual garantizado que solamente sería debido en el caso de la opción de compra a realizarse en el final del contrato transforma tal contrato en una compra y venta en cuotas. El instrumento contractual sería completamente ineficaz como leasing y las cláusulas (en especial la del valor del alquiler) que no sean compatibles con la función social típica de la compra y venta son inválidas⁽⁵⁵⁾.

El propio Superior Tribunal de Justiça llegó a editar el Resumen 263, con el siguiente contenido: “El cobro anticipado del valor residual (VRG) descaracteriza el contrato de arrendamiento mercantil, transformándolo en compra y venta en cuotas”⁽⁵⁶⁾.

(55) A ese respecto, entre otras decisiones, véase TJRS, Apelação Cível n. 70010294015, Rel. Des. Isabel de Borba Lucas, j. em 12.05.2005, entre otras.

(56) Posteriormente, el Superior Tribunal de Justicia cambió de posición para determinar la cancelación del Resumen. Juzgando los REsp 443.143-GO y 470.632-SP, en la sesión de 27.08.2003, la Segunda Sección deliberó por la cancelación del Resumen 263 y posterior edición del Resumen 293: El cobro anticipado del valor residual garantizado (VRG) no descaracteriza el contrato de arrendamiento mercantil. Aunque no sea objeto de este artículo, se debe observar que tal decisión fue proferida en el contexto de una política de estado de estímulo a la realización de tal modalidad de contrato con ingreso de recursos extranjeros, bien como de otras directrices con interés directo del Sistema Financeiro Nacional, etc. La exigencia

Tales decisiones respecto de la exigencia del cumplimiento de las 'reglas sociales forjadas por la vida económica y social al leasing' apunta al control de la causa del contrato, considerada esta una función social típica. La causa es utilizada como instrumento para garantizar el cumplimiento de la función del contrato de ser instrumento regulatorio de la autonomía privada.

En esos casos la invalidación de las disposiciones del contrato tiene vistas a evitar que el contrato sea instrumento para atribuciones patrimoniales sin causa o, en los casos en que la causa es indirecta, resulte en fin vedado por el ordenamiento.

3.3. Facturización de títulos de crédito

Otra hipótesis que el Derecho brasileño ha aplicado a la idea de una *función social típica* como medio para controlar la validez de cláusulas contractuales se refiere a los contratos de *factoring*.

Es contrato no reglamentado en el Derecho brasileño, con fuerte penetración social y económica, cumpliendo importante papel para el comercio por su función de anticipación y garantía de los recibibles, principalmente por la transferencia de títulos de crédito como el cheque y la *duplicata*.

A ese propósito los Tribunales consideran que es de la esencia social del contrato y, por lo tanto, de su esencia jurídica, que el contrato *sirve* al facturado para que él anticipe sus recibibles y con eso también transfiera los riesgos del no cumplimiento, mediante el pago de un precio, una devaluación sobre el valor de faz de los títulos.

En los casos en que el contrato contiene cláusula según la cual el facturado queda obligado a recomprar los títulos no pagados por los clientes, los Tribunales han considerado que la cláusula es nula por "descaracterizar la naturaleza del contrato de factoring"⁽⁵⁷⁾.

de certeza para las relaciones realizadas en gran escala en el ámbito del Sistema Financeiro Nacional hizo con que la "seguridad jurídica" de la estructura preponderara sobre la funcionalidad del contrato.

(57) Entre muchas otras, tome-se como ejemplo a decisión proferida en el TJRS, Apelación Cível núm. 70028830206, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justicia del RS, Relator: Luiz Renato Alves de la Silva, Julgado en 30/04/2009, *www.tjrs.jus.br*: "Flagrante a nulidad de la cláusula de recompra de títulos inadimplidos del contrato de fomento mercantil, correcta a sentencia que extinguiu a acción ejecutiva, pues tal cláusula descaracteriza a naturaleza del contrato de factoring. RECURSO DESPROVIDO".

O sea, se ha utilizado como fundamento para la invalidación de cláusulas del contrato de factoring la comprensión de que su función integra la propia esencia del contrato y, habiendo cláusula que aleje la función social típica, tal cláusula no puede prevalecer, debiendo ser decretada su invalidez.

Es claro que tal decisión no es proferida simplemente para “preservar la naturaleza del contrato”, pues eso representaría la estagnación del propio tipo social, pero por la razón de que en el Derecho brasileño la actividad de prestar dinero es privativa de instituciones financieras. O sea, la cláusula de recompra de los títulos acabaría por descaracterizar la tipicidad social del contrato para realizar un “desvío social típico”, que es la práctica de actividad privada de institución financiera por personas no autorizadas a funcionar como tal por el Banco Central do Brasil.

En otras palabras, para que haya el reconocimiento de la invalidez de la disposición contractual siempre hay una situación fáctica o valorativa que por detrás de la exigencia de cumplimiento de la función del contrato, ya que los intereses sociales se sobreponen en ese caso a un derecho fundamental que es la propia autodeterminación vinculada a la libertad contractual.

3.4. Contrato de depósito como garantía y prisión civil del depositario infiel

Otro caso interesante se refiere a grupo de decisiones respecto del contrato de depósito proferidas a partir de mediados de la década de 90 en el Derecho brasileño.

Teniendo en vista el aumento de la posibilidad de revisión de los contratos, decurrente de tendencias generales del derecho contractual, principalmente luego del advenimiento de la Constitución Federal de 1988 y del Código de Defensa del Consumidor de 1990, los agentes del Sistema Financiero Nacional pasaron a construir alternativas para ampliar sus garantías, recorriendo, entre otros métodos, a negocios indirectos. Uno de los casos más comunes era la constitución de empeño sobre mercaderías del deudor, permaneciendo la posesión de los bienes en las manos de este, que asumía la condición de depositario. En el caso de no cumplimiento la acción correspondiente, según el contrato, es la acción de depósito, con posibilidad de la pena de prisión civil, permitida como excepción al depositario infiel por fuerza del art. 5º, LXVII de la Constitución Federal en vigencia en la época del referido debate.

En tales situaciones, bien como en las hipótesis de alienación fiduciaria en garantía (en que el deudor fiduciario es depositario del bien alienado fiduciariamente), el Superior Tribunal de Justiça reconoció que tal depósito no corresponde al contrato de depósito clásico, cuyos fines previstos en ley justifican la previsión constitucional de la pena de prisión civil⁽⁵⁸⁾, siendo completamente ineficaz como contrato de depósito a aquellos contratos cuya función no corresponde con la función del “depósito clásico”, bien como eran consideradas nulas las disposiciones que permitían al acreedor quedarse con el objeto de la garantía sin obediencia al debido proceso legal y al contradictorio.

Sin embargo, el mismo Tribunal afirmó ser admisible la prisión civil⁽⁵⁹⁾ si los elementos del tipo están presentes, como fue reconocido en decisión relativamente reciente a respecto, bajo el argumento teleológico de que “el derecho positivo brasileño eligió el respeto a la

(58) Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 378736/RS, 4ª Turma, Rel. Aldir Passarinho Júnior, j. 05.08.2004, DJ, 25.10.2004: “A orientação pacificada no âmbito da 2ª Seção do STJ (REsp n. 383.299/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, DJU de 02.12.2002), é a de que os contratos de EGF e AGF, com o depósito de bens fungíveis, não autorizam, em caso de inadimplência, a ação de depósito e, de conseqüência, a prisão civil do responsável”. En el mismo sentido, “Tratando-se de ação de depósito para recebimento de mercadoria (milho) dada em garantia de cumprimento de contrato de compra e venda de safra futura de soja, não se configura, na espécie, depósito clássico, de sorte que imprópria a forma processual utilizada, bem assim incabível a prisão do depositário”. Superior Tribunal de Justiça, REsp. 218.118/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 15.06.2004, DJ, 30.08.2004.

Sobre la recusación de la prisión para los casos de alienación fiduciaria en garantía, ver Superior Tribunal de Justiça, RHC (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*) n. 4288/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 13.03.1995, DJ, 19.06.1995, “O instituto da alienação fiduciária em garantia se traduz em uma verdadeira ‘aberratio legis’: o credor fiduciário não é proprietário; o devedor fiduciante não é depositário; o desaparecimento involuntário do bem fiduciado não segue a milenar regra da ‘res perit domino suo’. Talvez pudesse configurar em ‘penhor sine traditione rei’, nunca em ‘depósito’. O legislador ordinário tem sempre compromisso com a ordem jurídica estabelecida. Na verdade, o que a lei (Decreto-lei n. 911/69, ao alterar o artigo 66 da LMC) fez foi reforçar a garantia contratual mediante prisão civil, o que contraria toda nossa tradição jurídica, que tem raízes profundas no sistema jurídico ocidental. A ‘prisão civil por dívida do depositário infiel’ do artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição, só pode ser aquela tradicional (CC, artigo 1.265)”.

(59) En cuanto a ese punto, se debe resaltar que posteriormente a tal decisión el Supremo Tribunal Federal entendió que aún la prisión civil del depositario infiel, aún en los casos típicos, pasó a ser vedada en el Derecho brasileño por fuerza de la internalización del Pacto de San José de Costa Rica. La decisión fue proferida en el juicio de tres procesos: RE466343, HC87585 y RE349703, cuyo entero tenor de las decisiones puede ser obtenido en www.stf.jus.br.

confianza y a la buena fe empeñada en la tenencia de cosa ajena (a par de la obligación alimenticia) como valor superior al propio valor libertad”. Se llevó en consideración “las finalidades y consecuencias propias de esa modalidad de acuerdo”, lo que revela la importancia atribuida al tipo, definido por su “finalidad”, o sea, por el fin a que sirve, en el caso, la preservación de valores considerados superiores por el ordenamiento, como es la preservación de la confianza⁽⁶⁰⁾.

El juzgado supramencionado trata de las decisiones que dejan de aplicar los efectos del contrato de depósito si los elementos del tipo no están presentes. Afirma que, si el contrato “sirve” para garantía de un contrato de mutuo, o sea, cumplir función distinta de aquella para la cual el ordenamiento le atribuye ciertos efectos, ocurre la “descaracterización” del tipo⁽⁶¹⁾.

La posibilidad de elección del tipo y la necesidad de correspondencia entre el acto voluntario que hace nacer el contrato y la operación

(60) Superior Tribunal de Justiça, AgReg. no AI n. 196.654/MG, 4ª Turma, Rel., Min César Asfor Rocha, j. 23.11.1998, DJ, 15.03.1999. La nota del fallo es la siguiente: “O artigo 1.280 do Código Civil, ao pontificar que o depósito de coisas fungíveis ‘regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo’, não leva à conclusão que o depósito irregular e o mútuo tenham a mesma identidade.

“Dentre as regras jurídicas sobre o mútuo, que o Código Civil diz invocáveis a respeito do depósito irregular,... somente podem incidir, a propósito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao artigo 1.280, mas subentende-se, o usual no que for aplicável” (Pontes de Miranda).

La acción de depósito es adecuada para el cumplimiento de la obligación de devolver cosas fungibles, objeto de contrato de depósito clásico, aunque sea el irregular.

El depositario infiel, que se obligó por haber firmado contrato clásico, aunque de cosas fungibles, desprendido del mutuo, está sujeto a la prisión civil, en los términos del párrafo único del artículo 904 del Código de Processo Civil, una vez que el derecho positivo brasileño eligió el respeto a la confianza y a la buena fe empeñada en la guarda de cosa ajena (a par de la obligación alimenticia) como valor superior al propio valor libertad.”

(61) “Assim é que nos REspS ns. 3.0131DF. 13.970/RS; 11. 108/RS, 13.591/MG, 48. 180-5/GO, 15. 597/MS e 42.01 1-3/Pi, relatados, os dois primeiros, pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, e os demais, respectivamente, pelos eminentes Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Costa Leite, Barros Monteiro (os dois últimos), dentre muitos outros, em todos eles uma instituição financeira figurava como credora-depositante, e o depósito sempre coexistia com o mútuo, por isso que as coisas depositadas sempre eram utilizadas pela depositária em sua própria atividade, em razão do que, a coexistência desses dois institutos, descaracterizava a própria natureza do depósito, que era utilizado como mero instrumento de garantia do credor”. Superior Tribunal de Justiça, AgReg. no AI n. 196.654/MG, 4ª Turma, Rel., Min César Asfor Rocha, j. 23.11.1998, DJ, 15.03.1999. fl. 04 do voto do Relator.

económica subyacente no están vinculadas solamente a la elección de la especie de negocio, pero también a la libertad de estipulación del contenido del contrato⁽⁶²⁾.

3.5. Caso de la soja verde

El último caso a analizarse se refiere a una decisión que también fue aplicable a una serie de casos vinculados a la discusión sobre la validez y eficacia de cláusula contractual que definía un precio fijo por la venta de soja en fecha futura.

El Tribunal de Justiça do Estado de Goiás profirió diversas decisiones permitiendo la revisión de contratos de compra y venta, tornando ineficaz las cláusulas contractuales que definían un determinado precio para la soja utilizándose como fundamento de su decisión la función social de los contratos, cuya incidencia exigía la intervención judicial para que el contrato mantuviera su equilibrio económico.

Los hechos sometidos a la época tenían como razón de ser la variación del precio de la soja en el mercado internacional, que entre la fecha del contrato y la fecha del cumplimiento sufrió gran alteración. Los productores que vendieron la soja por un precio futuro y fijo acabaron por recibir poco más que la mitad del valor que el mercado pasó a pagar.

Aunque el debate se hubiera dado de forma vinculada a la cuestión de la revisión de los contratos por fuerza de alteraciones supervenientes de las circunstancias, tales decisiones asumieron un papel importante en el Derecho brasileño, pues provocaron la primera manifestación del Superior Tribunal de Justiça respecto de la función social de los contratos posteriormente a la vigencia del actual código, tratando sobre hechos ocurridos en la época de su promulgación y vigencia.

Mientras el Tribunal de Justiça de Goiás entendía que la revisión era necesaria en favor de la preservación del equilibrio económico, te-

(62) Ejemplo de la tendencia al rechazo a negocios jurídicos fiduciarios en el derecho brasileño es presentado por Waldemar Ferreira, *O "trust" anglo-americano e o "fideicomisso" latino-americano*, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1956, v. II, p. 182 e s., que presenta debate ocurrido en el proceso legislativo del Código Civil de 1916, para alejar la propiedad fiduciaria decurrente del fideicomiso. Tal texto explica el párrafo único del artículo 1.952 del Código Civil vigente, por el cual el fiduciario se torna usufructuario y no más propietario fiduciario como era en el régimen anterior.

niendo como fundamento jurídico la función social de los contratos, el Superior Tribunal de Justiça decidió en sentido directamente inverso.

La relatora del recurso en cuestión, Min. Nancy Andrihgi decidió en el mismo sentido del que tenemos propuesto en este artículo, *verbis*:

“La función social infligida al contrato no puede desconsiderar su papel primario y natural, que es el económico. Este no puede ser ignorado, a pretexto de cumplirse una actividad benéfica. Al contrato, incumbe una función social, pero no de asistencia social. Por más que el individuo merezca tal asistencia, no será en el contrato que se encontrará remedio para tal carencia. El instituto es económico y tiene fines económicos a realizar, que no pueden ser puestos de lado por la ley y mucho menos por su aplicador. La función social no se presenta como objetivo del contrato, pero sí como límite de la libertad de los contratantes en promover la circulación de riquezas.”⁽⁶³⁾

En la referida decisión el Tribunal examinó la realidad económica subyacente al contrato y llegó a la conclusión de que “en el acto de la contratación, el agricultor es motivado por la expectativa de alta productividad del sector, lo que, en tesis, conduce a la caída de los precios. En contrapartida, él sabe de la posibilidad de alta en la cotización del Dólar, circunstancia que, vale resaltar, es absolutamente previsible en este ramo y lleva al alta del valor de la bolsa. En suma, se trata de un contrato cuya finalidad económica es minimizar el riesgo de perjuicio de las partes, teniendo como contrapeso un estrechamiento de los márgenes de ganancia.”⁽⁶⁴⁾

La referida decisión demuestra la técnica y la forma de enfrentamiento de la decisión judicial en la consideración de los elementos fácticos para construcción de la regla del caso concreto, al considerar que el autor de la demanda “no recibió ningún adelantamiento, evidenciando que no necesitaba dinero para hacer factible su producción”, indicando que en el caso puede caracterizarse un “desvío social típico” la financiación de la producción para asegurarse de precios fijos en la compra y venta de commodities.

En suma, la referida decisión es clara al afirmar que el “equilibrio económico” no es un principio incidente sobre todas las relaciones contractuales, ya que la libertad contractual se sobrepone a la nece-

(63) STJ, REsp n. 803.481 – GO (2005/0205857-0), 3ª Turma, Rel., Min. Nancy Andrihgi, j. 28.06.2007.

(64) STJ, REsp n. 803.481 – GO (2005/0205857-0), 3ª Turma, Rel., Min. Nancy Andrihgi, j. 28.06.2007.

sidad de paridad económica. En otras palabras, los contratos no son instrumentos para “equilibrar económicamente las relaciones”, pero para reglamentar las relaciones económicas entre los particulares según las reglas previstas en el precepto creado voluntariamente entre las partes, salvo si la intención de las partes contraría la función social típica o caracterice un desvío social típico.

Se podría seguir con el análisis de otros casos, inclusive vinculados a los contratos gratuitos, habiendo el derecho brasileño considerado inválidos los contratos de compra y venta para realización de donaciones inoficiosas, o nulas las cláusulas contractuales del contrato de comodato conexo a otros contratos celebrados para la “distribución de combustibles, derivados de petróleo, cervezas y gaseosas”.

Tal invalidez se basa en general en la imposibilidad de utilización de fragmentos contractuales de una operación social y económica compleja que caracteriza una operación socialmente típica que no puede ser resuelta en el contexto de un contrato de comodato, normalmente utilizado para obtener indebidas posiciones ventajosas, con abuso de posición jurídica y económica de una de las partes⁽⁶⁵⁾. Así, la elección de tipos que no correspondan a la operación económica subyacente no producirá los efectos esperados, principalmente en los casos de “sistemas contractuales” o “contratos conexos”, como ya

(65) Sobre la materia, ver BRITO, María Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990. CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, v. 3, 1963, ps. 451/504. GUYENOT, Jean. Les conventions d'exclusivité de vente. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, v. 3, 1963, ps. 513/537. MAYMON-GOUTALLOY, Mireille. Contre une intervention législative en matière de concession commerciale. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, v. 4, 1982, ps. 519/538. MOSCHEL, Wernhard. La distribution sélective d'automobiles em dorit europén de la concurrence. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial e de Droit Économique*, v. 1, 1991, p. 1-26. REALE, Miguel. Sistema normativo das concessões comerciais de veículos automotivos. In: *Questões de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 1997, ps. 149/183. REALE, Miguel. Característicos do contrato de concessão comercial. In: *Questões de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 1997, ps. 183/191. COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, v. 18, ps. 53/65. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Aplicação analógica da lei dos revendedores. *Revista de Direito Mercantil*, v. 49, ps. 34/41. MELO, Claudineu. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4. REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil*, v. 7, ps. 17/45. WALD, Arnoldo. *Estudos e pareceres de direito comercial (os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro)*. São Paulo, 1979, ps. 180/207.

ha reconocido la jurisprudencia patria desde mediados de los años 70, en el caso de la distribución de combustibles⁽⁶⁶⁾.

De la misma manera las decisiones que consideran nula la celebración de negocios típicos para fines contrarios a su “finalidad típica”, situación que caracteriza un desvío social típico, a invalidarse con fundamento en la función social de los contratos o de la funcionalidad de los modelos jurídicos del Derecho Contractual⁽⁶⁷⁾.

En síntesis, las decisiones arriba mencionan que el desequilibrio económico solamente puede ser fundamento para la invalidación de cláusulas contractuales si hay violación de la buena fe objetiva o de la función social de los contratos, no siendo hipótesis de revisión o invalidación de cláusulas contractuales el desequilibrio de las prestaciones sin violación de otros principios del derecho contractual.

4. CONCLUSIÓN

El análisis aquí realizado indica que el proceso de funcionalidad e invalidación de cláusulas contractuales con tal fundamento ha considerado que el contrato es la “veste jurídica de las operaciones económicas”⁽⁶⁸⁾, bien como que la tipicidad del contrato, sea ella legislativa o social, tiene carácter de relatividad histórica, según el tipo contractual responda a una función importante para los miembros de dada comunidad⁽⁶⁹⁾.

Sin perjuicio de la necesidad de continuar los estudios respecto a los negocios fiduciarios e indirectos, que no son eliminados o prohibidos por la función social de los contratos, es un hecho que el control de la tipicidad social es un instrumento práctico para que los jueces, en el análisis de los casos concretos, verifiquen la “regularidad substancial” de los contratos, no habiendo reglas mínimamente claras para que se pueda hablar de un “régimen” de los negocios indirectos o de los nego-

(66) Supremo Tribunal Federal, RExt. 84.727, 2ª Turma, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 27.04.1976, DJ, 16.06.1976, fallo en el cual se reconoce la tipicidad social de la distribución de combustibles, no obstante sean celebrados diversos contratos típicos de naturaleza diferente: “comprovam, portanto, na hipótese, a existência de um negócio único, embora concretizado em três contratos”.

(67) “É nula a emissão de cédula de produto rural, pois desviada de sua finalidade típica, qual seja, a de servir como instrumento de crédito para o produtor rural.” RECURSO ESPECIAL núm. 866.414 – GO (2006/0119123-7), 3ª Turma, Rel. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 06.03.2008.

(68) Expresión de autoría de ROPPO, Enzo. *O contrato*. Ob. cit.

(69) BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*, T. II, p. 69.

cios fiduciarios que quedarán siempre en el medio del debate entre los “contratos socialmente típicos” y los “desvíos socialmente típicos”⁽⁷⁰⁾.

Los ejemplos tratados en el ítem 3, *supra*, respecto de diferentes contratos constituyen típicos desvíos de la función social de los contratos, reconocidos por la propia jurisprudencia a partir de situaciones de negocio típicas.

En todos los casos se ve de las decisiones una *ratio* que va además de la funcionalidad para el reconocimiento de invalidez o del desequilibrio económico, lo que es variable en todos los casos, siendo la imposibilidad de que el acreedor quede con el objeto de la garantía, la violación de actividad privativa de institución financiera, etc.

Eso significa que más que nunca tales decisiones reafirman que el contrato sirve para realizar intereses privados. Mediatemente se puede hablar de función social, pero inmediatamente la razón de la intervención para decretar la nulidad de una cláusula contractual o del contrato es la preservación del interés concreto de las partes, o mejor, de una de las partes. Por eso, la regla es la prevalencia de la estipulación contractual, pudiendo ocurrir la intervención como forma de reconducción funcional del contrato a los fines de la autonomía privada. O sea, no es excluyente la preservación de la libertad y su fundamento si se comprende que la función de la libertad contractual es de naturaleza regulatoria u ordenadora.

La estructura de la norma tiene elasticidad suficiente para que se afirme la libertad de contratar y su natural funcionalidad, condicionada por los valores sociales que determinan la existencia y el sentido de la propia libertad contractual. Se debe recordar también que todas las concepciones doctrinarias que forjaron las concepciones de “función social de los contratos” fueron forjadas en contextos diferentes de lo que se vive actualmente y que es tarea del jurista comprender la tradición para buscar el sentido de la norma, pero no se puede quedar “navegando en las vertientes”. Se debe partir para el mar abierto e intentar caminar las islas de seguridad necesarias para que el derecho cumpla su función.

(70) El debate respecto de la tipicidad y atipicidad en el Derecho Privado consiste en cuestión no menos importante y extensa que escapa al objeto de este texto. Sin embargo, se deja claro que la concepción adoptada en este artículo es de que la función es elemento indisoluble del tipo. A propósito del tema es enriquecedor el trabajo de COMIRAN, Giovana. A exegese do art. 425 do Código Civil e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. Jornada Paulo Grossi. Porto Alegre: UFRGS, 2008.

LA INEXISTENCIA JURÍDICA

Por Boanerges RODRÍGUEZ FREIRE⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. El fenómeno de la globalización. 1.2. La necesidad de la unificación legislativa. 2. El Acto Jurídico. 2.1. Requisitos de Existencia. 2.2. Requisitos de Validez. 2.3. La conveniencia de mantener la diferencia entre Requisitos de Existencia y Requisitos de Validez. 2.4. La eficacia del Acto Jurídico. 2.5. La Ineficacia del Acto Jurídico. 3. La Inexistencia Jurídica. 3.1. Antecedentes históricos. 3.2. Naturaleza Jurídica. 3.3. Clases de Inexistencia. 3.4. Efectos derivados de la Inexistencia propia. 3.5. Los actos jurídicos aparentes o putativos. 3.6. La Existencia y la Validez. 3.7. La Inexistencia en la Doctrina. 3.7.1. La Posición en contra de la Inexistencia. 3.7.2. La Posición a favor de la Inexistencia. 3.8. Regulación de la Inexistencia. 3.8.1. El acto inexistente no produce efectos jurídicos. 3.8.2. No se requiere declaración judicial. 3.8.3. La inexistencia no se sana con el tiempo. 3.8.4. La Inexistencia tampoco se sana por la ratificación de las Partes. 4. Algunas Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo lo preparé tomando como base la ponencia que me correspondió sustentar en el marco de la Primera Convención Latinoamericana de Derecho Civil que se llevó a cabo en la ciudad de Lima, a finales del mes de noviembre de 2010. La referida Convención tuvo un doble propósito: por un lado, dejar sentadas las bases para la elaboración de un Código Latinoamericano de Contratos; y, por otro, rendir un sencillo pero emotivo homenaje al jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti, por su invaluable aporte para el desarrollo de la ciencia jurídica.

Siguiendo el derrotero planteado por el ilustre homenajeado, en la Convención se dio un primer paso para la unificación legislativa en

(1) Profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Socio de Coronel & Pérez, Abogados.

materia contractual, al dejar planteado el hilo conductor que permitirá acometer, con prudencia y eficacia, en este gran emprendimiento. Lo que venga después, será el fruto del trabajo tesonero y del compromiso que asumimos con decidido entusiasmo todos aquellos que estuvimos presentes en la cita de Lima, conscientes de la necesidad de la unificación del Derecho de los Contratos para enfrentar los desafíos que plantea el tercer milenio.

1.1. El fenómeno de la globalización

La segunda mitad del siglo pasado estuvo marcada por un cambio sustancial en el enfoque de las relaciones internacionales. La expresión más gráfica y significativa de esta nueva perspectiva fue, en mi opinión, la caída del muro de Berlín. Los Estados al fin comprendieron que no podían seguir viviendo de espaldas los unos de los otros y que la integración es el mejor camino para el sostenimiento de las grandes potencias económicas y el crecimiento de los países en vías de desarrollo. El mundo de las fronteras seguras e infranqueables se derrumbó para dar paso a una nueva “sociedad transnacional” en la que las distintas formas económicas, culturales y políticas, se integran alrededor de una visión más universal.

La denominada “globalización” es un hecho cierto e incontrovertible que, a estas alturas, nadie puede soslayar. Los mercados geográficos se han ampliado gracias a un impresionante desarrollo de las tecnologías de la comunicación, originando un intercambio comercial vertiginoso que ha superado las barreras propias del proteccionismo estatal. Este nuevo orden mundial está caracterizado por el predominio de lo económico sobre lo político lo cual significa, en sencillas palabras, que los Estados han debido flexibilizar sus dogmas políticos para atender, de forma eficiente, los requerimientos impuestos por un mundo globalizado⁽²⁾.

1.2. La necesidad de la unificación legislativa

El nuevo orden mundial ha demandado una adecuada respuesta por parte del Derecho que sea coherente con la revolución tecnológica y los nuevos retos que impone la desnacionalización de los mercados⁽³⁾. Los esquemas jurídicos no se pueden quedar petrificados frente

(2) BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Madrid: Paidós, 1998, p. 32.

(3) “El impacto de la revolución tecnológica —en la representación humana del tiempo y el espacio—, sumado al proceso de desnacionalización de los merca-

a los nuevos tiempos de cambio⁽⁴⁾, por lo que los países se han volcado a la incesante tarea de modificar sus legislaciones para adaptarlas a la realidad actual y crear plexos normativos supranacionales que favorezcan el libre intercambio de bienes y servicios⁽⁵⁾.

Así las cosas, más que un esfuerzo académico de sistematización, la armonización de los conjuntos normativos con miras a su posterior unificación se presenta, a todas luces, como una necesidad impuesta por los nuevos tiempos.

Tiempo atrás, Ricardo Luis Lorenzetti, impulsor, entre otras cosas, de esta gran iniciativa de unificación del derecho contractual, ya advertía esta necesidad cuando en su *Tratado sobre Los Contratos* afirmó que “...el término globalización del sistema jurídico se refiere al segmento de reglas homogéneas que respondan al funcionamiento de una economía global. Se trata de armonizar concepciones nacionales diferentes mediante un proceso de abstracción de las reglas y de conciliación de las diferencias”⁽⁶⁾. Más adelante, el jurista argentino señaló que “...es indudable que tarde o temprano habrá la unificación o armonización de una gran cantidad de bloques comerciales”⁽⁷⁾, para luego concluir que “...el impacto más relevante será el cultural, en el sentido de que se está construyendo un consenso hacia una concepción común de las reglas contractuales. Tal vez el gran desafío de este nuevo modelo cultural sea lograr construirlo so-

dos, en el campo del derecho (en tanto regula relaciones sociales influidas por lo global), ha tenido un efecto antes no visto: se contrata a distancia, en décimas de segundos se unen los opuestos del planeta. En resumen: las relaciones jurídicas viven bajo el impacto de la revolución tecnológica y la desnacionalización de los mercados”. GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones GOWA Profesionales, 2002, p. 353.

(4) “La ciencia jurídica precisa de un cambio radical, de una auténtica revolución que, sin abandonar el acervo de la tradición, redefine el sendero del Derecho de cara al tercer milenio. La globalización ha transformado la faz de la tierra, y los paradigmas de la modernidad han sido alterados por un cúmulo de factores que han superado la velocidad de reflexión de los intelectuales y los juristas. El Derecho no puede permanecer inmune a estas nuevas premisas. Urge asumir el reto que nos presenta la historia, y empezar por el principio, por los principios”. DOMINGO, Rafael. *El Derecho Global*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2008, p. 135.

(5) STIGLITZ, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2002, p. 464.

(6) LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos, Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 28.

(7) *Ibidem*; p. 32.

bre la base de escuchar todas las voces y de implementar soluciones de equilibrio”⁽⁸⁾.

No obstante ello, es preciso señalar que el fenómeno de la globalización no puede absorber el pensamiento universal y colocar el Derecho al servicio exclusivo de esa entelequia denominada “mercado”. El Derecho está llamado a salvaguardar el contenido ético de los intercambios económicos y la justicia en las relaciones personales, fines que el Derecho persigue y que constituyen su razón de ser⁽⁹⁾.

La unificación legislativa constituye, a no dudarlo, una tarea muy ardua. Los países de América Latina, alentados por una misma historia, han suscrito múltiples instrumentos internacionales para la cooperación y el desarrollo, conscientes de que la integración económica no sólo es un fin en sí misma, sino también un medio para avanzar en la conformación de una gran comunidad latinoamericana. Sin embargo, buena parte de esas iniciativas se han malogrado por las diferencias existentes entre los diversos países que, incluso, se acentúan dentro de sus propios territorios.

Por todas estas consideraciones, la búsqueda de un gran acuerdo sobre principios y normas contractuales a nivel latinoamericano plantea un gran reto que hemos asumido con mucha entereza y responsabilidad, acuerdo que sólo se podrá lograr a partir del conocimiento y respeto de nuestras diferencias, en aplicación práctica de esa prédica, ahora universal: “unidos en la diversidad”.

2. EL ACTO JURÍDICO

En su definición más llana, el acto jurídico es la manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos. Si en la producción del acto jurídico interviene una sola persona, el acto es unipersonal.

(8) *Ibidem*; p. 32.

(9) “La moral no es, necesariamente, lo que la gente hace —la conducta habitual en el mercado— sino lo que debiera hacer; norma de conducta que responde a principios de orden superior y no puede limitarse a la práctica social. De ahí que la eticidad de la economía y la eticidad del derecho sean ideas en pugna o conflicto. Estamos de acuerdo en buscar caminos intermedios, coincidentes, que busquen compadecer, como ya lo hemos señalado, por vía de ejemplo, “utilidad con justicia”. Lo inadmisibles es la derogación de la moral de la sociedad civil en beneficio de la “ética del mercado”. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, MOSSET ITURRASPE, Jorge. *En Contrato en una Economía de Mercado*. Bogotá: Colección Internacional Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, p. 118.

En cambio, si son dos o más personas las que concurren a la celebración del acto jurídico, éste se denomina convención.

El contrato, siguiendo la tradicional doctrina francesa⁽¹⁰⁾, ha sido definido como una especie de convención que tiene por objeto la creación de obligaciones⁽¹¹⁾, aunque muchos autores le confieren a la voluntad un ámbito más holgado y extienden los efectos de los contratos a la “creación, regulación, modificación, transferencia y extinción de las relaciones jurídicas patrimoniales”⁽¹²⁾.

Para efectos del presente artículo y partiendo del hecho de que el contrato es el acto jurídico bilateral por antonomasia, me permitiré utilizar los vocablos acto jurídico y contrato como sinónimos.

2.1. Requisitos de Existencia

Al margen de la controversia planteada alrededor del alcance de la declaración contractual, cuya utilidad actualmente está en duda, la citada definición de acto jurídico nos permite avistar los dos elementos fundamentales que deben forzosamente concurrir para que se configure un contrato, esto es: la manifestación de voluntad de dos o más personas, con arreglo a lo dispuesto en la ley; y, el objeto que persigue dicha voluntad, que no es otro que la producción de las consecuencias jurídicas señaladas expresamente en la ley⁽¹³⁾.

(10) “Si nosotros revisamos, en efecto, la doctrina francesa (Mazeaud, Marty, Jossier, Demogue, Laurent, etc.) veremos que ella repite desde Pothier lo siguiente: ‘La especie de convención, que tiene por objeto formar alguna obligación, es la que se llama contrato’. Según esto, las convenciones serían en general todos los demás negocios jurídicos bilaterales que, en lugar de tener como efecto el nacimiento de una obligación, tengan por efecto extinguir, regular o modificar obligaciones preexistentes, tales como el pago, la remisión de deuda, etc.”. MELICH-ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 18.

(11) “Si el acuerdo de voluntades de las partes tiene por objeto crear obligaciones, la convención recibe el nombre específico de contrato, que es la convención generadora de obligaciones, o el acuerdo de voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones”. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Curso de Derecho Civil, T. IV, Fuentes de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Nascimento, 1942, p. 16.

(12) ALTERINI, Atilio. *Contratos, Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 9. “En efecto, a principios del siglo XIX los pandectistas alemanes tenían del contrato una noción análoga a la que recoge el citado artículo 1.101 del Código Napoleón. Fue Savigny quien extendió la noción de contrato (*Vertrag*) para hacerla coincidir con lo que los franceses llamaban “convención” y hacer así posible una más amplia generalización de ciertos principios”. MELICH-ORSINI, José, ob. cit., p. 18.

(13) “Puntualizamos allí que la falta de condiciones esenciales de todo acto jurídico produce la *inexistencia*. Así, si por definición dicha clase de actos consis-

La voluntad corresponde al ámbito interno del sujeto que tiene el poder de analizar y discernir sobre la conveniencia o no de celebrar un determinado contrato. El sujeto, en su interior, reproduce mentalmente las eventuales consecuencias de su accionar y decide celebrar o no el contrato proyectado, plenamente consciente de sus efectos jurídicos. Pero esa voluntad debe exteriorizarse, pues, de otra manera, no tendría relevancia jurídica.

En muchos casos, esa voluntad debe someterse a formas solemnes con el propósito de proteger los intereses de las partes involucradas en la declaración y de los terceros extraños a ésta. La ley pretende evitar que las personas se comprometan con ligereza por lo que se exige que dicha voluntad se exprese de manera formal, de modo de que el sujeto esté plenamente consciente de los alcances de su declaración⁽¹⁴⁾. En esos casos, el contrato es solemne. Si no se cumple con la solemnidad exigida por la ley, el contrato se considerará inexistente y no producirá efecto jurídico alguno.

Por otro lado, la manifestación de voluntad debe tener un objeto que consiste en la creación, modificación o extinción de relaciones ju-

te en la manifestación de voluntad de una o más personas encaminada directa y reflexivamente a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio que, faltando aquella voluntad o el objeto jurídico a que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, pero no un *acto jurídico*. Y la propia conclusión se impone de modo evidente cuando el acto es solemne y se pretermite la forma prescrita por la ley *ad substantiam actus*, porque, sin esta, la voluntad se tiene por no manifestada, o sea, que se reputa que falta este elemento esencial para que un acto o hecho pueda ingresar en la categoría del *acto jurídico*". OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 6ta edición actualizada. Bogotá: Editorial Temis S. A. 2000, ps. 431/432.

(14) "La exigencia de vestimentas para los contratos impide que las partes se vinculen a la ligera o con torpeza, omitiendo regular o precisar los detalles del contrato. El cumplimiento de las formas da tiempo para reflexionar, pues el contrato formal se concluye más lentamente que el contrato propiamente consensual. El formalismo protege a las partes contra el apresuramiento contractual y también contra las maniobras y trampas ajenas". LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 184. "Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden, y por consiguiente de la libertad... El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad". VON IHERING, Rudolf. *El Espíritu del Derecho Romano*. Madrid: Bailly-Baillière, s. f., p. 180.

rídicas⁽¹⁵⁾. En el período precontractual, las partes inician sus conversaciones, intercambian información, analizan las ventajas y los riesgos del negocio propuesto y se hacen mutuas concesiones de conformidad con sus particulares intereses. Una vez que se llega al acuerdo, las partes exteriorizan su voluntad y celebran el contrato con el firme y decidido propósito de que se generen las consecuencias jurídicas que el derecho le asigna al contrato celebrado. Por lo tanto, el objeto de la declaración contractual está dado por su contenido y por el alcance jurídico que le reconoce la Ley.

Así, por ejemplo, si dos partes se ponen de acuerdo en las características de un bien y en el precio que una de ellas le debe pagar a la otra para convertirse en propietaria de dicho bien, para instrumentar jurídicamente dicho acuerdo y conferirle poder vinculante, deberán celebrar un contrato de compraventa, con arreglo a las disposiciones de la ley. ¿Y por qué deberán celebrar un contrato de compraventa y no otro? Precisamente porque los efectos queridos por las partes sólo se lograrán a través de la compraventa que es un título traslativo de dominio que habilitará al comprador a adquirir el dominio del bien materia de la declaración contractual, una vez que se perfeccione la respectiva tradición, con sujeción a la ley⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, dos son los presupuestos básicos para la existencia de un acto jurídico: la declaración de voluntad y el objeto. Si no existe la declaración de voluntad o si a través de esta no se persigue un objeto jurídico específico, el acto jurídico no llegará a conformarse como tal y, por tanto, no nacerá a la vida jurídica.

Con todo, debo señalar que un importante sector de la doctrina incluye la causa como un requisito de existencia, criterio con el cual me permito disentir para adherirme a la tendencia europea que, bajo

(15) Personalmente, coincido con la tesis de que el contrato engendra efectos jurídicos muy diversos que pueden ser la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Ver también SPOTA, Alberto G. *Instituciones del Derecho Civil, Contratos, Volumen I*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996, p. 19.

(16) CÓDIGO CIVIL: Art. 686. La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

CÓDIGO CIVIL: Art. 691. Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así, el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges.

el influjo del derecho anglosajón, ha optado por prescindir de la causa como elemento esencial del contrato⁽¹⁷⁾.

2.2. Requisitos de Validez

De conformidad con lo previsto en el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano (en adelante simplemente CC), “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1) que sea legalmente capaz; 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) que recaiga sobre un objeto ilícito; y, 4) que tenga una causa lícita”.

El artículo antes transcrito deriva históricamente del artículo 1108 del Código Civil francés y ha sido muy criticado, pues, aparentemente, ha dado origen a la confusión entre los requisitos de existencia y los requisitos de validez de los actos jurídicos. En efecto, si bien la doctrina ha hecho un significativo aporte para sustentar la distinción entre los unos y los otros, las legislaciones no han sido claras al respecto, lo que ha dejado dudas sobre la vigencia y utilidad de la referida dicotomía conceptual.

Como se explicó anteriormente, la Ley exige el cumplimiento de ciertos requisitos básicos para que los actos jurídicos se perfeccionen, es decir, para que nazcan a la vida jurídica, pues, de lo contrario, dichos actos se entenderán inexistentes. Estos presupuestos básicos son la manifestación de voluntad y el objeto.

El citado artículo 1461, en realidad, enlista los requisitos de validez del acto jurídico. En efecto, sin perjuicio de que el acto jurídico se haya conformado como tal por la concurrencia de sus elementos esenciales, pueden existir vicios o defectos que afecten su viabilidad y contenido obligacional. Esto ocurre, cuando los agentes no cumplen con

(17) “Una característica significativa del Anteproyecto es la prescindencia de la causa como elemento esencial del contrato, y su sustitución por el concepto de contenido. Esta tesitura responde a la influencia del derecho anglosajón, donde el concepto de causa es desconocido, y constituye un hito significativo en la actual concepción del contrato, sobretodo sorprendente para los juristas latinoamericanos, tan habituados a su manejo. Es de destacar que los últimos proyectos de reforma del derecho francés de los contratos, tanto el proyecto de Pierre Catala de 2005 como el más reciente de 2007 inspirado por François Terré, quien también es miembro de la Academia de Iusprivatistas Europeos, siguen la misma orientación prescindiendo del elemento causa entre los esenciales de los contratos en general”. DE CORES, Carlos; GANDOLFI, Giuseppe. *Código Europeo de Contratos*. Buenos Aires: Zavallá, 2009, p. 22.

los requisitos de capacidad, cuando su voluntad se encuentra viciada por error, fuerza o dolo, cuando el objeto es ilícito o cuando la causa es falsa o ilícita. En cualquiera de estos casos, los actos existirán y producirán sus efectos jurídicos hasta que un juez les imponga la sanción civil pertinente que no es otra que la nulidad.

2.3. La conveniencia de mantener la diferencia entre Requisitos de Existencia y Requisitos de Validez

La distinción entre los requisitos de existencia y los requisitos de validez del acto jurídico es fundamental para entender la diferencia entre la inexistencia y la nulidad, que es la sanción civil típica para aquellos casos en los que se infringen las prescripciones del artículo 1461 del CC.

En cuanto a los requisitos de existencia, es claro que la falta de concurrencia de cualquiera de los elementos vitales del acto jurídico (declaración de voluntad expresada de conformidad con la ley y objeto), ocasiona que éste no llegue a configurarse como tal y, por ende, no nazca a la vida jurídica.

Sobre los requisitos de validez, no hay duda de que el artículo 1461 del CC señala expresamente los estándares que deben cumplir cada uno de los elementos enlistados en dicha disposición legal. Si el acto jurídico se configura como tal pero cualquiera de sus elementos no se ajusta a los estándares previstos en la norma citada, su poder vinculante será precario y estará expuesto a la sanción civil prevista en el ordenamiento jurídico.

No es lo mismo que el objeto sobre el cual debe recaer la declaración de voluntad no exista o que éste sea ilícito. En el primer caso, estamos frente a un supuesto de inexistencia. Se trata de un acto que el derecho no lo puede reconocer como jurídico. En el otro, el acto jurídico existe pero adolece de un defecto genético que, sin duda, lo privará de sus efectos jurídicos.

2.4. La eficacia del Acto Jurídico

El contrato es una institución jurídica que presenta dos aspectos claramente diferenciados: uno estructural y otro funcional.

Desde el punto de vista orgánico o estructural, el contrato constituye un régimen de conductas. Se trata de un código especial que las partes se comprometen a respetar para que la declaración de voluntad produzca los efectos queridos. Las partes, en ejercicio de la autonomía

de la voluntad y con sujeción a la ley, asumen mutuos compromisos que deberán cumplir para que la declaración de voluntad sea eficaz.

Desde el punto de vista funcional, el contrato es un ente instrumental que permite satisfacer una finalidad de naturaleza eminentemente económica⁽¹⁸⁾. “El contrato cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante: el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes”⁽¹⁹⁾.

Nadie contrata simplemente por contratar. El contrato es un instrumento jurídico a través del cual se le confiere carácter vinculante al acuerdo de las partes sobre una situación de orden económico. Las personas celebran contratos con el propósito de regular adecuadamente los intercambios de bienes y servicios, por lo que la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, en realidad, tiene por objeto la concreción de acuerdos y realidades económicas.

2.5. La Ineficacia del Acto Jurídico

En términos generales, la ineficacia del acto jurídico se produce cuando éste, por diversas circunstancias, intrínsecas o extrínsecas, no produce los efectos jurídicos previstos por las partes y reconocidos por la ley. En línea con esta definición *lato sensu*⁽²⁰⁾, se sostiene que la ineficacia del acto jurídico puede ser estructural o sobrevinida.

(18) “Para poner de resalto la importancia económica del contrato nos bastaría con señalar su carácter de primordial fuente de obligaciones. La base económica de ese Derecho es evidente. Se puede decir, con Ascoli, que ‘el Derecho de las obligaciones es el Derecho del cotidiano comercio de la vida’, y no nos referimos aquí al comercio en el sentido técnico, sino al intercambio de todos los días, a aquel intercambio que para el hombre, *animal aeconomicus* por excelencia, constituye una condición de su existencia. Sin desconocer los otros aspectos de la variada y multiforme actividad humana”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos Edición Actualizada*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 51.

(19) MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 34.

(20) “Dícese que el contrato es ineficaz, *stricto sensu*, cuando, a despecho de ser válido no produce —temporaria o definitivamente— sus efectos en razón de la existencia de obstáculos extraños a los presupuestos y requisitos”. MORELLO, Augusto Mario. *Ineficacia y Frustración del Contrato*. La Plata: Librería Editorial Platenense S.R.L., 2006, p. 30.

La ineficacia estructural se produce cuando el acto jurídico adolece de un vicio que afecta su validez. El acto jurídico existe. Pero también existe un defecto que amenaza su viabilidad. En cambio, la ineficacia sobrevenida ocurre cuando dentro de la dinámica funcional del contrato se produce una circunstancia exógena que malogra sus naturales efectos.

En el campo de la ineficacia del acto jurídico, como suele acontecer en muchos otros, los desencuentros se producen, en parte, por las deficiencias en el lenguaje. Como acertadamente señala don Federico De Castro y Bravo "...la doctrina no ha llegado a un acuerdo sobre la distinción de los tipos de ineficacia y su correspondiente rotulación. En buena parte ella resulta de la carencia de una exacta terminología y de la polivalencia semántica de las voces empleadas"⁽²¹⁾. Los vocablos que se utilizan para identificar los diversos tipos de ineficacia estructural o funcional son muy variados: invalidez, nulidad, anulabilidad, inoponibilidad, actos incompletos, atacables, imperfectos, rescisión, resolución, revocatoria, resciliación, impugnabilidad, revisión, frustración, etcétera.

Como bien ha señalado Bielsa, esta especie de promiscuidad en el uso del lenguaje no se debe propiamente a la creatividad de los juristas sino al hecho de que, en muchos casos, con el propósito de evitar repetir una misma palabra dentro de una exposición se recurre a otras que se consideran sinónimas pero que, en realidad, no lo son, contribuyendo de esta forma a la confusión y al desconcierto⁽²²⁾. Esta realidad impone, como primer paso dentro de un proceso de armonización legislativa, la necesidad de un acuerdo conceptual y terminológico.

En mi opinión, la ineficacia se refiere a la inhabilidad del acto jurídico para producir sus efectos, sea que ésta obedezca a sus defectos congénitos o al acaecimiento de circunstancias que afectan su poder vinculante y que se producen durante el período de ejecución de las obligaciones contractuales. En uno o en otro caso, el contrato deja de producir sus efectos y la declaración de voluntad se torna estéril.

En todo caso, ineficacia e inexistencia son dos categorías conceptuales plenamente autónomas. La ineficacia deviene de la nulidad o

(21) DE CASTRO y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas Ediciones S. A. 2002, p. 462.

(22) BIELSA, Rafael, citado por ALTERINI, Jorge Horacio, CORNA, Pablo María, ANGELANI, Elsa Beatriz, VÁSQUEZ, Gabriela Alejandra. *Teoría General de las Ineficacias*. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 2.

de las contingencias a la que está expuesto el acto jurídico. La inexistencia, en cambio, es una situación que se produce por la falta de uno de los presupuestos básicos del acto jurídico que impide que éste se configure como tal.

3. LA INEXISTENCIA JURÍDICA

La denominada “inexistencia jurídica”, tratada con frecuencia como un supuesto más de ineficacia, ha generado amplios y muy variados debates. Es claro que un acto inexistente jamás producirá efectos y, por ende, será ineficaz. Pero, esto no significa que la inexistencia es un supuesto más de ineficacia, pues, esta última está referida, en mi opinión, para aquellos casos en los que el acto jurídico ha nacido a la vida jurídica.

Como bien sostiene la profesora de la Universidad de Valencia, Carmen López Beltrán de Heredia, la ineficacia del acto jurídico puede ser estructural o funcional. “La nulidad y la anulabilidad son las categorías típicas de la invalidez del negocio jurídico, expresivas de los que se ha denominado “ineficacia estructural”, por cuanto su ineficacia deriva de defectos, vicios en la formación o celebración del negocio (imperfección inicial), en contraposición con la llamada ineficacia funcional, que supone un negocio regularmente formado que contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho”⁽²³⁾. En ninguno de estos casos se menciona aquellos actos que, por la carencia de uno de sus elementos esenciales, no alcanzan el reconocimiento del derecho y a los cuales, para mejor comprensión, los denominaré en adelante como actos incompletos o inacabados.

En un esfuerzo por zanjar las diferencias, finalmente se ha llegado a manifestar que la “inexistencia” es una categoría conceptual que corresponde al mundo de las ideas, de lo meta legal. Los casos de ineficacia son regulados expresamente por el derecho positivo y éste no aborda la inexistencia, por lo que el debate sobre dicha institución resulta anodino e innecesario. Por último, los casos de inexistencia no conllevan otra sanción que la nulidad absoluta, por lo que sólo resta aplicar a dichos supuestos el régimen de la nulidad y no entrar en mayores devaneos⁽²⁴⁾. Personalmente, difiero con esa corriente de opinión.

(23) LÓPEZ BELTRÁN, Carmen. *La Nulidad de los Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 21.

(24) “La doctrina mayoritaria considera que la distinción entre nulidad radical e inexistencia, seguramente, no es útil ni necesaria. Carece de utilidad porque la inexistencia no produce consecuencias jurídicas mayores que aquellas a las que

La inexistencia es una categoría conceptual autónoma cuyas consecuencias están dadas por sí misma, independientemente de las consecuencias que acarrearán los actos nulos o anulables.

3.1. Antecedentes históricos

Como es bien conocido por todos, la nulidad produce efectos devastadores en la medida en que desaparece el acto de la realidad jurídica. Es un principio del derecho contractual, reconocido como norma jurídica, que la nulidad vuelve las cosas a su estado inicial como si jamás se hubiera contratado. Con el propósito de darle certidumbre y estabilidad a los actos jurídicos, para demandar la nulidad se exige la invocación de una causal expresamente contemplada en la ley.

“La figura de la inexistencia tuvo su primera elaboración por parte de la doctrina francesa en materia de matrimonio. Tal figura permitiría superar el límite taxativo de la nulidad matrimonial para justificar la invalidez en hipótesis que si bien no estaban previstas por la ley, no se podían considerar idóneas para constituir un vínculo conyugal válido”⁽²⁵⁾.

Se le atribuye a Zacharie el planteamiento de la teoría de la inexistencia para superar las limitaciones impuestas por las normas vigentes para la nulidad y dilucidar, con base a dicha elaboración conceptual, el problema presentado alrededor de un matrimonio de personas del mismo sexo. Dicha hipótesis no había sido contemplada dentro de las causales de nulidad matrimonial, por lo que: “Para salvar tal obstáculo, se dirá que se trata de un *“matrimonium non existens”*. Este mismo criterio se aplicará, siempre por exigencias del buen sentido, a la falta de consentimiento en los contratos y, después, en general, a la carencia de requisitos esenciales”⁽²⁶⁾.

“La noción de inexistencia, extendida al contrato en general, ha conservado el significado de una forma adicional de invalidez que se acompaña a la de nulidad, pero que sustancialmente es equivalente a esta última. Superada la razón originaria de la diferenciación, a los au-

conduce la nulidad absoluta. Carece de necesidad porque no es preciso que la nulidad venga taxativamente impuesta por la ley, bastando con que venga exigida por el significado y finalidad que deba atribuirse a la misma ley o por la obra de los principios generales del derecho”. Díez-PICAZO, y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil, Vol. I, 4ª ed.* Madrid: 1993, p. 429.

(25) BIANCA, C. Massimo. *Derecho Civil 3. El Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 635.

(26) DE CASTRO y BRAVO, Federico, ob. cit., p. 464.

tores franceses les pareció consecencial el rechazo de la inexistencia como categoría autónoma de la invalidez del contrato”⁽²⁷⁾.

3.2. Naturaleza Jurídica

El análisis ontológico no ha sido fácil. Aquellos que sostienen que la inexistencia es un supuesto de ineficacia, la califican como una especie de sanción. No coincido con esta visión que, en mi opinión, constituye una verdadera antinomia, toda vez que la sanción supone siempre, al menos, tres elementos fundamentales: i) la existencia de un acto que genera derechos y obligaciones; ii) la tipificación legal; y, iii) la decisión judicial que priva los efectos del acto jurídico viciado.

Con mucho acierto, Ghersi afirma que “la sanción implica privar al contrato de existencia o privar a las cláusulas de los efectos previstos por las partes; es decir, el Derecho como ordenamiento coercitivo reemplaza la posibilidad creadora de las partes, porque han perdido su competencia para legislar. El ordenamiento jurídico reacciona mediante la sanción, para evitar una situación jurídica que se considera disvaliosa, tratando en la nulidad del contrato de retrotraer la regulación al momento inmediatamente anterior a la celebración, como si dicha relación jurídica nunca hubiese existido”⁽²⁸⁾.

Si la inexistencia es una sanción que consiste en la privación de los efectos jurídicos del contrato ¿qué sentido o interés tiene sancionar un contrato que, *per se*, no es idóneo para producir dichos efectos jurídicos?

La inexistencia es la nada. Si pudiéramos graficar el mundo jurídico dentro de las coordenadas de tiempo y espacio, el acto en el que no concurren sus elementos esenciales, no tiene cabida en él. Se trata de un acto incompleto, inacabado, que no ha logrado su reconocimiento por el derecho como acto jurídico.

En el evento de que el acto incompleto sea sometido al escrutinio judicial, los jueces se limitarán a reconocer que el acto jurídico jamás se configuró como tal y a recomponer la situación entre las partes si es que alguna de ellas, o ambas, han ejecutado alguna prestación por cuenta de él⁽²⁹⁾. En tratándose de la nulidad o de los otros supuestos

(27) BIANCA, C. Massimo, ob. cit., p. 636.

(28) GHERSI, Carlos A. *Nulidades de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005, p. 150.

(29) “En algunos casos puede ser necesaria la intervención de la autoridad judicial, sobre todo en relación con los efectos de hecho que las partes han producido

de ineficacia sobrevenida, el pronunciamiento del juez implica una valoración de los vicios o disfunciones del acto jurídico objetado y la privación de sus efectos por sus defectos congénitos o funcionales.

Así las cosas, la inexistencia aparece como una situación fáctica originada por la falta de concurrencia de uno de los elementos constitutivos o esenciales del acto jurídico que, por su condición de incompleto o inacabado, no puede nacer a la vida jurídica.

3.3. Clases de Inexistencia

La doctrina suele calificar la inexistencia como “propia” cuando se trata de un acto incompleto o inacabado. Por el contrario, la inexistencia “impropia” se refiere a ciertos actos en los que a pesar de que concurren sus elementos esenciales, el derecho los repudia y reputa como inexistentes.

En la inexistencia “impropia”, es la propia ley la que ordena imperativamente que el acto jurídico, completo y acabado, no surta sus consecuencias jurídicas. En realidad, se trata de una ficción a la que la ley apela como recurso extremo para privar de sus efectos a la declaración contractual. Es el caso de las denominadas “nulidades radicales” que escapan al presente trabajo⁽³⁰⁾.

3.4. Efectos derivados de la Inexistencia propia

No obstante que he venido sosteniendo que el acto incompleto o inacabado no puede producir los efectos jurídicos queridos por las partes, es menester aclarar que, en ciertos casos, dichos actos incompletos pueden generar efectos colaterales derivados de: i) la presencia de un elemento que *per se* genera consecuencias jurídicas; y, ii) la configuración de una especie de “apariencia jurídica” que el derecho se ve en la necesidad de regular en función de los intereses de las partes involucradas en el acto incompleto y, fundamentalmente, de terceros.

como consecuencia del negocio inexistente. Dicha intervención judicial no puede dirigirse a invalidar o destruir lo que no tiene existencia jurídica, sino de simple hecho, y los jueces deben limitarse a evitar que una de las partes se enriquezca indebidamente a expensas de la otra, es decir, a restablecer el equilibrio en los respectivos patrimonios”. VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*, T. I. Parte General y Personas. 5ta. edición. Bogotá: Temis, 1972, p. 573.

(30) RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno, Teoría Bimembre de la Nulidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 16.

Puede suceder, por ejemplo, que en el acto incompleto esté presente la voluntad que no ha sido manifestada en la forma prescrita por la ley pero que ha generado cambios en el mundo real, vocablo al que recorro para distinguirlo del mundo jurídico, en el cual el acto incompleto no ha merecido ningún reconocimiento.

Veamos un caso hipotético para clarificar las ideas. Dos partes celebran un contrato de promesa de compraventa de un bien raíz por instrumento privado, a pesar de que la ley dispone que la promesa de compraventa de un bien raíz “no producirá efecto alguno” si no se celebra por instrumento público⁽³¹⁾. En ejecución de los compromisos asumidos, el promitente comprador le entrega al promitente vendedor una cierta cantidad de dinero a título de arras confirmativas. Si bien el acto no ha generado los efectos propios señalados en la ley para el contrato de promesa, esto es, comprometer a los promitentes a celebrar el contrato prometido, se ha producido una alteración del mundo real por el desplazamiento del dinero de manos del promitente comprador a manos del promitente vendedor.

Dichos efectos —empobrecimiento del promitente comprador y enriquecimiento del promitente vendedor— no nacen propiamente del contrato de promesa de compraventa que se otorgó sin acatar las solemnidades exigidas por la ley para la exteriorización de la voluntad de los promitentes, sino de un acto voluntario (entrega de dinero) que el derecho no puede desconocer y que aún más debe regular para resguardar los intereses, en este caso, del promitente comprador.

3.5. Los actos jurídicos aparentes o putativos

Existen casos, ciertamente excepcionales, en los cuales la declaración de voluntad se presenta revestida de presunta legalidad. Esta apariencia —que generalmente induce al error— puede generar efectos o consecuencias negativas para terceros de buena fe que dan por cierto y legítimo el acto jurídico aparente que, en la realidad, es inexistente.

(31) CÓDIGO CIVIL: Art. 1570. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código; 2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces; 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, 4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

Algunos autores han calificado a este acto aparente como acto putativo y lo han definido como “aquel que la ley reputa o presume perfecto y eficaz, por cuanto aparenta reunir todas las condiciones legales para su existencia y validez, aunque realmente carezca de alguna o algunas de ellas”⁽³²⁾.

En seguridad del interés de los terceros, y en algunos casos de las propias partes involucradas en el acto incompleto o inacabado⁽³³⁾, la ley le reconoce sus efectos propios hasta que exista un fallo judicial que constate la inexistencia.

Para explicar la validez provisional de dichos actos incompletos o inacabados, algunos autores sostienen que, en esos casos, opera un tipo de conversión que transforma el acto inexistente en un acto nulo⁽³⁴⁾.

Veamos un ejemplo. El título falsificado, esto es el no otorgado por la persona que aparece en él, es un título inexistente pues no hay ningún vestigio de la voluntad de su otorgante. No obstante ello, en virtud de su apariencia de legitimidad, la ley le reconoce la condición de título injusto que habilitaría a su titular a regularizar su situación jurídica en virtud de la prescripción adquisitiva extraordinaria⁽³⁵⁾. La validez provisional del título falsificado que, en realidad es inexistente por falta de voluntad, ocurre por cuanto la ley lo asimila a los títulos nulos que gozan de validez provisional hasta que un juez diga lo contrario.

(32) OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo, ob. cit., p. 428.

(33) CÓDIGO CIVIL: Art. 94. El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

(34) RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, ob. cit., p. 22.

(35) CÓDIGO CIVIL: Art. 719. No es justo título: 1. El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que aparece como otorgante; 2. El conferido por una persona como mandatario o representante legal de otra, sin serlo; 3. El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que, debiendo ser autorizada por un representante legal o por el juez, no lo ha sido; y, 4. El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por acto testamentario posterior, etc. Sin embargo, al heredero putativo a quien, por disposición judicial, se haya dado la posesión efectiva, servirá aquella de justo título, como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Este caso excepcional se produce única y exclusivamente en interés y protección de los terceros.

3.6. La Existencia y la Validez

La existencia constituye el reconocimiento jurídico de una declaración de voluntad realizada con sujeción a la ley, sobre un objeto determinado. La validez, en cambio, se refiere al poder vinculante de dicha declaración de voluntad. Lo que no existe, técnicamente, no puede ser válido ni nulo. El antónimo de la existencia es la inexistencia, en tanto que el antónimo de la validez es la nulidad. La inexistencia es la ausencia del acto, mientras que la nulidad es la negación de su validez y, por ende, la privación de sus efectos⁽³⁶⁾.

La nulidad es una sanción civil que priva de sus efectos al acto jurídico existente. Mientras no exista un pronunciamiento judicial, el acto jurídico se reputa válido, aunque sea, de manera provisional. Dicha validez transitoria se explica por cuanto el tiempo opera como un bálsamo que sana los vicios del acto jurídico existente y que incluso legitima situaciones de hecho.

En el caso de la inexistencia, el transcurso del tiempo es irrelevante, pues, no suplirá los elementos de los cuales carece el acto (declaración de voluntad y objeto) y que han sido determinantes para impedir su advenimiento al mundo jurídico.

3.7. La Inexistencia en la Doctrina

Como se indicó anteriormente, la discusión sobre la inexistencia no ha sido pacífica. Parece ser que a efectos de llegar a una amigable composición de intereses, la doctrina mayoritaria y los tribunales han optado por reconocerle a la inexistencia algún grado de auto-

(36) "Hemos dicho ya que para que el acto jurídico exista es indispensable que concurren las cosas que son esenciales a su existencia; y que para que tenga pleno valor jurídico, o sea, produzca los efectos que debe producir según su clase, es necesario que esté exento de vicios. Si falta una de las cosas esenciales a su existencia el acto no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto alguno; es la *nada*. Si solo falta un requisito necesario para la validez del acto, éste existe con el vicio; es un acto *nulo*, pero no un acto inexistente.... No es lo mismo la *nada* que la *nulidad*: La nada es la no existencia, y su sanción es la misma inexistencia que ha hecho imposible el perfeccionamiento del acto y la producción de algún efecto; la nulidad es la invalidez, es la sanción del vicio de que el acto adolece; el acto es *nulo*, de nulidad absoluta o es *rescindible*, por ser nulo relativamente". CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*. Tomo Duodécimo. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 582.

mía conceptual sin que tal reconocimiento conlleve consecuencias significativas en el orden jurídico. En la práctica, la inexistencia se la homologa a la nulidad y se le aplica el régimen legal previsto para esta última.

Al respecto, son reveladoras las palabras de Colin y Capitant, quienes señalan que “las palabras nulidad absoluta e inexistencia son casi sinónimas. Así lo eran en el lenguaje jurídico de los romanos. Decir de un acto: *nulidad est*, significa indistintamente: el acto es nulo, o bien: no existe el acto, el acto es inexistente”⁽³⁷⁾.

No obstante ello, la discusión se ha mantenido en el tiempo y existen partidarios de la inexistencia y otros que reniegan de la vigencia y utilidad de esta teoría. Para ilustrar los desacuerdos que hasta ahora perduran, propongo un sucinto análisis de las posiciones contradictorias de dos juristas chilenos que soportan sus aseveraciones en las mismas disposiciones del Código Civil chileno que, por cierto, son idénticas a las disposiciones del Código Civil ecuatoriano.

3.7.1. *La Posición en contra de la Inexistencia*

El tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez, descarta la inexistencia y afirma que el Código Civil chileno sólo da espacio a la nulidad absoluta y la relativa. Para ello, esgrime tres razones fundamentales.

Para el señor Alessandri, los requisitos para la existencia y validez del acto jurídico están señalados en el artículo 1682 del Código Civil chileno (1725 del CC), el cual prescribe que la nulidad absoluta se produce “por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”. La aludida disposición legal no distingue entre requisitos de existencia y requisitos de validez del acto jurídico por lo que, en ausencia de cualquiera de ellos, la única sanción civil posible es la nulidad absoluta.

En segundo lugar, sostiene el señor Alessandri que el Código Civil no regula los efectos que produce la llamada inexistencia “de manera

(37) COLIN, Ambrosio y CAPITANT Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. I, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, ps. 200 y 201.

que los actos que en doctrina son inexistentes, entre nosotros son nulos de nulidad absoluta”⁽³⁸⁾.

Para el citado autor, existen algunas disposiciones del Código Civil que podrían dar sustento a la afirmación de que la legislación positiva reconoce la teoría de la inexistencia, como el artículo 1460 (artículo 1476 del CC⁽³⁹⁾) que dispone que toda declaración de voluntad debe recaer sobre un objeto, o el artículo 1467 (artículo 1483 del CC⁽⁴⁰⁾), según el cual no puede haber obligación sin una causa real o lícita o el 1701 (artículo 1718 del CC⁽⁴¹⁾) que señala que la falta de un instrumento público, cuando la ley exige dicha solemnidad, dará lugar a que dichos actos se consideren como no ejecutados o celebrados.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en el título del Código Civil que regula las consecuencias que produce la omisión de los requisitos exigidos para las declaraciones de voluntad (“de la Nulidad y la Rescisión”), únicamente se regula la nulidad absoluta y la nulidad relativa, por lo que la doctrina de la inexistencia no encuentra asidero alguno. El tenor del artículo 1681 (artículo 1697 del CC⁽⁴²⁾), que dice que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor mismo del acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes,” constituye, para el señor Alessan-

(38) ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, ob. cit., p. 317.

(39) CÓDIGO CIVIL: Art. 1476. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

(40) CÓDIGO CIVIL: Art. 1483. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

(41) CÓDIGO CIVIL: Art. 1718. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes.

(42) CÓDIGO CIVIL: Art. 1697. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

dri, “el desmentido más convincente a los que sostienen la teoría de la inexistencia”⁽⁴³⁾.

En tercer lugar, el artículo 1682 (artículo 1698 del CC⁽⁴⁴⁾) sanciona con la nulidad absoluta los actos en los que intervienen los absolutamente incapaces, como los dementes, impúberes o sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. En todos esos casos no existe voluntad, pese a lo cual, la ley los considera nulos de nulidad absoluta y no como inexistentes.

3.7.2. La Posición a favor de la Inexistencia

Por paradójico que pareciere, el señor Luis Claro Solar, defiende la teoría de la inexistencia con arreglo a las mismas disposiciones legales que esgrime el señor Alessandri para descartarla.

Para el señor Claro Solar, la ausencia o privación de los efectos de un acto jurídico no es sinónimo de nulidad. Para sustentar su afirmación cita algunos ejemplos. Un contrato sujeto a condición resolutoria deja de producir sus efectos desde el momento en que se cumple la condición. La obligación de entregar un cuerpo cierto se extingue desde el momento en que la cosa se destruye sin culpa del deudor. “Todos estos actos no dejan de producir efectos porque adolezcan del vicio de nulidad, sino porque llega el evento que los privaba del valor para producirlos. No es siempre resultado de la nulidad que un acto o contrato no produzca efecto; ni puede decirse por regla general que sea nulo el acto o contrato que no produce efecto”⁽⁴⁵⁾.

Precisamente, en virtud de lo anterior, el artículo 1681 señala que es nulo el acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos exigidos por la ley para la validez de dicho acto o contrato y no para su existencia.

La ley, en opinión del señor Claro Solar, distingue perfectamente la inexistencia de la nulidad. La inexistencia se produce cuando faltan los elementos esenciales del acto, en tanto que la nulidad ocurre cuando faltan algunos de los requisitos exigidos para su validez, esto es, para vincular a las partes. Una condición *sine qua non* para que el acto

(43) ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, ob. cit., p. 317.

(44) CÓDIGO CIVIL: Art. 1697. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

(45) CLARO SOLAR, Luis, ob. cit., p. 586.

pueda ser catalogado como nulo es, precisamente, que el acto exista. Algunos ejemplos de esta distinción aparecen en los artículos 1701 (artículo 1718 del CC), 1801 (artículo 1740 del CC⁽⁴⁶⁾), 1802 (artículo 1741 del CC⁽⁴⁷⁾), 1809 (artículo 1748 del CC⁽⁴⁸⁾), 1814 (artículo 1753 del CC⁽⁴⁹⁾), 2055 (artículo 1953 del CC⁽⁵⁰⁾), 2057 (artículo 1971 del CC⁽⁵¹⁾), etc.

Bajo esta misma óptica, el artículo 1455 exige como presupuestos de toda declaración de voluntad la existencia de determinados elementos con estándares específicos. En efecto, dicho artículo exige capacidad “legal”, consentimiento “exento de vicios”, objeto y causa “lícita”.

(46) CÓDIGO CIVIL: Art. 1740. La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito. Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio, y los que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a la excepción del inciso segundo.

(47) CÓDIGO CIVIL: Art. 1741. Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso segundo del artículo precedente no se reputen perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.

(48) CÓDIGO CIVIL: Art. 1748. Podrá, asimismo, dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes. En caso de no convenirse, no habrá venta. No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes.

(49) CÓDIGO CIVIL: Art. 1753. La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no surte efecto alguno. Si faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación. El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe.

(50) CÓDIGO CIVIL: Art. 1953. El que ha contratado con el acarreador para el transporte de una persona o carga, está obligado a pagar el precio o flete del transporte y el resarcimiento de los daños ocasionados por hecho o culpa del pasajero o de su familia o sirvientes, o por vicio de la carga.

(51) CÓDIGO CIVIL: Art. 1971. Los contratantes pueden encomendar la división de los beneficios y pérdidas a ajeno arbitrio, y no se podrá reclamar contra éste, sino cuando fuere manifiestamente inicuo; y ni aun por esta causa se admitirá contra él reclamación alguna, si han transcurrido tres meses desde que fue conocido del reclamante, o si ha empezado a ponerse en ejecución por él. A ninguno de los socios podrá cometerse este arbitrio. Si la persona a quien se ha cometido fallece antes de cumplir su encargo, o deja de cumplirlo por otra causa, cualquier socio puede dar fin a la sociedad; y la distribución de beneficios y pérdidas se arreglará a los dos artículos siguientes.

Si existe consentimiento, pero éste adolece de vicios, el acto existe pero no es válido y, consecuentemente, no generara los efectos jurídicos señalados en la ley. Por el contrario, si no existe el consentimiento, el contrato jamás llegará a configurarse como tal, por lo que sería contradictorio calificarlo como nulo⁽⁵²⁾.

Sobre el argumento de que los actos o contratos de los absolutamente incapaces son sancionados con la nulidad absoluta y no se reputan inexistentes, el señor Claro Solar afirma que la incapacidad de éstos “proviene de su falta de discernimiento e imposibilidad de tener y manifestar una voluntad consciente... pero como pueden aparentemente consentir, la ley expresamente declara que adolece de nulidad absoluta el acto o contrato de las personas absolutamente incapaces”⁽⁵³⁾.

3.8. Regulación de la Inexistencia

Si reconocemos que la inexistencia es una situación fáctica que podría acarrear determinadas consecuencias relevantes para el derecho, es necesario analizar determinados principios que deben aplicarse a esta categoría conceptual.

3.8.1. *El acto inexistente no produce efectos jurídicos*

El acto inexistente, incompleto o inacabado, no produce efectos jurídicos, pues, lo que no nace a la vida jurídica no puede engendrar los efectos señalados en la ley, los cuales están reservados para los actos jurídicos completos o acabados.

Lo anterior nada tiene que ver con los denominados efectos colaterales o fácticos que se producen como consecuencia de los actos voluntarios de las partes o de los actos aparentes o putativos a los que se confiere validez provisional en protección de los intereses de los terceros de buena fe.

3.8.2. *No se requiere declaración judicial*

Los actos jurídicos que adolecen de un vicio de nulidad conservan su validez provisional hasta que un juez declara su nulidad, lo priva de

(52) “En una palabra, si no ha habido parte capaz de consentir, si no ha habido consentimiento de ninguna clase, ni objeto, ni causa, no ha podido existir el acto jurídico que la ley regla; no hay contrato que pudiera decirse nulo, porque en absoluto el contrato no ha llegado a existir, no ha alcanzado su perfeccionamiento jurídico; no se ha hecho nada”. CLARO SOLAR, Luis, ob. cit., p. 587.

(53) *Ibidem*; ps. 600 y 601.

sus efectos y dispone que las cosas se retrotraigan al momento inicial. El acto incompleto no produce efectos jurídicos y, por ende, carece de validez provisional por lo que la declaración judicial es innecesaria.

No obstante lo anterior, he manifestado que, en ciertos casos, se producen efectos colaterales o fácticos que no pueden ser calificados como efectos jurídicos que dimanen del acto incompleto, sino de la voluntad de las partes o de los denominados actos aparentes o putativos a los cuales se les confiere validez provisional en protección de los terceros de buena fe, según se explicó anteriormente.

En caso de que se someta a los tribunales de justicia conflictos en los que estén envueltos actos inexistentes, la decisión judicial se limitará a la constatación y reconocimiento de la ausencia jurídica de éstos, sin perjuicio de dar lugar a las prestaciones que se deban necesariamente cumplir para restablecer o recomponer los intereses de las partes en caso de que alguna de ellas haya realizado alguna prestación en ejecución del acto incompleto o inacabado.

En ese evento, el juez deberá constatar y declarar la inexistencia en aplicación práctica del principio del *iure novit curia*. Es decir, aún en el evento de que las partes no aleguen la inexistencia del acto, si el juez, con base a las pruebas aportadas, constata la inexistencia deberá declararlo, tal como sucedería en caso de que el acto adolezca de un vicio de nulidad absoluta⁽⁵⁴⁾.

3.8.3. *La inexistencia no se sana con el tiempo*

La nulidad se sana con el transcurso del tiempo, de conformidad con los plazos establecidos en la legislación para los casos de nulidad absoluta y relativa⁽⁵⁵⁾. En el caso del acto incompleto o inacabado, el

(54) CÓDIGO CIVIL: Art. 1699. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

(55) CÓDIGO CIVIL: Art. 1699. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

paso del tiempo es inocuo, pues, no se podrá incorporar a éste, el elemento constitutivo del cual carece.

3.8.4. La Inexistencia tampoco se sana por la ratificación de las Partes

La voluntad común de las partes es insuficiente para sanear el acto incompleto o inacabado. En el caso que planteamos en líneas anteriores, los promitentes no pueden, por ejemplo, pretender sanear la inexistencia del contrato de promesa de compraventa elevando el instrumento privado a instrumento público y, de esta forma, retrotraer los efectos de la promesa, a la fecha en que se suscribió el instrumento privado.

No hay duda de que las partes podrían ratificar su voluntad inicial de celebrar el contrato de promesa de compraventa y hacerlo, esta vez, con sujeción a la ley, es decir, por instrumento público. Sin embargo, los efectos de dicha declaración de voluntad se generarán a partir de la suscripción del instrumento público y en ningún caso de manera retroactiva. Las partes pueden completar o acabar su declaración de voluntad pero, en ningún caso, conferirle valor a un acto inexistente. La ratificación sólo opera respecto de actos existentes que adolecen de vicios que afectan su poder vinculante. En definitiva, sólo se puede ratificar lo que existe.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

A la luz de todas estas explicaciones, personalmente creo que es necesario reconocerle un espacio normativo a la “inexistencia jurídica”, como una categoría conceptual autónoma.

Con el propósito de aclarar el régimen legal aplicable, sería conveniente distinguir los requisitos de existencia de los requisitos de validez del acto jurídico.

No es necesario desarrollar un estatuto jurídico que pretenda regular exhaustivamente la inexistencia pues caeríamos, en mi opinión,

CÓDIGO CIVIL: Art. 1708. El plazo para pedir la rescisión dura cuatro años. Este cuadrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; y en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. A las personas jurídicas que, por asimilación a los menores, tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, les correrá el cuadrienio desde la fecha del contrato. Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubieren designado otro plazo

en una antinomia. La inexistencia es la nada y sería inoficioso procurar regular aquello que no existe.

En caso de que se produzcan situaciones de hecho que tengan su origen remoto en actos jurídicos incompletos, se deben conceder las acciones legales que permitan la restitución de lo dado o entregado por una de las partes y la indemnización de los daños y perjuicios causados a terceros de buena fe.

El régimen aplicable al acto aparente o putativo debe mantenerse en seguridad y protección de los intereses de terceros.

Por lo demás, los principios jurídicos abordados en el presente trabajo y las disposiciones legales de nuestras legislaciones que son, sino idénticas muy similares, permitirán distinguir, en cada caso, cuando estamos frente a un supuesto de inexistencia y cuando frente a un asunto de nulidad.

LA PRESUPOSICIÓN

Por Juan ESPINOZA ESPINOZA⁽¹⁾

“La presuposición es un tema típicamente transversal. Interseca los territorios del *error* y de la *imposibilidad sobrevenida*, y de sus respectivos remedios. Después el de la *condición*. También el de las relaciones entre la *voluntad expresa y tácita*, y de la *interpretación y la integración* del contrato. En fin, aquel de la relación entre *causa y motivos*: decir que el presupuesto es relevante para la suerte del contrato significa decir que pertenece a la causa y no a los motivos de éste; la teoría de la presuposición redefine el fundamento y los límites del principio de la irrelevancia de los motivos”.

ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*.

La presuposición es una circunstancia externa que sin ser prevista como condición del negocio constituye un presupuesto objetivo que afecta su eficacia y hace que se replantee el plan de repartición de los riesgos acordado entre las partes.

Se afirma que “una doctrina de noble origen” enseña “que cuando el motivo del contrayente se eleva a presuposición (*Voraussetzung*), es decir, a condición del querer y esta condición —aunque no haya sido estipulada en una cláusula expresa— afecta al negocio, su venir a menos somete al negocio a una excepción que lo paraliza”⁽²⁾. Se agrega que “a la teoría de la *Voraussetzung* ha seguido, casi un siglo después, la doctrina según la cual todo contrato es concluido en

(1) Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Superintendente Nacional de los Registros Públicos.

(2) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il Contratto*, Tomo primero, Tercera edición, UTET, Torino, 2004, 543, quienes se refieren a Bernhard WINDSCHEID.

consideración de una especial situación negocial de base (*Geschäftsgrundlage*), cuyo efecto perjudica la eficacia —y cuyo venir a menos resuelve los efectos— del negocio”⁽³⁾. Se define a la presuposición como “una circunstancia externa que sin ser prevista como condición del contrato constituye un presupuesto objetivo”⁽⁴⁾. Se distinguen los presupuestos objetivos generales que “son las condiciones del mercado y de la vida social que inciden en la economía del contrato”⁽⁵⁾, de los presupuestos específicos, que son “las circunstancias particulares a las cuales está subordinado el vínculo contractual”⁽⁶⁾. Un remedio de los primeros es la excesiva onerosidad de la prestación (art. 1440 c.c.⁽⁷⁾) y el de los segundos es, justamente, la presuposición. Entre las circunstancias a tenerse en cuenta “en primer lugar se consideran los presupuestos causales del contrato, o sea, las circunstancias a través de las cuales se realiza la causa concreta de contrato. Tales presupuestos pueden ser generales o específicos y su relevancia es la misma relevancia de la causa. Si la causa no se puede realizar, el contrato se resuelve porque viene a menos el interés que justificaba el compromiso de las partes.

Así, en el clásico ejemplo del balcón alquilado para asistir al desfile de un cortejo, este evento se atiene directamente a la causa del contrato y su impedimento precluye la realización de ésta. El alquiler aquí no es estipulado para consentir genéricamente el uso del balcón, sino para satisfacer el específico interés del conductor a asistir al cortejo en una buena posición”⁽⁸⁾. En segundo lugar “es necesario distinguir los “presupuestos” que entran en el contenido del compromiso contractual. Aquí, en realidad, no se puede hablar propiamente de pre-

(3) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, ob. cit., haciendo referencia a Paul OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, 1921 y a LARENZ, Karl, *Geschäftsgrundlag und Vertragserfüllung*, 1963.

(4) BIANCA, Massimo, ob. cit., 435.

(5) BIANCA, Massimo, ob. cit., 436.

(6) BIANCA, Massimo, ob. cit.

(7) El cual prescribe que: “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

(8) BIANCA, Massimo, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, 437 y 438.

supuestos, tratándose de resultados debidos: estamos en el tema del incumplimiento”⁽⁹⁾.

Común denominador de los casos de presuposición es la “alienación de bienes adquiridos para una determinada utilización”⁽¹⁰⁾. Un caso sería que A le compra a B un terreno edificable, y después el plano regulador municipal cambia, y el terreno se declara inedificable⁽¹¹⁾. Ahora bien, “sobre un diverso plano deben considerarse los presupuestos específicos contractuales (circunstancias externas). La relevancia de tales presupuestos debe ser admitida y explicada sobre la base del contenido del contrato: a las circunstancias externas, es decir, debe reconocerse el valor de presupuestos objetivos del contrato cuando tal valor resulta del contrato mismo. En tal sentido debe tenerse en cuenta no tanto una voluntad real o “hipotética” de las partes, sino el significado del contrato conforme a su interpretación”⁽¹²⁾. En este orden de ideas, “a efectos que una determinada circunstancia adquiera relevancia como presuposición es necesario, se ha dicho, que ésta sea común a las partes o que una parte haya reconocido la importancia determinante que la circunstancia asume para la otra. No parece que el simple conocimiento de la importancia que una circunstancia tiene para la otra parte, valga para subordinar a tal circunstancia la suerte del contrato. La exigencia de la confianza resultaría violada. Si una parte atribuye importancia a una circunstancia determinada, no puede presumir que reversará el riesgo sobre la otra parte por el solo hecho que tenía conocimiento de ello”⁽¹³⁾. Una circunstancia externa se considera presuposición “cuando en aplicación de las reglas de interpretación, inclusive la de la buena fe, se verifica que tal circunstancia tiene un valor determinante a los efectos de la subsistencia del vínculo contractual”⁽¹⁴⁾. La consecuencia es que “el venir menos la presuposición no importa como tal la automática resolución del contrato, sino el remedio del apartamiento unilateral (*recesso*) a favor de la parte para la cual el vínculo contractual se convirtió intolerable o inútil”⁽¹⁵⁾.

Se observa que “no se debe hablar de interpretación extensiva, sino de interpretación complementaria o de interpretación declara-

(9) BIANCA, Massimo, ob. cit., 438.

(10) BIANCA, Massimo, ob. cit.

(11) ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 1038.

(12) BIANCA, Massimo, ob. cit., 438 y 439.

(13) BIANCA, Massimo, ob. cit., 439.

(14) BIANCA, Massimo, ob. cit.

(15) BIANCA, Massimo, ob. cit., 440.

tiva cuando por una de las partes se alegue o cuando el juez verifique que “el resultado práctico en conjunto” que los contrayentes han perseguido en el supuesto concreto, trasciende el esquema típico del contrato puesto en actuación por la determinante relevancia atribuida a una cierta, particular situación, que puede ser tanto de hecho como de derecho; pero que debe ser independiente de la voluntad de las partes: cuya venida a menos o la falta de producción impediría realizar al contrato aquel resultado práctico y con ello, sancionar con la resolución. Nos referimos a casos que la doctrina y ahora tanta parte de la jurisprudencia, tienden a conducir dentro del esquema doctrinal de la presuposición, transformando en una *quaestio iuris* una cuestión que en sustancia es, fundamentalmente, de búsqueda de la común intención de las partes y, por consiguiente, de hecho”⁽¹⁶⁾. En el área del *Common law*, en los *Coronation cases*, encontró aplicación la teoría de la *implication of conditions and of promises*, a partir de la cual se considera que el juez tenga el poder de deducir del contexto contractual el fundamento sobre el cual las partes han concluido el negocio⁽¹⁷⁾. El caso era *Krell v. Henry* y data de 1903, el rey que no pudo ser coronado por anginas fue Eduardo VII⁽¹⁸⁾.

Se sostiene que “estipulado un alquiler del balcón para el día del desfile para la coronación, la coronación es el presupuesto del contrato sólo en cuanto las partes hayan sabido de la fecha originalmente fijada, e ignorado la fecha de la sucesiva postergación, o en cuanto el locador haya asumido el riesgo del cambio de fecha, o en cuanto el conductor haya tomado en alquiler el balcón justo para ver el desfile de la coronación y no para efectuar una mejora a favor del balcón superior. En este sentido es verdad que el problema de la presuposición es un problema de interpretación del contrato, o sea, de reconstrucción de lo que las partes han significado y pensado, de lo que han tenido presente sin mencionarlo”⁽¹⁹⁾. Así, “en el uso corriente, el término “presuposición” designa un criterio de organización de la experiencia jurídica ignoto al derecho escrito y tiene la específica tarea de señalar un supuesto de invalidez y/o de resolución del contrato (del negocio) que no se encuentra (usualmente

(16) CARRESI, Franco, *Dell'interpretazione del contratto*, con notas de Marilena RIZZO, Zanichelli-II Foro, Bologna-Roma, 1992, 70-72.

(17) RIZZO, Marilena, nota 5 en CARRESI, Franco, ob. cit., 74.

(18) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, ob. cit.

(19) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, ob. cit., 544.

considerado no ubicable) en vía directa y puntual en los enunciados del código”⁽²⁰⁾.

En este sentido, se afirma que “es obvio que ningún problema se pondrá cuando el contrayente, directamente interesado que permanezca o que sobrevenga aquella situación, haya externado *verbis* su intención de vincular a ésta la suerte del contrato; piénsese a un contrato que tenga por objeto la compraventa de un área cuando el comprador haya precisado, aunque sea accidentalmente, quizá en el preámbulo del contrato; pero de manera que el vendedor haya tomado conocimiento, su determinación de adquirirla con el fin de realizar obras ediles. Pero, parece obvio que el contrato deberá considerarse automáticamente disuelto también si la autoridad pública competente, en sede de aprobación o modificación de un pre-existente plano regulador, establezca que dicha área deba tener otro destino, frustrando así el fin por el cual el comprador determinó comprarla, fin evidenciado no *verbis*, sino *re* por el precio pagado”⁽²¹⁾.

Por ello, “a la misma conclusión se deberá arribar cuando la común intención de las partes, de atribuir determinada relevancia a una cierta, particular situación, sea de hecho o de derecho, se deduzca de las circunstancias de tiempo y de lugar en las cuales debe realizarse la prestación que directamente se vincula a aquella situación, o por modalidades relativas a la contraprestación que para ésta ha sido acordada”⁽²²⁾. Se propone el siguiente ejemplo: “piénsese que A, propietario de un establecimiento con habitaciones con vista a la *Piazza del Campo* de Siena, conceda a B, a cambio de una contraprestación, el uso y goce de una de dichas habitaciones por uno de los días en los cuales en aquella plaza se corre el *palio*, sin que se haya hecho mención alguna de esta circunstancia en su acuerdo. Quedaría fuera de lugar afirmar que las partes *minus dixerunt quam voluerunt* o advertir la necesidad de recurrir al canon de interpretación de acuerdo con la buena fe (...) para llegar a la conclusión que la concesión del uso y el goce de aquella habitación por aquel cierto y particular día estaban finalizados a la visión de la carrera del *palio*; con la obvia consecuencia que, si esta por cualquier razón no hubiera tenido lugar, el contrato

(20) BELFIORE, Angelo, *La presupposizione*, segunda edición, separata de *Il Contratto in Generale*, Volumen IX, Tomo IV, del *Trattato di Diritto Privato* dirigido por Mario BESSONE, Giappichelli, Torino, 2000, 1.

(21) CARRESI, Franco, ob. cit., 72 y 73.

(22) CARRESI, Franco, ob. cit., 73.

habría debido considerarse automáticamente resuelto”⁽²³⁾. En esta línea de pensamiento, “supóngase que aquella habitación con vista a la *Piazza del Campo* de Siena —o con vista a la calle que habría sido recorrida por el cortejo para la coronación de la reina de Inglaterra, para remontarse al histórico ejemplo sobre el cual ha sido construida la teoría de la presuposición— hubiese sido reservada, en vez de una habitación privada, en un hotel; en suma, que el contrato hubiese sido estipulado con un empresario que no ocasionalmente, sino por profesión habitual, concede también por una breve estadía, el uso y el goce de las habitaciones del inmueble en el cual se ejercita su actividad comercial. Ahora bien, en un caso del género, el hecho que aquella habitación hubiese sido reservada por el cliente justo en el día en el cual se hubiera realizado la carrera del *palio* (o de la calle en la cual habría pasado el cortejo de la coronación) no sería suficiente concluir que el contrato hubiese sido estipulado sobre el presupuesto que justo aquel día se hubiera podido asistir desde aquella habitación a la carrera del *palio* (o al paso del cortejo) ya que, por tanto, éste debería haberse considerado automáticamente resuelto cuando el *palio* no se hubiese realizado (o el cortejo no hubiera transitado): en cambio, se deberá tener en cuenta otro dato de hecho y es precisamente el precio que ha sido solicitado por el albergador. Si, como es previsible, este precio fuese notablemente superior respecto de aquel que ordinariamente era solicitado para el uso y goce de aquella habitación, se deberá deducir que en la común intención de las partes el contrato estaba dirigido a permitir al cliente asistir a la carrera del *palio* (o al paso del cortejo), con todas las consecuencias que se habrían derivado si este presupuesto no se hubiese realizado. Pero si el precio solicitado hubiese correspondido a aquel usualmente practicado por el albergador, el hecho que en aquella fecha la carrera del *palio* no hubiese tenido lugar (o que el cortejo, supongamos, hubiese tenido un recorrido diverso) no habría, por cierto, legitimado al cliente para considerarse liberado de su compromiso y no pagar el precio pactado, alegando que vino a menos su interés en el uso y goce de aquella habitación”⁽²⁴⁾.

Se afirma que “la analogía, la equidad y la buena fe se presentan como tres diversos criterios, a los cuales el ordenamiento ha confiado la tarea de regular la distribución del riesgo (la asunción de los costos) del silencio de la declaración respecto a cuestiones no disciplina-

(23) CARRESI, Franco, ob. cit., 73 y 74.

(24) CARRESI, Franco, ob. cit., 74 y 75.

das por una precisa disposición de ley”⁽²⁵⁾. Frente a este tipo de situaciones “no tendría ningún sentido invocar la sanción de nulidad del contrato”⁽²⁶⁾ y se proponen dos posibles alternativas:

- a) Se puede recurrir a la aplicación analógica de las disposiciones generales sobre la resolución⁽²⁷⁾.
- b) Se puede recurrir a la equidad. Afirmándose que “queda subrayar —pero es *in re ipsa*— que dado ingreso al criterio de la equidad, tendrá por ello mismo ingreso aquella regla que, si bien no conduce ni a la previsión de las partes ni a una valoración de mérito del ordenamiento, resulte mayormente idónea a repartir equilibradamente sobre ambos contrayentes el peso de la circunstancia no regulada, teniendo en cuenta el plano riesgos-beneficios ya delineado en el contrato por obra de los mismos contrayentes (resolución del contrato por falta de nacimiento del derecho al precio respecto al vendedor)”⁽²⁸⁾.

Así, “al afrontar el caso del balcón es oportuno partir de una consideración generalmente ignorada por la doctrina sobre el argumento, vale decir, del relieve que el contrato de locación no confiere el derecho de gozar de una cosa, salvo la obligación de respetar la destinación económica, sino atribuye el derecho de “servirse” de una cosa sólo “para el uso determinado en el contrato” (art. 1587 c.c.ita.). Ahora bien, en caso de falta de determinación convencional del uso, el legislador, en vez de establecer la nulidad del contrato, ha distribuido por otra vía el costo de la laguna del reglamento pactado (art. 1587, primer párrafo: “...para el uso determinado en el contrato o para el uso que puede presumirse de las circunstancias”); ello evidentemente significa que, en relación al contrato de locación, bien puede suceder que releve jurídicamente un interés que no es ni un interés “garantizado automáticamente” por el ordenamiento, ni un interés *juridizado* según los esquemas clásicos de la contratación pactada”⁽²⁹⁾.

Por ello, “en el cuadro delineado por la anterior indicación se incorpora la observación que el desfile de un cierto cortejo es una circunstancia o situación que, si bien materialmente externa al balcón,

(25) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 14.

(26) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 54.

(27) BELFIORE, Angelo, ob. cit.

(28) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 55.

(29) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 68.

enriquece el espectro de las utilidades que el balcón está en grado de ofrecer a quien tenga un título que legitime su uso; de ello sigue que, afrontado el problema de la definición (redefinición) del término “uso” (art. 1587 c.c.ita.) en una perspectiva teleológicamente orientada, se puede también llegar a la conclusión que la circunstancia en cuestión contribuya a definir (determinar) el espectro de las diversas, posibles formas de uso del bien-balcón. Ello evidentemente importa que el peculiar interés de nuestro conductor sea tratado no como un “motivo”, sino como el interés sobre el cual se estructura la relación de intercambio en fuerza del *específico* modelo *legal* del contrato de locación, así que, por ejemplo, el locador tendrá el derecho de negar el ingreso al conductor que se presente con una escalera, espátula y cemento para reparar el referido balcón.

Queda recordar que el contrato de locación se sustrae, y con disposiciones inderogables (arg. *ex arts.* 1579 y 1581 c.c.ita.), al régimen del art. 1465 c.c.ita.; en particular, es seguro que grave sobre el locador el riesgo de la sobrevenida imposibilidad del uso pactado en el contrato y, por consiguiente, en caso de falta de determinación convencional del uso, el riesgo de la imposibilidad sobreviviente del uso que “puede presumirse de las circunstancias”⁽³⁰⁾.

Para la sentencia de casación italiana No. 191 del 05.01.95, “el término “presuposición” tiene la tarea de designar la situación de hecho o de derecho, pasada, presente o futura, cierta en la representación de las partes, “de carácter objetivo” que: “aún a falta de una expresa referencia de ésta en las cláusulas contractuales”, “pueda considerarse como presente entre los contrayentes, en la formación de su consentimiento, como presupuesto común que tiene valor determinante a los efectos de existencia y permanencia del vínculo contractual”⁽³¹⁾. Se explica que “para aclarar la superior definición, la Corte ha ofrecido las siguientes precisiones: 1) tiene carácter “objetivo” la circunstancia o situación “cuya existencia, cuyo venir a menos y cuyo verificarse sea del todo independiente de la actividad y de la voluntad de los contrayentes y no constituya el objeto de una específica obligación suya”; 2) la calificación del presupuesto objetivo como “presupuesto común” no depende de la “existencia de una “voluntad” común”, siendo requisito necesario y suficiente “el conocimiento —y, con éste, el reconocimiento— de una parte de la importancia determinante, a los efectos

(30) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 69.

(31) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 82.

de la persistencia del vínculo contractual, atribuida por la otra parte a la circunstancia-presupuesto”⁽³²⁾.

A continuación, se hace el siguiente análisis: “dirijamos ahora la atención al perfil de la relevancia jurídica del supuesto abstracto descrito. Ahora bien, en sede de definición de la disciplina, la Corte fragmenta “la institución”, y hace autónoma la circunstancia “contemplada” por las partes como existente respecto a la circunstancia “contemplada como futura”; en particular puede recordarse que la falta originaria de la situación dada como existente es considerada causa de “invalidez del contrato”, mientras la falta de producción del supuesto tiene relevancia a través del mecanismo de la “resolución”⁽³³⁾. Entonces, “de las sentencias emerge un discurso articulado. La presuposición es obra de la voluntad de las partes. La circunstancia presupuesta consiste en una situación de hecho: que no se refiere a la esfera de una de las partes; que las partes han considerado cierta al punto de no regularla si quiera; cuya verificación no depende de las partes. Dicho de otra manera, es una condición no producida. La inexistencia de la situación de hecho, o su venir a menos, serán incompatibles con la eficacia del contrato”⁽³⁴⁾.

Para sintetizar, se enumeran las siguientes reglas de la presuposición. Partiendo que el “presupuesto”⁽³⁵⁾:

- a) Puede ser una situación de hecho o de derecho.
- b) Puede referirse a una situación presente o futura.
- c) Debe ser objetivo y externo al contrato, es decir “independiente de la voluntad y de la actividad de los contrayentes y no deducido en materia de una obligación contractual”⁽³⁶⁾.
- d) No debe ser contemplado en el contrato.
- e) Debe ser compartido por ambas partes, o “si es asumido por una sola de éstas porque refleja su exclusivo interés, al menos, conocido por la otra”⁽³⁷⁾.

(32) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 83.

(33) BELFIORE, Angelo, ob. cit., 83 y 84.

(34) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, ob. cit., 546.

(35) ROPPO, Vincenzo, ob. cit., 1039.

(36) ROPPO, Vincenzo, ob. cit.

(37) ROPPO, Vincenzo, ob. cit.

- f) Debe ser entendido por las partes (o por una parte, con el conocimiento de la otra) como dotado de valor determinante para la constitución o permanencia del vínculo contractual.
- g) Debe ser percibido como cierto, “si las partes lo percibiesen como incierto, tal percepción autorizaría a pensar (o al menos, a sospechar) que éstas han aceptado el riesgo de su inexistencia o se su venir a menos, contra lo cual no pueden reaccionar”⁽³⁸⁾.

Es importante “reconstruir el plan de repartición de los riesgos acordado entre las partes”⁽³⁹⁾. ¿Será posible aplicar esta figura en nuestro sistema? Imaginemos que, con motivo de la semana santa, una pareja alquila una habitación en un segundo piso de un hotel en Ayacucho con vista a la calle, para ver la procesión. No le dicen al hospedante la finalidad (pero es evidente para ambas partes). Por esa habitación y, dada la temporada, se le cobra un sobreprecio. Digamos que, por un rebrote del terrorismo, se produce un atentado que hace que no se realice la procesión ¿quién debe asumir esos costos? La pareja, por cuanto usó la habitación, no debería pedir el reembolso por el pago efectuado o, en su caso, no debería negarse a pagar. ¿Cabría el descuento por el sobreprecio? Creo que no, por cuanto ésta es una situación que escapa al control del hospedante y éste no debería internalizar esta situación. En mi opinión, la figura de la presuposición, al igual que la de los daños punitivos, son categorías que tienen perfecta aplicación en otros sistemas jurídicos; pero son ajenas al nuestro.

(38) ROPPO, Vincenzo, ob. cit.

(39) ROPPO, Vincenzo, ob. cit.

LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL. UNA FACULTAD INQUISITIVA

Por María MARCOS GONZÁLEZ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Justificación de la metodología procesal. 3. La nulidad contractual en la legislación procesal. 4. La tesis bipartita de la nulidad contractual. 5. La apreciación de oficio de la nulidad contractual en la jurisprudencia. 5.1. La congruencia de la sentencia. 5.1.1. La sentencia que declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia. 5.1.2. La sentencia que no declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia. 5.2. Régimen procesal de la declaración de oficio de la nulidad contractual. 5.3. La restitución de lo entregado derivada de la declaración de oficio de la nulidad.

1. INTRODUCCIÓN

1. La doctrina jurídica española ha prestado desde hace tiempo una notable atención al estudio interdisciplinar del régimen jurídico de la nulidad contractual, como se desprende de los numerosos trabajos científicos, algunos de los cuales serán citados, en los que se abordan conjuntamente los aspectos sustantivos y los aspectos procesales implicados en el mismo.

Este esfuerzo doctrinal por realizar un estudio integrado de los aspectos procesales y sustantivos de la nulidad contractual se pone especialmente de manifiesto en los trabajos de la *doctrina civilista* española en los que tradicionalmente se hace referencia no sólo a cuestiones de naturaleza sustantiva sino también a cuestiones de naturaleza exclusivamente procesal.

(1) Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Alcalá, Madrid, España.

En efecto, la nulidad contractual es una cuestión jurídica sobre la que nuestros tratadistas más prestigiosos, sobre todo del ámbito del Derecho Civil, se han pronunciado con hondura y rotundidad en el intento de ofrecer una interpretación sistemática, y ajustada al tiempo presente, del régimen establecido por el legislador sustantivo en el Código Civil de 1889 y sus sucesivas reformas⁽²⁾ (artículos 6.2 y 1300 a 1314).

De este modo, en el panorama doctrinal español, es muy frecuente encontrar la opinión razonada de civilistas sobre cuestiones procesales como las que se enumeran a continuación: si la resolución judicial es necesaria para destruir la apariencia de validez del negocio nulo; si la sentencia que se dicte al respecto es de naturaleza declarativa o constitutiva; si puede el juez de oficio condenar a la restitución de lo entregado además de declarar la nulidad contractual; si es congruente la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad del contrato no pedida por las partes; cual es el ámbito de aplicación de la regla *iura novit curia* en la declaración de nulidad; quienes están legitimados para solicitar la nulidad judicial del contrato; si la excepción de nulidad contractual tiene plazo de prescripción o no; cual es el alcance subjetivo, objetivo y temporal de la cosa juzgada en la sentencia de nulidad contractual; si la alegación de nulidad se introduce en el proceso por vía de excepción o de reconvención; y, finalmente, si la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*.

También la jurisprudencia ha tenido ocasión, como iremos exponiendo, de pronunciarse en numerosas sentencias sobre los problemas jurídicos, procesales y sustantivos, que plantea en la práctica forense esta institución⁽³⁾.

(2) *Id.*, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentario a los artículos 1300 a 1314 del Código Civil. Comentarios del Código Civil*, I, Madrid, 1991, Ministerio de Justicia, ps. 541 y ss.; ídem, *De la nulidad de los contratos. Comentario a los artículos 1300 a 1314. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII, V. 2º, Madrid, 1995, ps. 273 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1961, ps. 606 y ss.

(3) V. RODRÍGUEZ NAVARRO, M. *Doctrina Civil del Tribunal Supremo, artículos 1300 a 1314 del Código Civil*, III, Madrid, 1951, ps. 4577 a 4652; ídem, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo, artículos 1301 a 1311 del Código Civil*, Apéndice I, Madrid, 1955, ps. 540 a 546; V. una recopilación de la misma, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. *Doctrina, antecedentes y concordancias de los artículos 1300 a 1314. Código Civil. Doctrina y jurisprudencia* (con SANTOS BRIZ, J.), IV, Madrid, 1996, ps. 796 y ss.; PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), ALBIEZ DOHRMANN, K. J. LÓPEZ FRÍAS, A. (coord.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. I y II, Granada, 2000.

No nos encontramos, en consecuencia, ante una cuestión relegada por la investigación civilista sino, por el contrario, ante una cuestión sobre la que gravitan numerosas reflexiones de elevada altura intelectual recogidas tanto en manuales generales de Derecho Civil como en trabajos o artículos monográficos⁽⁴⁾.

(4) V. ALBALADEJO GARCÍA, M. "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico". En: *Revista de Derecho Privado*, 1958, ps. 603 y ss.; ALONSO MONTERO, "La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes". En: *Revista La Ley*, 1988, 1; BORREL y SOLER, *Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español*, Barcelona, 1947; BONET CORREA, "Los actos contrarios a las normas y sus sanciones". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1976, ps. 306 y ss.; CARRASCO PERERA, A. *Comentario al artículo 6. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, I, V.I, Madrid, 1992, ps. 769 y ss.; CARRIÓN OLMOS, S. "Sobre la apreciabilidad o no de oficio de las nulidades absolutas. Comentario a la STS 24 abril 1997". En: *Revista de Derecho Privado*, 1999; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, T. III, Madrid, 1992; DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia 12 de marzo 1993 y la jurisprudencia del último decenio". En: *Revista Aranzadi Civil*, 1993, Nº 19, ps. 9 y ss.; ídem, *Manual de las nulidades; De las nulidades de los contratos* (con PARRA LUCÁN, M^a. A.), <http://www.codigo-civil.org/nulidad/>, Zaragoza, 2003; ídem, Delgado Echeverría, J. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005; ídem, *Las nulidades de los contratos: un sistema de evolución* (con PASQUAU LIAÑO, CARRASCO PERERA, RAMS ALBESA, VATTIER FUENZALIDA, MIQUEL GONZÁLEZ, CLAVERIA GONSALVEZ), Pamplona, 2007; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. "La inexistencia del negocio jurídico". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960-1961, p. 486; ídem, *La nulidad de los actos jurídicos. Libro homenaje al profesor Luis Martín Ballestero*, Zaragoza, 1983, ps. 481 y ss.; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *La liquidación de las nulidades contractuales; El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, CGPJ, Madrid, 1994; GETE-ALONSO y CALERA, *Comentario al artículo 7. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1992, ps. 898 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A. "Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual". En: *Revista de Derecho Privado* 1983, ps. 214 y ss.; ídem, *Nulidad, anulabilidad e inexistencia (el sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación). Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, ps. 935 y ss.; ídem, "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1975, ps. 101 y ss.; GÓMEZ MARTÍNEZ FAERNA, *La nulidad parcial de los negocios jurídicos. Estudios de Derecho Privado* (dir. MARTÍNEZ RADIO), I, Madrid, 1962, ps. 338 y ss.; JORDANA FRAGA, F. *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractual*, Bolonia, 1988; LABANDERA y BLANCO, "Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil". En: *Revista de Derecho Civil*, 1913-1914, ps. 171 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones, Parte General. Teoría General del contrato*, T. II, Barcelona, 1994, ps. 561 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. "Venta de viviendas de protección oficial a precio superior o inferior al máximo autorizado". En: *Revista General de Derecho*, Nº 594, marzo 1994, ps. 1775 y ss.; ídem, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995; LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M. "Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial (SSTS de 3 de septiembre y 15 de

A nuestro juicio, el referido tratamiento interdisciplinar resulta particularmente adecuado puesto que no parece factible alcanzar una completa comprensión del régimen jurídico de la nulidad contractual centrándose en exclusiva en las cuestiones de naturaleza sustantiva y dejando de lado las cuestiones procesales que la misma plantea.

Precisamente el hecho de que la doctrina civilista haya traspasado los límites naturales de su ámbito de conocimiento y se haya pronunciado de modo habitual sobre las cuestiones procesales referidas pone de manifiesto, a nuestro juicio, la ineludible necesidad de abordar el estudio de la nulidad contractual de forma *sistemática* abarcando tanto los aspectos sustantivos como procesales. En caso contrario, si se disociara el estudio de ambos aspectos implicados en la nulidad contractual y se elaboraran interpretaciones desvinculadas —civiles, por un lado, y procesales, por otro— los resultados que se alcanzarían serían necesariamente insatisfactorios debido a su parcialidad y carencia de sistema.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que el hecho de que la doctrina civilista española se haya centrado desde hace tiempo en el estudio conjunto de los aspectos procesales y sustantivos de la nulidad contractual no necesariamente significa que ya contemos con la adecuada interpretación *sistemática* de ambos, puesto que, esto no se obtiene por el mero estudio conjunto de los elementos de diferente naturaleza, sino también por el adecuado tratamiento jurídico que los mismos reciban conforme a su diversa naturaleza jurídica; es decir,

octubre de 1992)". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1993, ps. 1372 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español". En: *Anuario de Derecho Civil* 1990, ps. 851 y ss.; MARÍN PADILLA, M^a. L. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos. Utile per inutile non vitiatur*, Barcelona, 1990; MONFORT FERRERO, M. J. "Contratos: Nulidad. La valoración del bien cuando la restitución es imposible por encontrarse en poder de terceros protegidos". En: *Revista de Derecho Patrimonial*, 1988; MORENO MOCHOLI, "Las irregularidades en el negocio jurídico". En: *Revista de Derecho Privado*, 1946, ps. 21 y ss.; PARRA LUCÁN, M^a. A. "El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños". En: *Derecho Privado y Constitución*, N^o 5, enero/abril 1995; ídem, *Invalidez e ineficacia en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español*, enero de 2004, Versión de trabajo, <http://www.codigo-civil.org/nulidad/?p=22>; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid 1997; RUBIO TORRANO, E. "El sobreprecio en la compraventa de viviendas de protección oficial". En: *Revista Aranzadi Civil*, 1993, I, ps. 1869 y ss.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2003.

las cuestiones procesales no deben recibir un tratamiento propio de las cuestiones sustantivas, y viceversa, porque en este caso podemos afirmar que la interpretación sistemática no estaría definitivamente conseguida.

2. En el presente trabajo nos proponemos examinar la cuestión relativa a la apreciación de oficio de la nulidad contractual *desde una perspectiva procesal*.

En concreto, nos centraremos en la apreciación de oficio de la nulidad contractual del ámbito civil, en sentido estricto, y en sede de proceso civil de declaración; en consecuencia, no será objeto de nuestro estudio la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas conforme a las normativas sobre Condiciones generales de la Contratación y sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque a pesar de la indudable relación de esta materia con el objeto del trabajo sin embargo también la misma presenta notables peculiaridades —por la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor frente al profesional— que aconsejan, a nuestro juicio, un estudio autónomo de esta cuestión⁽⁵⁾; por otro lado, tampoco prestaremos atención a la denegación de la ejecución forzosa del laudo arbitral por apreciar de oficio de nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en el contrato de adhesión, porque a pesar de la indudable relación de la materia con el objeto del trabajo, entendemos que además del motivo señalado con anterioridad aquí también concurre la circunstancia de encontrarnos ante el proceso de ejecución, y no el de declaración que es en el que nos hemos centrado, por lo que consideramos que esta materia también conviene estudiarla en su sede propia respetando así la naturaleza y normativa propia del proceso ejecutivo.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA METODOLOGÍA PROCESAL

3. Pero antes de adentrarnos en su estudio conviene que nos preguntemos si este trabajo puede tener algún interés científico o, si por

(5) Al respecto, afirma DELGADO ECHEVARRÍA que “para un caso concreto, de difícil generalización, la S. TJCE 27 junio 2000 (asuntos C-240, C-241, C-242, C-243 y C-244/1998), resolviendo cuestión prejudicial planteada por el JPI N° 35 de Barcelona, declara que: “La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 112).

el contrario, puede resultar inútil o superfluo porque aborda una cuestión que ya ha sido suficientemente tratada y satisfactoriamente resuelta por la doctrina civilista.

Nuestra respuesta a este interrogante se sitúa en la línea de defender la necesidad actual de afrontar el estudio de la apreciación de oficio de la nulidad contractual desde las categorías propias del Derecho Procesal y desde la metodología propia de esta rama del ordenamiento jurídico porque entendemos que los esfuerzos de la doctrina civilista por resolver adecuadamente esta cuestión procesal no han alcanzado un resultado satisfactorio desde el punto de vista científico y, sobre todo, desde el punto de vista de la protección de las garantías procesales (artículo 24 CE).

La causa principal de este resultado insatisfactorio deriva, a nuestro juicio, del hecho de que la mayoría de los civilistas españoles al plantearse los problemas de naturaleza procesal de la nulidad contractual, y al tratar de resolverlos, no suelen acudir a las fuentes normativas ni bibliográficas propias de la disciplina procesal sino que buscan la solución en sus propias categorías conceptuales (de naturaleza sustantiva) y en el Código Civil⁽⁶⁾.

La justificación de este modo de proceder podemos encontrarla en que los aspectos procesales de la nulidad contractual han sido regulados por el legislador en el Código Civil y esta circunstancia ha llevado a los civilistas a considerar que la normativa procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881) no era de aplicación supletoria puesto que la interpretación auténtica de los preceptos procesales de la nulidad contractual contenidos en el Código Civil debía llevarse a cabo en el marco de la propia norma sustantiva. De este modo, se ha producido un lógico desajuste entre la naturaleza *procesal* de las cuestiones y el tratamiento *sustantivo* otorgado a las mismas y, como consecuencia del mismo, los problemas procesales han quedado sin respuesta adecuada.

Ciertamente, los autores civilistas cuando se refieren a la “acción”, la “legitimación”, o el “interés”, contemplan realidades desde un punto de vista de Derecho Civil, de Derecho privado; sin embargo los autores procesalistas cuando utilizan estos mismos términos se refieren a rea-

(6) Salvo excepciones como, entre otras, DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN, que examinan las cuestiones procesales desde la legislación y la doctrina procesal, V. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2ª, op. y loc. cit.; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, ob. cit., ps. 256/258.

lidades procesales, de Derecho público, por lo que la diferencia entre ambos conceptos es notable.

En particular, a la diferencia entre el concepto procesal y el concepto material de “legitimación” se refiere la SAP Madrid, Sección 10^a, de 5 de febrero de 2000⁽⁷⁾ con estas palabras “la doctrina procesalista reputa como “legitimación” o bien la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada —representada por la titularidad de un derecho subjetivo, crédito, deber u obligación— en la posición que fundamenta en Derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión que ejercita (activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una concreta prestación (pasiva). Asimismo, se ha afirmado que el poder de conducir el proceso se considera derivación procesal del poder de disposición del derecho civil, de suerte que, en principio, “legitimados” como partes lo están lo sujetos de la relación jurídico-material deducida en juicio; es decir, el que tiene el derecho tiene, como secuela, la facultad de disponer de él y el ejercerlo en juicio no es sino hacer uso de ese poder. Ahora bien, sucede que precisamente lo que trata de averiguarse por medio del proceso es si existe o no el derecho del actor y si existe precisamente contra él o los demandados, que es lo que habrá de decidir la sentencia, y por ello la “legitimación” no toma en cuenta la relación jurídico-material en cuanto existente, sino en cuanto meramente “afirmada” o “deducida”. La legitimación, pues, no es un presupuesto del proceso ni por ende una cuestión —previa— de forma, sino que lo es de la estimación o desestimación de la demanda y, por ello, atañe al fondo del asunto, condicionando el contenido material de la sentencia. Este concepto de legitimación, en cuanto instituto material es, sin embargo y por ello, procesalmente neutro e infructífero. Se es parte en un proceso por el hecho de formular una demanda o aparecer designado en ella como demandado, abstracción hecha de que quién pida o frente a quién se pida sean titular y obligado, respectivamente, por el derecho material deducido en el proceso, o no lo sean, circunstancia que... se decidirá en la sentencia. Tan válidos y eficaces son los actos realizados en el proceso por unos como por los otros, y no puede disociarse del fondo la determinación de si quién es parte por demandar o por ser demandado son precisamente aquellos sujetos entre los cuales puede jurídicamente resolverse con eficacia la cuestión litigiosa... Si el demandado es titular activo del derecho a la prestación que insta

(7) V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada, Soluciones prácticas de la doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2010, ps. 91/92.

existirá la legítima probabilidad de una sentencia favorable —en el fondo— para él; si carece de la correspondiente titularidad quien haya sido demandado habrá de ser absuelto, pero no en la instancia como si de un presupuesto procesal se tratase, sino igualmente en el fondo”.

Por otro lado, el sentido jurídico que se le da a la expresión “naturaleza declarativa de la sentencia” frente a la naturaleza “constitutiva” puede ser sutilmente diferente según la formación, civil o procesal, de quien la examine⁽⁸⁾. Esta dificultad es especialmente compleja a la hora de delimitar qué se entiende por “interés público” en el Derecho civil —que requiere el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad— y qué se entiende por interés público en el Derecho procesal —que exige la intervención estatal en el proceso a través del principio de oficialidad— sobre todo cuando ambas cuestiones no se exigen mutuamente, es decir, cuando una cuestión que afecta a los intereses públicos, desde la perspectiva civil, no tiene la suficiente entidad desde la perspectiva procesal como para exigir que la misma se rija por el principio señalado. Y por último, en el Derecho Procesal la ley es la principal fuente del Derecho y esta tiene carácter imperativo por lo que las partes procesales y el Tribunal deberán respetar sus estrictos términos; sin embargo, en el Derecho Civil contractual la ley, con carácter general, es dispositiva por lo que las partes disponen de amplias facultades para configurar sus contratos; si el estudioso, por confusión, otorgara un carácter dispositivo a sus normas o entendiera que las partes o el Tribunal pueden adquirir facultades al margen de la ley la notable introduciría tal distorsión en el sistema que le impediría una correcta comprensión de las instituciones procesales.

En particular, desde la perspectiva procesal, “la *acción declarativa* es aquella en la que se pretende la constatación, con fuerza de cosa juzgada por medio de un fallo judicial, de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica o estado, situación, o derecho, etc., sin que, en virtud de la mera declaración, pueda imponerse ninguna clase de prestación, que no sea la de y pasar por la declaración de la existencia o inexistencia de la relación o situación jurídica puesta

(8) En este sentido, DELGADO ECHEVARRÍA afirma que “la doctrina del carácter constitutivo de la acción (de anulabilidad) tiene como fundamento el prejuicio del carácter válido del contrato anulable mientras una sentencia no lo constituya en inválido, y suele explicarse mediante la doctrina del derecho potestativo de impugnación, cuyo ejercicio extrajudicial —aunque admitido expresamente en Derecho alemán— nuestra doctrina sólo excepcionalmente admite” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 49).

en duda o controvertida (SAP Alicante, Sección 7ª, de 30 de octubre de 2000). Se admite por la doctrina y la jurisprudencia sólo “a condición de que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica” (SSTS de 22 de septiembre de 1994 y 10 de marzo de 1961), por una especial motivación determinada por el interés del actor “en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado” (STS de 7 de enero de 1959), concediéndose en consecuencia “únicamente” cuando el demandante tenga un interés legítimo en que esa relación jurídica puesta en duda o controvertida sea inmediatamente declarada (SSTS de 9 de abril de 1949, de 10 de abril de 1954 y de 9 de enero de 1968) (SAP Madrid, Sección 10ª, de 20 de octubre de 2001). Y dirigiéndose frente a “la persona que de un modo serio, formal, deliberado y solemne” discute el derecho al titular o no se allana a reconocerlo (STS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 1977). La *acción constitutiva* es aquella que trata de lograr una sentencia que extinga o modifique un estado jurídico preexistente o cree un estado jurídico nuevo, provocando la resolución por sí misma dichos cambios (SAP Córdoba, Sección 2ª, de 25 de abril de 2002). A diferencia de la acción meramente declarativa en la que el efecto ya se ha producido *ipso iure*, la constitutiva pretende que la sentencia lo produzca (SAP Baleares, Sección 4ª, de 22 de noviembre de 2001)”⁽⁹⁾.

Por lo expuesto, consideramos encomiable el intento de la doctrina civilista de estudiar conjuntamente los aspectos procesales y sustantivo de la nulidad contractual, si bien no nos parece adecuado calificar a tal intento de interpretación sistemática puesto que, como hemos expuesto, entendemos que la misma requiere que cada uno de los aspectos integrados sea tratado conforme a su naturaleza jurídica y nos parece que esto último aún no se ha conseguido en relación a los aspectos procesales de la nulidad contractual, ni en consecuencia, con la apreciación de oficio de dicha nulidad.

Lo mismo sucedería si los procesalistas, además de centrarse en los aspectos de su ámbito científico, abarcaran aspectos netamente sustantivos en sus trabajos y les dispensaran un tratamiento típicamente procesal; en este caso también nos encontraríamos ante un loable deseo de alcanzar un estudio *sistemático* de la materia, pero sólo ante un deseo, puesto que la efectiva consecución de un estudio de estas características exige no sólo la adecuada integración en el *sistema* de materias de diferente naturaleza sino que, además, exige que cada una

(9) FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., ps. 72/73.

de estas materias sea examinada conforme a la metodología adecuada; en consecuencia si las cuestiones procesales de la nulidad contractual fueran examinadas al margen del tratamiento procesal que las mismas requieren y se les aplicara un metodología propia de cuestiones de naturaleza civil nos encontraríamos *de facto* ante una negación de las peculiaridades intrínsecas de las mismas con el inevitable riesgo de alcanzar conclusiones no del todo satisfactorias.

Y es precisamente la utilización por la doctrina civil de un *enfoque metodológico inadecuado* sobre la cuestión procesal objeto de nuestro estudio lo que justifica, a nuestro juicio, la conveniencia de realizar un análisis de esta materia desde categorías conceptuales procesales y desde la legislación procesal vigente.

No obstante lo expuesto, conviene advertir que nuestro posicionamiento exclusivamente procesal no lo concebimos como un distanciamiento de las agudas observaciones doctrinales elaboradas en sede civilista sobre la materia objeto de nuestro estudio⁽¹⁰⁾. Por el contrario, entendemos que estas aportaciones doctrinales elaboradas en sede civilista constituyen un material de estudio imprescindible para cualquier investigador que pretenda, como es nuestro caso, adentrarse en el examen de las cuestiones procesales que la nulidad contractual plantea, puesto que una de las notas clásicas del Derecho Procesal es su carácter instrumental en relación al Derecho sustantivo; instrumentalidad que, por lo demás, no excluye la autonomía de esta rama del ordenamiento jurídico⁽¹¹⁾.

Dicha instrumentalidad se refiere, como es conocido, a que las cuestiones procesales —como la legitimación, los poderes de disposi-

(10) En particular, V. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentario a los artículos 1300 a 1314 del Código Civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, loc. cit., ps. 322/331, 339-343, 365-397; *De las nulidades de los contratos* (con PARRA LUCÁN, M^a. A.), Parte 2, op.cit; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 256/277; EGUSQUIZA VALMASEDA, M^a A. “Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato”. En: *Cuadernos de Aranzadi Civil*, N^o 4, 1999, ps. 27/92.

(11) CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, Buenos Aires 1962 (trad. Sentís Melendo), I, ps. 144 y ss.; FENECH, M. *Notas previas al estudio del Derecho Procesal. Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962 (con CARRERAS LLANSANA, J.), ps. 35 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal. Introducción* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), Madrid, 2004, p. 61; y CORDÓN MORENO quien afirma que “el Derecho Procesal es un derecho instrumental. El proceso es un medio para conseguir un fin específico, la protección por los órganos jurisdiccionales de los derechos e intereses legítimos a través de la actuación o aplicación de la ley en el caso concreto” (CORDÓN MORENO, F. *Introducción al Derecho Procesal*, Pamplona, 1998, p. 190).

ción de las partes, las facultades de dirección del juez, o la congruencia de la sentencia, por citar sólo algunas de las más decisivas—, son reguladas por el legislador procesal en directa relación con las características concretas de la institución sustantiva a la que sirven y, en consecuencia, modeladas *ad hoc* para permitir que el Derecho objetivo, en sus múltiples manifestaciones jurídicas, despliegue toda su eficacia en la práctica forense.

En este sentido —trasladando esta tesis general al objeto de nuestro estudio— entendemos que los aspectos procesales concretos aplicables al supuesto de la nulidad contractual están condicionados por el alcance jurídico de los derechos e intereses legítimos —de naturaleza sustantiva— que el legislador civil haya pretendido proteger a través de los preceptos sustantivos reguladores de aquella institución.

En consonancia con esta visión *sistemática* entre aspectos materiales y procesales de la nulidad del negocio jurídico, entendemos que la solvencia de los postulados que defendamos a lo largo de estas páginas, en relación a la apreciación de oficio, no dependerá solamente de la correcta utilización de los conceptos elaborados por la Ciencia Procesal, sino también, y en gran medida, de la coherencia real entre la instrumentación procesal y la regulación sustantiva vigente de la institución que vamos a estudiar.

Expuesta la inescindibilidad entre los aspectos procesales y sustantivos que, a nuestro juicio, reclama la comprensión global del régimen jurídico de la nulidad contractual debemos precisar que sólo nos vamos a referir a cuestiones sustantivas en la medida en que sea preciso por incidir directamente sobre los aspectos procesales de nuestro estudio.

Por otro lado, nuestro propósito no se dirige a exponer una teoría general sobre la apreciación de oficio de la nulidad contractual sino que se limita a tratar de analizar el alcance de nuestro sistema legal a la luz de la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo elaborada en los últimos veinte años⁽¹²⁾. Por este motivo, las fuentes del Derecho a las que haremos referencia serán, en todos los casos, nacionales, sin incluir, por tanto, citas de *Derecho Comparado* que podrían introducir, en este contexto, más confusión que claridad.

(12) Artículo 3 CC que establece que “las normas se interpretan según... el sentido social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

3. LA NULIDAD CONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

4. Antes de adentrarnos en el estudio del régimen procesal de la apreciación de oficio de la nulidad contractual, nos parece conveniente referirnos al tipo de proceso jurisdiccional en el que se debaten las cuestiones relativas a la nulidad contractual ya que esta referencia nos situará ante el marco procesal en el que actúa dicha apreciación de oficio y, en consecuencia, nos facilitará una mayor comprensión de la misma.

Al respecto, la nulidad contractual en el sistema procesal civil se ventila y decide en el proceso declarativo que corresponda conforme a las normas procesales en razón de la materia y de la cuantía⁽¹³⁾ por cuanto se trata de un proceso declarativo ordinario ya que la LEC 2000 no ha establecido un proceso especial que verse sobre la nulidad contractual⁽¹⁴⁾.

Desde el punto de vista procesal esto significa que, a juicio del legislador, la nulidad contractual no presenta perfiles especiales que requieran el establecimiento de un proceso autónomo por lo que el proceso declarativo ordinario es el adecuado para resolverla⁽¹⁵⁾.

Veamos brevemente algunas de las razones por la que el legislador procesal suele establecer procesos especiales, o con especialidades, con el fin de extraer alguna conclusión interesante para nuestro estudio.

La presencia de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal es una de las razones por las que el legislador establece procesos especiales en los que no rige el principio dispositivo o el mismo matiza su influencia⁽¹⁶⁾. Tal es el caso de las *materias civiles* no dispositivas para cuyo enjuiciamiento la LEC 2000 ha establecido los procesos

(13) Artículos 248, 249 y 250 LEC.

(14) V. artículo 748 LEC.

(15) "El proceso declarativo que sirve para decidir sobre las acciones declarativas, constitutivas y de condena es idéntico aunque, en atención a las características de la relación jurídica sustanciada, existan cauces procedimentales diferenciados, pero sin que ello implique la pérdida de la naturaleza esencialmente declarativa de aquél" (SAP Madrid, de 30 de abril de 2002) Por otro lado, conforme destaca la jurisprudencia, las acciones ejercitadas no se identifican sólo por el nombre utilizado por las partes, sino que cabe deducir su naturaleza del contenido exacto de las pretensiones efectivamente deducidas [SAP La Coruña, Sección 6ª, de 14 de marzo de 2002]" (V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 73).

(16) Exposición de Motivos, XIX, párrafo 4º.

especiales del Libro IV en atención a las particularidades de la materia sustantiva.

Así, por ejemplo, al Estado le interesa que todo sujeto incapaz sea incapacitado por sentencia judicial, pero a la vez también le interesa que sólo los realmente incapaces sean incapacitados y por este doble interés estructura el proceso civil de forma que, por un lado, el Estado (a través del Ministerio Fiscal) está legitimado para solicitar judicialmente la incapacitación del incapaz en el caso en que ningún sujeto legitimado lo iniciara y, por otro, el Estado recaba datos fácticos (informe médico preceptivo) sobre el efectivo estado de incapacidad del sujeto completando, en su caso, las aportaciones de las partes⁽¹⁷⁾.

Por tanto, en los procesos civiles previstos para el conocimiento de estas *materias* civiles indisponibles están presentes de alguna forma los principios de oficialidad y de investigación de oficio⁽¹⁸⁾ —variando notablemente el régimen procesal propio del proceso civil ordinario— porque los mismos resultan más coherentes con la adecuada protección de los intereses públicos que están afectados en este tipo de materias civiles⁽¹⁹⁾.

Con claridad lo expone el Tribunal Supremo al afirmar que “el principio dispositivo en su vertiente procesal, es contrario a un modelo inquisitivo de proceso civil, de forma que no se trata de buscar

(17) V. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal*, Tomo IV (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), Madrid, 1995, p. 214.

(18) Con nitidez lo expresa CARRERAS LLANSANA al afirmar que “existen materias susceptibles de discutirse en un proceso civil, en los que no existe ni tiene vigencia el principio de renunciabilidad de los derechos, ni por ello puede tenerla el dispositivo de las partes en el proceso correspondiente (...). De aquí que, lógicamente, debiera ampliarse el ámbito de las facultades directivas del Juez, ya que dichos procesos deben estar regidos por el principio de la oficialidad y de inquisición de oficio, aunque la forma sea contradictoria para salvaguardar en lo posible la imparcialidad del juicio (...) y en la permisión al Juez de que haga cuanto sea preciso para conocer la verdad histórica en toda su amplitud y sin limitación por causa de las alegaciones de las partes” (CARRERAS LLANSANA, J. *La función del Juez en la dirección del proceso civil*; b) *Facultades materiales de dirección. Estudios de Derecho Procesal*, [con FENECH NAVARRO, M.], Barcelona, 1962, ps. 257/258).

(19) Como es el caso, entre otros, de las materias relativas al estado civil de las personas. En los procesos establecidos para este tipo de objetos, “las pretensiones de las partes (...) habrán de tomarse en consideración sólo en la medida en que la satisfacción del interés público se ha de conseguir respetando el papel procesal atribuido a las partes que, por la naturaleza de las cosas, no tiene que ser decisivo ni determinante y que es necesario configurar de modo que no se alce nunca como obstáculo para la satisfacción del interés público” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal, Introducción* [con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.], ob. cit., p. 64).

la realidad material, disponiendo el juez de cuantas pruebas sirvan a este objeto (STS de 14 de noviembre de 1994) sino que las partes son dueñas del objeto del proceso y del derecho material que se discute en él (STS de 31 de diciembre de 1996). Este principio se mitiga, si bien no desaparece en procesos de familia, filiación o referentes a la capacidad de las personas, en cuanto está implicado el interés público que desplaza al interés individual, ahora, las partes, deducidos en juicio sus derechos, pierden la libre disposición de los mismos y la sentencia ha de reflejar al máximo de lo posible la verdad material (SAP Alicante, de 20 de noviembre de 1998), rehuyendo la verdad formal, con la obligada adscripción al principio de libertad en materia de pruebas” (STS de 12 de junio de 1989)⁽²⁰⁾.

Por otro lado, estas referidas *materias* civiles no dispositivas presentan otra peculiaridad importante, a efectos procesales, como es el que la sentencia que se dicta en los respectivos procesos tiene naturaleza *constitutiva*⁽²¹⁾, puesto que cualquier cambio, modificación o extinción de la situación jurídica sustantiva debe ser examinada necesariamente en el proceso jurisdiccional y ser objeto de pronunciamiento judicial por lo que las partes no pueden proceder, por su propia autonomía, a la obtención de ninguno de los efectos jurídicos señalados por la ley civil⁽²²⁾

El hecho de que la nulidad contractual no disponga de un proceso especial implica que no nos hallamos ante una *materia* indisponible y

(20) FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 452.

(21) Afirma CORDÓN MORENO que “el acto jurídico privado produce sus efectos dentro del mundo de las relaciones jurídicas sustantivas, y la sentencia judicial (salvo el caso de las sentencias constitutivas) no hace sino declarar esos efectos como ya producidos y existentes” (CORDÓN MORENO, F. *Introducción*, ob. cit., p. 57).

(22) “Por el *petitum* podemos distinguir distintos tipos de acciones (...) dentro de las declarativas se pueden distinguir tres categorías; acciones merodeclarativas, si se pide una tutela consistente en la declaración de existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada relación jurídica que se muestra incierta: acciones constitutivas cuando la tutela que se solicita va dirigida a la creación, modificación de un derecho, estado o relación jurídica que no es posible lograr sin la intervención de los tribunales; y acciones de condena, si lo que se pide es la declaración de la existencia de un derecho a prestación por parte del demandado y la orden de condena a su cumplimiento” (TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, 2000, p. 20). En el mismo sentido, afirma DE LA OLIVA que (...) finalmente, cabe que se pretenda una tutela jurisdiccional consistente en un cambio jurídico que sólo un pronunciamiento jurisdiccional puede lograr (acción constitutiva)” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración* [con Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.], Madrid, 2004, p. 64).

en consecuencia el proceso en el que se decide es un proceso ordinario que se rige por el principio de justicia rogada o principio dispositivo con sus razonables consecuencias⁽²³⁾.

Descartado el proceso especial de nulidad contractual, conviene que examinemos si el proceso declarativo ordinario contempla alguna especialidad procesal para el supuesto de la nulidad contractual.

Al respecto, el legislador regula un tratamiento procesal específico, en sede de “juicio ordinario”⁽²⁴⁾, de la alegación por el demandado de la nulidad del negocio jurídico en el que se funde la demanda⁽²⁵⁾ que afecta a la cosa juzgada material⁽²⁶⁾.

El propio legislador ha dejado constancia, en la Exposición de Motivos⁽²⁷⁾, de los criterios inspiradores de esta regulación específica, que han sido dos: en primer lugar, la necesidad de seguridad jurídica; y, en segundo lugar, la conveniencia de evitar que la misma cuestión jurídica sea objeto de examen jurisdiccional en sucesivas actuaciones procesales —una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción— cuando la misma puede ser definitivamente resuelta en un único proceso.

Este tratamiento específico de la nulidad contractual afecta al juicio ordinario en el que “el demandado adujere en su defensa hechos determinantes del nulidad absoluta del negocio en el que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio” por lo que no estamos ante una regulación específica para otro tipo de procesos en los que se debata la nulidad contractual —es el caso del juicio verbal— ni tampoco altera la vigencia del principio dispositivo en los procesos relativos a la nulidad contractual. Por otro lado, como expresamente dispone el artículo

(23) Exposición de Motivos, VI, párrafo 1º.

(24) Título II, Capítulo Primero, Sección Segunda “de la contestación a la demanda y de la reconvencción”

(25) V. Artículo 408 LEC. Sobre este artículo, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Comentario al art. 408. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORDÓN MORENO, F.; MUERZA ESPARZA, J.; ARMENTA DEU, T. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. coord.), V. I, Navarra, 2001; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Comentario al artículo 408. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.; VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J.), Madrid, 2001.

(26) V. artículo 222.2 LEC. Sobre este artículo, V. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al artículo 222*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.; BANACLOCHE PALAO, J.), Madrid, 2001.

(27) V. Exposición de Motivos, VIII, párrafo 3º.

408 LEC, la especificidad procesal se refiere a la facultad del actor de solicitar al Secretario judicial contestar a la alegación de nulidad presentada por el demandado, así como al efecto de cosa juzgada de la sentencia que resuelva este “punto”⁽²⁸⁾, por lo que presupone que el demandado ha introducido dicha alegación lo que se aparta del objeto de nuestro estudio que es la apreciación *de oficio* de la nulidad.

Examinada la regulación procesal contenida en la LEC debemos, por último, analizar los preceptos procesales del Código Civil relativos a la “nulidad de los contratos” puesto que los mismos no han sido expresamente contemplados en la Disposición Derogatoria Única ni en las Disposiciones Finales de la Ley procesal de 2000 por lo que no han sido objeto de derogación ni de modificación alguna, salvo si incurrir en contradicción o incompatibilidad con sus normas⁽²⁹⁾, lo que, en principio, no acontece.

Como conclusión de lo expuesto, procede afirmar que las cuestiones procesales de la nulidad contractual tales como la legitimación de la acción de nulidad, las facultades del juez sobre el objeto del proceso, la alegación y prueba de la nulidad, la congruencia de la sentencia o el efecto de cosa juzgada (con la salvedad señalada) se resuelven aplicando la normativa procesal común y los principios procesales generales puesto que no han sido objeto de otro tratamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en normas complementarias.

Esta conclusión deriva de la vigencia del principio de legalidad procesal⁽³⁰⁾ y de la configuración de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero⁽³¹⁾ como un auténtico Código procesal común concordado con la legislación sustantiva civil y mercantil. La LEC deroga expresamente algunos preceptos procesales contenidos en leyes sustantivas —prescindiendo del expediente de la simple cláusula derogatoria general⁽³²⁾— y los preceptos que permanecen en vigor, o bien, ven modificada su redacción para establecer la máxima coherencia con la nueva sistemática legal, o bien, se insertan en la normativa procesal general como especialidades en razón de la situación jurídica sustantiva protegida. Ya hemos indicado que ninguna de las dos situaciones se da en la regulación relativa a la nulidad de los contratos⁽³³⁾.

(28) En expresión de la LEC (V. arts. 408.3 y 222.2).

(29) V. Disposición Derogatoria Única 3.

(30) Artículo 1 LEC.

(31) BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

(32) Exposición de Motivos, XX, párrafo 4º.

(33) V. artículo 216 LEC.

Ciertamente “el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC) y el carácter público e indisponible de estas normas difícilmente se compadece con su aplicación analógica a un supuesto distinto del previsto (AAP Valladolid, Sección 3ª, de 28 de junio de 2002). Precisamente porque las normas procesales son de *ius cogens* quedan sustraídas al poder de disposición de las partes (STS de 2 de noviembre de 1994), siendo su recta aplicación deber del juez (STC 202/1988 de 31 de octubre). Es doctrina reiterada del TC que la legalidad procesal debe ser interpretada en el sentido más favorable a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 CE. Rige el principio *pro actione*, de favorecimiento de la defensa de los derechos e intereses cuya tutela se reclama, sin denegar dicha protección por una aplicación desproporcionada de las normas procesales (STC 5/1988), debiendo interpretar y aplicar los presupuestos, los requisitos y las reglas procesales de acceso a la justicia de modo que cumplan mejor su finalidad (SSTC 15/1990 y 114/1998)⁽³⁴⁾.

Hemos comenzado este epígrafe diciendo que el conocimiento del tipo de proceso en el que se debate la nulidad contractual podía ayudarnos a comprender mejor la apreciación de oficio por ser el marco procesal en el que se desarrolla y, sin embargo, acabamos de concluir que nuestro sistema no admite especialidad procesal alguna, tampoco la relativa a la apreciación de oficio, en el tipo de proceso que resuelve sobre la misma por lo que estamos ante una institución que contradice abiertamente el principio de legalidad procesal⁽³⁵⁾.

La atipicidad de este supuesto nos lleva, en primer lugar, a preguntarnos por el origen y los motivos que justifican la presencia de esta institución en nuestro sistema y, en segundo lugar, a realizar un estudio de la jurisprudencia con el fin de conocer su régimen procesal.

4. LA TESIS BIPARTITA DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

5. La doctrina civilista elaboró una tesis teórica aplicable a la nulidad contractual⁽³⁶⁾, denominada *teoría bipartita (o dualista de la nu-*

(34) FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 67.

(35) Al respecto, señala DE PADURA BALLESTEROS “que cuando el Juez aprecia de oficio hechos fundamentales (impeditivos o extintivos), vulnera el principio de aportación de parte (...) ninguna de las tesis formuladas por la doctrina para justificar la apreciación de oficio tienen un fundamento jurídico-positivo, es más, nos atrevemos a decir que son *contra legem*” (DE PADURA BALLESTEROS, M^a. T. *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita términos de comparación para discernir la congruencia*, Madrid, 1998, p. 107).

(36) Sobre el origen histórico de la nulidad, V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1ª, op. y loc. cit., ps. 18 y ss.

lidad), a través de la que enumeró las características propias del régimen jurídico de la nulidad contractual distinguiéndolas de las propias de la anulabilidad.

Conforme a esta tesis, en el sistema jurídico español, la nulidad contractual tiene un régimen jurídico bien determinado y con unas características propias muy diferentes, e incluso opuestas, a las de la anulabilidad contractual. Cada uno de los regímenes jurídicos constituye un bloque hermético e incomunicado con el régimen opuesto y los elementos constitutivos de cada uno de ellos están implicados entre sí de tal manera que son inescindibles, en el sentido de que no es posible aplicar unos y prescindir de los otros; en consecuencia, el régimen jurídico de la nulidad, tanto como el de la anulabilidad, está perfectamente identificado y es de aplicación completa.

El régimen jurídico de la nulidad estaría compuesto por los siguientes elementos: a) cualquier interesado puede invocarla o hacerla valer en su favor, es decir, no hay restricciones a la legitimación sino que la misma es absoluta; b) es apreciable de oficio por el juez; c) no prescribe la acción correspondiente; d) y no es susceptible de confirmación o convalidación; e) la sentencia que se pronuncie sobre la nulidad será meramente declarativa en caso de que estime la pretensión ya que la nulidad opera *ipso iure*, por efecto de la norma, y su única función es desvanecer la posible apariencia de regularidad del contrato, o la de destruir los efectos que indebidamente se hubieran derivado del contrato nulo⁽³⁷⁾.

Por el contrario, el régimen jurídico de la anulabilidad estaría constituido por los siguientes elementos: a) sólo puede ser invocada o pedida por una parte especialmente designada por el legislador en la norma que establece la anulabilidad, por tratarse de una legitimación restringida; b) tiene un plazo de ejercicio de cuatro años; c) es susceptible de confirmación expresa o tácita por aquella persona a la que se le atribuye la acción de anulabilidad; d) la sentencia que se pronuncia sobre la anulabilidad del contrato tiene un carácter constitutivo pues mientras que la nulidad no se declare judicialmente el contrato será considerado válido y eficaz, si bien con una eficacia claudicante en tanto no transcurra el plazo de ejercicio de la acción, o no sea confirmado expresa o tácitamente⁽³⁸⁾.

(37) PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 13. V. también DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., ps. 40/41.

(38) PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 13.

La jurisprudencia ha defendido esta tesis y de ello es exponente, entre otras, la sentencia de 14 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1475) al afirmar que “es doctrina, tanto jurisprudencial como científica, comúnmente admitida, que entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad absoluta (...) de la denominada nulidad relativa o anulabilidad, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura cuatro años y sólo puede ser ejercitada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible y puede ejercitarla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta Sala a declarar que los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos”.

Conforme a esta tesis, en su interpretación clásica⁽³⁹⁾, si el intérprete entiende que el contrato es anulable lo procedente será que aplique, entre otros elementos característicos, la legitimación restringida, el plazo de cuatro años de la acción, la posibilidad de convalidación y la necesidad de introducir la discusión de la misma en el proceso por la parte ya que no cabe la apreciación de oficio. Por el contrario, si el intérprete considera que concurre en el contrato es nulo, el régimen a aplicar será radicalmente distinto ya que, con carácter general, no será necesaria la declaración judicial y, en caso de que la misma sea conveniente para destruir la apariencia creada por el contrato inválido, la legitimación será absoluta y la acción imprescriptible⁽⁴⁰⁾.

Es importante resaltar que la doctrina civilista no dedujo estas características propias de la nulidad ni del Código Civil de 1889, ni de la LEC 1881, sino que las mismas fueron elaboradas fundamentándose en razones lógicas⁽⁴¹⁾.

(39) “En la doctrina francesa ha señalado Ghestin que si la clasificación bipartita de las nulidades merece ser mantenida, es a condición de no reconocerle el alcance absoluto que se le daba en la teoría clásica” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 24).

(40) Señala DELGADO ECHEVARRÍA que contra este vicio conceptualista puso en guardia DE CASTRO al defender que cuando el legislador determina sólo algunos extremos, ello no justifica, por sí, la adscripción del supuesto a la categoría típica que muestra esta característica, para atribuir, entonces, todas las demás que el legislador no ha mencionado (V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 23).

(41) La “nulidad de pleno derecho” es pura elaboración jurisprudencial y doctrinal, con fundamento, desde 1974, en el art. 6-3 CC (antes, art. 4 CC). El Tribunal Supremo ha consolidado unas máximas en que distingue distintos tipos de inva-

En este sentido afirma la STS 1 diciembre 1971 (R.5073) que “el propio texto del Código Civil, en el capítulo 6 del título 2º del libro 4º, bajo el epígrafe “De la nulidad de los contratos”, se ocupa de las dos especies de nulidad (la absoluta y la relativa) como lo prueba el que el artículo 1305 hable de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, o sea que el Código no las diferencia ni las distingue, claramente, por sus causas y efectos, *habiendo sido la opinión científica y la jurisprudencia de los Tribunales, las que, verdaderamente, han establecido la distinción entre ellas*”.

6. La doctrina procesalista, por su parte, apenas se hizo eco de estas tesis procesales defendidas por la teoría bipartita y, en consecuencia, ha defendido sus propias posiciones elaboradas en sede procesal y acordes con los principios del Derecho Procesal español⁽⁴²⁾.

En relación al tema objeto de nuestro estudio, la doctrina procesal ha admitido⁽⁴³⁾ tradicionalmente la apreciación de oficio de la *excep-*

lidez; distingue también la invalidez de la ineficacia (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1ª, op. y loc. cit., p. 27).

(42) Sobre la nulidad contractual desde la perspectiva procesal, V. entre otros, SEOANE SPIEGELBERG, J. L. “Tratamiento Jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal”. En: *Revista Aranzadi Civil*, nº19, 2005; CASTILLEJO MANZANARES, R. “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de junio de 2004 (PROV 2004, 220811) “Improcedencia de la nulidad de la escritura pública de compraventa. Incongruencia “extra petitum”: alteración de la causa de pedir”. En: *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 674, 2005.

(43) FERNÁNDEZ LÓPEZ afirma que “las excepciones impropias se limitan a poner de relieve que la acción que el demandante ejercita no existe en realidad, porque nunca existió (...) v. gr. si el contrato adolecía de algún vicio de nulidad, la acción no nació. Las excepciones impropias, pueden y deben, en buena teoría, ser apreciadas *de oficio*, si se desprenden de los hechos aportados al proceso; la razón es sencilla: el juez no puede, en ningún caso, otorgar tutelas infundadas” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal*, II, [CON DE LA OLIVA SANTOS, A.], ob. cit., p. 88); CORDÓN MORENO distingue entre las excepciones propias en sentido amplio y las excepciones impropias (o meras defensas), y afirma que las primeras “serían aquellas que, no obstante estar fundadas en hechos impeditivos o extintivos, el ordenamiento jurídico sólo les atribuye eficacia si son alegadas por el demandado (por ejemplo, la falta de capacidad para contratar, el pago, la transacción, etc.)” y las segundas “son aquellas que, estando fundadas siempre en un hecho impeditivo o extintivo, pueden ser apreciadas de oficio por el Juez. Como fácilmente se puede comprender, el problema radica en determinar qué hechos impeditivos fundan excepciones propias y cuáles son los que fundamentan excepciones impropias o meras defensas. Pero este es un problema a resolver en cada caso concreto, teniendo en cuenta, fundamentalmente, si el hecho en cuestión afecta o no al orden público” (CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal. Proceso civil de declaración*, T. II, Alcalá de Henares, 2008, p. 19).

ción de nulidad contractual⁽⁴⁴⁾ —y la consecuente desestimación de la demanda y absolucón del demandado sin declaracón de nulidad⁽⁴⁵⁾— pero no ha considerado la apreciacón de oficio de la *pretensón (o acci3n)* de nulidad contractual y la consiguiente declaracón de nulidad sin petici3n de parte legítima.

La diferencia entre ambas cuestiones es de gran importancia te3rica y pr3ctica —y tiene distintas consecuencias jur3dico-procesales⁽⁴⁶⁾

(44) En contra de la apreciacón de oficio, desde la legislacón procesal, se ha postulado DE LA OLIVA SANTOS al afirmar que “(...) bien mirado no hay ning3n precepto en el ordenamiento procesal que autorice al tribunal a apreciar de oficio excepciones materiales. Si ciertas *excepciones materiales* pueden estimarse apreciables de oficio, la raz3n no debe buscarse en que est3n basadas en un tipo de hecho o en otro, sino que debe buscarse, en su caso, en la importancia que el ordenamiento jur3dico sustantivo les confiera, pudiendo llegar a considerarlas cuestiones de orden p3blico” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaracón*, ob. cit., p. 268). V. tambi3n DE PADURA BALLESTEROS, M^a.T. *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita*, ob. cit., p. 107.

(45) G3MEZ ORBANEJA afirma que “la sentencia puede *absolver* al demandado porque (...) *otros* hechos en virtud de una “contra-norma” hayan venido a impedir la producci3n del efecto de los primeros, o a destruirlo una vez producido. As3 por ejemplo, el contrato fue simulado, o la causa fue ilícita o la deuda se pag3. La acci3n no existe entonces, y el juez no puede estimar la demanda, aunque no le haya pedido el demandado que la desestimara por ese motivo” (G3MEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal*, Madrid, 1949, ps. 253/254); CORD3N MORENO afirma que “*las excepciones materiales*, que son alegaciones de hechos nuevos, fundadas en el Derecho sustantivo, que se oponen al fondo mismo de la pretensón de tutela jur3dica ejercitada por el actor. Afectan, por tanto, a la relaci3n jur3dica material deducida en el proceso y su estimaci3n por el tribunal determina la absolucón del demandado en cuanto al fondo” (CORD3N MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal. Proceso civil de declaracón*, T. II, ob. cit., p. 16) y TAPIA FERNÁNDEZ afirma que “sabido es tambi3n que, desde el punto de vista conceptual, el comportamiento en el proceso de estos diversos hechos (gen3ricamente llamados excepciones) que el demandado puede alegar *para verse absuelto de la demanda* es distinto seg3n se trate de hechos extintivos o impeditivos, o de hechos excluyentes” (TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso*, ob. cit., p. 35).

(46) Sobre esta cuesti3n, bajo la LEC 1881, afirma CORD3N MORENO que “la excepci3n, como medio de defensa que es, tiene por finalidad obtener una sentencia desestimatoria de la pretensón del actor, por lo que no es necesario, para que la sentencia sea congruente, que contenga un pronunciamiento expreso sobre la misma; la reconvecci3n, por el contrario, supone el ejercicio de una verdadera acci3n del demandado frente al actor, por lo que el pronunciamiento sobre la misma producirá el eficacia de cosa juzgada y el requisito de la congruencia de la sentencia exige, por lo menos en principio, que el Juez se pronuncie sobre ella en la sentencia” (CORD3N MORENO, F. *¿Cuál es el alcance de la reconvecci3n en nuestro ordenamiento? Proceso Civil de declaracón*, Pamplona, 1996, p. 209).

—sobre todo, a efectos de la cosa juzgada en el régimen legal de la LEC 1881⁽⁴⁷⁾, como más tarde veremos.

En términos abstractos, ningún obstáculo técnico impediría que el Derecho Procesal español admitiera la *declaración de oficio* de la nulidad contractual siempre que, a juicio del legislador, nos encontráramos ante una materia en la que por estar implicado el orden público convendría otorgar al juez la facultad de iniciar de oficio el proceso. Ejercitada por el juez la acción de nulidad, el proceso continuaría, entre las partes legítimas, con la tramitación de la fase de alegaciones y la fase probatoria, para llegar a la fase de conclusiones en la que el juez decidirá sobre la nulidad contractual, estimándola o desestimándola.

La tesis bipartita, por su parte, tampoco se ha mostrado partidaria de introducir en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de oficio de la acción de nulidad contractual sino que lo que ha defendido, como expondremos, ha sido la facultad del juez de declarar la nulidad contractual de oficio sin necesidad de trámite contradictorio alguno en el que las partes pudieran presentar sus alegaciones y practicar la prueba propuesta.

De este modo la tesis bipartita entiende que la declaración de nulidad no precisa de actuación jurisdiccional alguna sino que puede ser apreciada por el juez de forma automática sin que ninguna de las partes la haya solicitado y sin que estén todas presentes en el proceso.

Desde la perspectiva procesalista resulta necesario analizar en qué supuestos la jurisprudencia ha admitido que las partes se vean privadas de la protección de las garantías procesales y del cumplimiento de los principios procesales básicos en el pronunciamiento judicial de la *acción* de nulidad, por lo que tras exponer los postulados de la tesis bipartita entraremos a analizar la jurisprudencia.

7. La *teoría bipartita de la nulidad* fue considerada, durante décadas, como la teoría más consolidada en nuestro sistema civil para explicar el régimen jurídico de la nulidad contractual⁽⁴⁸⁾, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, lo que contribuyó en gran parte

(47) Al respecto, afirma TAPIA FERNÁNDEZ que “es doctrina reiterada que los efectos de la cosa juzgada no alcanza a las excepciones, ya que ésta sólo cubre la declaración de existencia o inexistencia de la tutela jurídica pedida” (TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso*, ob. cit., p. 37). Sobre el efecto de la cosa juzgada en la LEC 2000, V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Navarra, 2005.

(48) V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 13.

a que la jurisprudencia asumiera sus postulados en numerosas resoluciones⁽⁴⁹⁾.

Sin embargo, desde hace unos años, ha surgido desde la doctrina civilista una postura crítica hacia esta tesis que está logrando poner de manifiesto las deficiencias de la misma⁽⁵⁰⁾ y que también está teniendo reflejo en la jurisprudencia más reciente, como veremos.

8. El principal postulado en el que se fundamenta la mencionada teoría es la *equiparación entre nulidad contractual e inexistencia del contrato*⁽⁵¹⁾ por la que se entiende que “el contrato nulo no existe ni ha existido jurídicamente y por lo tanto no hay necesidad de ninguna acción para destruir su apariencia, ni diligencias que hacer”⁽⁵²⁾.

La formulación de este postulado no nos interesa tanto en su vertiente teórica y sustantiva cuanto en su vertiente práctica y en su incidencia procesal; es decir, de qué modo y con qué alcance operó este postulado en la jurisprudencia española y en qué manera ha constituido la base para que, durante décadas, los instrumentos procesales contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hayan sido excluidos radicalmente, por innecesarios, en determinados supuestos de nulidad contractual⁽⁵³⁾.

Y esta cuestión encuentra respuesta en algunas sentencias de nuestro Alto Tribunal, ya lejanas en el tiempo, en las que se defendía

(49) Sobre esta cuestión, V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 43/84.

(50) Destacan los esfuerzos interpretativos de PASQUAU LIAÑO por encontrar un régimen flexible y que responda a criterios funcionales, V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit.

(51) En opinión de PASQUAU LIAÑO: “la concepción bipartita de las nulidades se basa en un postulado, un apriorismo dogmático que no aparece en los códigos civiles de la órbita napoleónica y que explica que, salvo las que dan lugar a la anulabilidad, todas las demás causas determinan un mismo régimen jurídico: este postulado es la equiparación entre nulidad e inexistencia” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 355).

(52) SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual* (trad. Mecía y Poley) Madrid 1878-1879, T. III, p. 345 (cita de PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 109).

(53) Afirma DELGADO ECHEVARRÍA al respecto que “(...) ahora bien, en el intermedio, se ha ido abriendo camino la doctrina que afirma como corolario de la “naturaleza” de la nulidad de pleno derecho su posible apreciación de oficio por los Tribunales, precedente según parece de la teorización de la escuela de la exégesis sobre la categoría de la “inexistencia” (y sin fundamento legal en el *Code*) (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 104).

que la nulidad *absoluta* de los contratos opera *ipso iure* por lo que no requiere de declaración judicial alguna.

Al respecto, la STS 9 enero 1933 (R.1417) afirma que “no procede confundir la nulidad radical y la anulabilidad, construcciones jurídicas perfectamente netas y diferenciadas, porque la primera implica *inexistencia total de un acto sin efectos congruos de ninguna clase en el ámbito jurídico*, en tanto que la segunda supone la existencia anormal de ese acto, si bien se muestre gravado por deficiencias que pueden desnaturalizar su regular evolución, produciendo el aniquilamiento del mismo pero también capaces de hacerlo subsistir o revivir, acaso en condiciones dadas, como la de confirmación y ratificación posibles”.

La STS 30 septiembre 1959 (R.3652) defiende en el mismo sentido que “el contrato inexistente o nulo con nulidad absoluta *no produce efecto jurídico alguno*, por lo que mal pueden aplicársele preceptos como los artículos 1301 y siguientes del Código Civil, relativos a los contratos anulables (...) independientemente que como acto nulo que no produce ningún efecto, aunque en principio *no es preciso que se impugne ni que se declare judicialmente su nulidad*, al provocar una apariencia de realidad, es conveniente destruir esta apariencia y en tal sentido se reconoce la acción de nulidad o inexistencia (...), pudiendo impugnar el contrato nulo, mediante acción o excepción, cualquiera que tenga interés en ello”.

La STS 18 octubre 1960 (R.3224) se pronuncia de la misma forma al entender que los actos nulos de pleno derecho, “por serlos en su esencia, *son incapaces de producir efecto jurídico alguno*, que presuponga una viabilidad”.

La STS 1 diciembre 1971 (R.5451) se pronuncia en el mismo sentido afirmando que “existen profundas diferencias, en orden a sus causas y a sus efectos, entre la nulidad absoluta o de pleno derecho y la relativa o a instancia de parte, (...) y en cuanto a sus efectos, la absoluta es aquella en que se cumple el principio *quod nullum est, nullum producit effectum* y la relativa, en cambio, admite la posibilidad de confirmación”.

La STS 14 marzo 1983 (RJ 1983, 1475) recuerda que “es doctrina, tanto jurisprudencial como científica, comúnmente admitida, que entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad absoluta (...) y la nulidad relativa o anulabilidad, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura cuatro años y sólo puede ser ejercitada por los obligados

principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible y puede ejercitarla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta Sala a declarar que los *Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos*”.

Y, la STS 13 febrero 1985 (RJ 1985, 810) entiende que “en la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho (...) la consecuencia ineludible es la del artículo 1275, a cuyo tenor, “los contratos sin causa... *no producen efecto alguno*”, estando, consiguientemente, al margen de posibilidad sanatoria y de todo plazo prescriptivo, justo por *ser la expresión del nada jurídico*, que siempre y en todo momento debe (poder) ser alegado”.

En consecuencia, desde el momento en el que se considera, bajo el punto de vista sustantivo, que la nulidad es una cualidad del contrato que impide *per se* su existencia, parece clara la conclusión de que el proceso civil no tiene apenas campo de actuación en la nulidad contractual; desde esta perspectiva, la defensa de la inexistencia del contrato nulo y la ausencia de producción de efectos jurídicos, harían totalmente innecesarias las actuaciones procesales porque éstas carecerían de objeto al proyectarse sobre la nada jurídica⁽⁵⁴⁾.

Ciertamente, conforme a la tesis bipartita la nulidad contractual no es susceptible de valoración judicial porque la misma opera por ministerio de la ley y radica en la propia esencia del contrato, por lo que la función judicial se limitaría a una mera constancia de la existencia de la causa de nulidad sin que tenga relevancia alguna, por innecesarias, ni las alegaciones o pruebas de las partes ni la actividad jurisdiccional del juez; ni siquiera estarían implicadas las exigencias del litisconsorcio pasivo necesario.

En consecuencia, esta tesis ha defendido que no sería precisa ni acción ni excepción puesto que la actividad procesal de las partes no tendría relevancia alguna; la sentencia que declarara la nulidad no incurriría en incongruencia ante la modificación de la causa de pedir, ni

(54) En contra de considerar que la apreciación de oficio es una característica del régimen procesal de la nulidad contractual y a favor de su excepcionalidad se pronuncia DELGADO ECHEVARRÍA y cita también a BELO JANEIRO, CARRASCO PÉREZ y GORDILLO (V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 105).

produciría indefensión a pesar de no garantizar a las partes su derecho de audiencia ni de contradicción. Por tanto, la nulidad se impondría al juez y no exigiría ningún tipo de actividad procesal civil⁽⁵⁵⁾.

9. Las críticas que se han vertido sobre la tesis bipartita, desde posiciones civilistas⁽⁵⁶⁾, abarcan tanto sus aspectos sustantivos como los procesales⁽⁵⁷⁾: en relación a estos últimos, se ha puesto de manifiesto el

(55) Afirma DELGADO ECHEVARRÍA que (nulidad) “de pleno derecho” señalaría la innecesariedad del ejercicio de una acción y de una resolución judicial. En cuanto a esto último, no está de más señalar que “de pleno derecho”, que parece traducción del latín *ipso iure*, es una expresión tradicional que significa que la ausencia de efectos contractuales se produce por obra del mismo Derecho, sin necesidad de ejercitar ninguna acción ni de que los Jueces lo declaren, pero ha significado o significa también en otros Ordenamientos que el Juez ha de declararla o decretarla siempre que concurren los supuestos de la hipótesis legal, frente a casos (‘nulidad facultativa’) en que el Juez dispone de un poder de apreciación para concederla o no según su arbitrio (V. LARROUMET, Ch. 1990, 511 y nota 29; GHESTIN, J. 1988, 876) (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 39). V. también PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 160.

(56) Desde el Derecho procesal, CASTILLEJO MANZANARES afirma, con carácter general, que “en otras palabras, según MONTERO (Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad, Valencia, 2001, p. 80), lo que debe tenerse en cuenta en cualquier caso es que el principio *iura novit curia* no puede llegar a la negación del principio dispositivo, esto es, no puede conducir a entender que el juez puede condenar a lo no pedido por la parte, a más de lo pedido o a basarse en razones distintas de las aducidas por la parte, razones que pueden ser incluso jurídicas con referencia al título de pedir. El cambio de punto de vista jurídico si se entiende como indefensión de las partes, que no han pedido conocer ni alegar en torno al mismo, ha de provocar, como sucede en el proceso penal o en el contencioso administrativo (*Vid.* SALA SÁNCHEZ, P. *Derecho Procesal Administrativo*, [con GIMENO/MORENO] Madrid, 2001, pgs. 69 y ss.), que el Juez ponga el cambio de título jurídico en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. De otro modo el órgano jurisdiccional habría incurrido en incongruencia” (CASTILLEJO MANZANARES, R. “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona”, op. y loc. cit., ps. 3/4).

(57) La insatisfacción generalizada del modelo actual que da lugar a “soluciones francamente inadecuadas: así, como consecuencia del carácter *absoluto* de la nulidad, se admiten acciones de nulidad ejercitadas por quien causó la irregularidad determinante de la misma, no siendo la persona portadora de un interés protegido por la nulidad (p. ej., *SSTS 11 junio 1966, 5 octubre 1987, 24 septiembre 1991*); a causa del carácter *imprescriptible* de la nulidad, se admiten acciones inusitadamente extemporáneas, con clara merma de la seguridad jurídica y estabilidad de las situaciones de hecho generadas por el contrato irregular (p. ej., *SSTS 6 julio 1985 y 3 marzo 1995*); como consecuencia de la *apreciabilidad de oficio* de la nulidad, se ignoran las garantías básicas del proceso civil, con indefensión para terceros o para alguna de las partes litigantes (p. ej., *STS 31 diciembre 1979*); y por último, la

atentado contra las garantías procesales constitucionales que supone la apreciación de oficio de la nulidad contractual⁽⁵⁸⁾ porque no respeta el marco constitucional vigente en nuestro país y, en consecuencia, se debe proceder a la audiencia de las partes afectadas antes de pronunciarse sobre la nulidad contractual⁽⁵⁹⁾, máxime si consideramos que apreciación de oficio de los *presupuestos procesales* requiere audiencia previa de las partes⁽⁶⁰⁾; si embargo, también hay quien ha defendido que dichas garantías pueden ceder en atención a la trascendencia de los intereses en juego ya que no es admisible llevar tan lejos las garan-

insanabilidad que se predica de la nulidad de pleno derecho, determina la estimación de pretensiones abiertamente contradictorias con conductas o actos jurídicos previos de quien reclama la nulidad, contra el principio de la buena fe, quedando muy reducida la virtualidad de la doctrina de los actos propios en esta materia (p.ej. SSTS 16 febrero 1990 y 3 marzo 1995)” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 353).

(58) La doctrina civilista ha criticado la apreciación de oficio de la nulidad contractual por entender que infringe principios procesales básicos: V. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, op. y loc. cit., p. 393; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 256; y Díez-PICAZO quien afirma que “...Esta tesis choca hoy con el derecho fundamental establecido en el artículo 24 de la Constitución, que, tal como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, significa que la sentencia debe recoger y decidir las pretensiones y excepciones de las partes. La actuación de oficio puede suponer un grave recorte o limitación de los medios de defensa. Es concebible que el juez proponga de oficio la cuestión de la validez y decida oír a las partes sobre ella, aunque esta solución no encuentre hoy una vía procesal clara” (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993, p. 433) aunque, como advierte DELGADO ECHEVERRÍA, esta afirmación de Díez-PICAZO ha desaparecido de la edición de 1996, Tomo I, donde el autor se limita a decir que “el Juez puede declarar de oficio la nulidad”, “aunque nadie la haya instado” (pp.472 y 473) (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 116).

(59) PASQUAU LIAÑO critica la STS 31 de diciembre 1979 en la que se aprecia de oficio la nulidad, “claro supuesto de indefensión, por cuanto, al tratarse de una ilicitud no manifiesta (pues era precisa una valoración judicial sobre su carácter colusorio), todas las partes contratantes hubieran debido ser oídas antes de declararse la nulidad del contrato” y también discrepa de la STS de 30 de septiembre de 1959 porque entiende, en contra del criterio el Tribunal Supremo que “la torpeza de la causa no resulta evidente o manifiesta, y seguramente su apreciación hubiera exigido (...) la acción de nulidad” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 272 y p. 263, respectivamente).

(60) A juicio de DELGADO ECHEVERRÍA “...si el Juez no puede declarar ni siquiera la nulidad de actos procesales, en ningún caso, sin dar ocasión a las partes para alegar lo que crean conveniente, mucho menos podrá, sin aquella audiencia, declarar nulo un contrato cuya invalidez ningún legitimado ha pedido” (DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, op. y loc. cit., p. 397).

tías procesales cuando pueden poner en cuestión los derechos sustantivos protegidos⁽⁶¹⁾.

La tesis bipartita también ha sido duramente criticada por la inseguridad jurídica⁽⁶²⁾ que produce su aplicación en la práctica forense debido al amplio margen de actuación que la misma concede a los tribunales para confeccionar al caso concreto los resultados que se buscan⁽⁶³⁾, bastando con cambiar la calificación de contrato nulo en contrato anulable⁽⁶⁴⁾, y viceversa, para de este modo conseguir apartarse del rigor o de la suavidad del régimen que a la causa le correspondería de haber mantenido la calificación originaria⁽⁶⁵⁾. La dificultad para es-

(61) Afirma EGUSQUIZA BALMASEDA que “no se puede postular un maximalismo tal, en la defensa de las garantías procesales, sobre todo en el ámbito civil, que se termine negando la realidad sustantiva a la que, en teoría, encauza el procedimiento y sus normas” (EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. “Cuestiones conflictivas”, ob. cit., p. 29).

(62) Afirma PASQUAU LIAÑO que en algunos casos, en que debido a sus peculiaridades, se resisten a encajar en el cuadro al que debe asignarse en función de los criterios de clasificación entre ambos tipos de ineficacia, el Tribunal Supremo fuerza dicha calificación (calificando como anulable lo que de ordinario considera nulo, o viceversa), con objeto de encontrar la regla adecuada” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 349/350).

(63) “Es precisamente evitar la aplicación en bloque del régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho la única razón por la que se justifica la calificación del contrato como anulable en casos extraordinariamente dudosos, como el error obstaculativo, la falta de autorización judicial en los supuestos de artículo 166, la incapacidad natural, etc. Se busca un régimen que limite la legitimación, privándose de ella a quien contrató con conocimiento de la causa de nulidad; o un régimen que abra la posibilidad de convalidación, o que permita entender prescrita un acción extemporánea y abusivamente ejercitada. Se utiliza, en definitiva, la anulabilidad como vía para huir de la nulidad, como una “no nulidad” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 95).

(64) “Privilegiadamente ilustrativas son las SSTs de 3 de marzo 1964 y 11 de octubre de 1964, tan cercanas en el tiempo y que, ante cuestiones similares, ofrecen soluciones opuestas precisamente por un diferente calificación del tipo de nulidad (...) el Tribunal Supremo es fiel hasta la exageración a su propia doctrina en este aspecto. Una y otra vez el alcance de la legitimación, la eficacia sanatoria de actos confirmatorios, la viabilidad de la prescripción alegada, o la posibilidad de apreciación de la nulidad sin una petición expresa, se resuelven mediante el tiro por elevación de preguntarse primero por el tipo de nulidad, ignorando cualquier otra consideración...” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 79).

(65) “...por lo general cualquier reducción de estos drásticos atributos de la ineficacia contractual pasa por la previa calificación del contrato como anulable y no nulo, bien para negar al demandante la legitimación para pedirla, bien para entender transcurrido el tiempo hábil para hacer valer la ineficacia, bien para salvar la situación de hecho creada por el contrato viciado, por virtud de algún acto o conducta posterior convalidante” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 84).

tablecer las causas por las que procede la apreciación de oficio, ante la falta de criterios uniformes doctrinales⁽⁶⁶⁾ y jurisprudenciales⁽⁶⁷⁾, agudiza esta inseguridad jurídica.

Otro de los aspectos criticados de dicha tesis es la excesiva rigidez con la que aplica a todos los tipos de nulidad el mismo régimen jurídico, a pesar de que, se dice, cada causa de nulidad proteja intereses de distinta naturaleza que requieren un tratamiento diferenciado⁽⁶⁸⁾; la adecuada protección de los intereses que están en juego en cada tipo de nulidad aconseja la adopción de soluciones flexibles adaptadas a las características propias de cada causa de nulidad (y anulabilidad)⁽⁶⁹⁾.

(66) La doctrina no sólo discrepa en los supuestos de nulidad y de anulabilidad sino que ni siquiera están de acuerdo sobre la existencia y alcance de la invalidez y la ineficacia ni sobre si la nulidad es un tipo de invalidez o de ineficacia. Sobre esta cuestión en el anteproyecto de Código europeo, V. PARRA LUCÁN, M^a. A. *Las anomalías del contrato*, op. y loc. cit.

(67) Por el contrario, en esta materia, “una vez más el Tribunal Supremo se encuentra desasistido de una teoría general, coherente, suficiente y flexible, desde la que construir sus razonamientos (...). El Tribunal Supremo introduce excepciones y matizaciones a la doctrina bipartita según las peculiaridades y exigencias del caso concreto que se juzga, y no desde un planteamiento coherente; esto produce finalmente un desorden, un desajuste; encontramos una buena cantidad de sentencias que se limitan a recordar que la nulidad o inexistencia operan *ipso iure* y que por tanto no es precisa alegación o invocación formal de la misma en el proceso para que el juez la pronuncie o la tome en consideración, y otro significativo número de sentencias en las que se afirma que si ello es así con carácter general, en ocasiones, sí resultará preciso el sometimiento a las exigencias formales del proceso civil” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 258-259).

(68) V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., ps. 9 y p. 24. Afirma PASQUAU que “la labor de los jueces ha quedado francamente facilitada (...) se antepone la lógica de un régimen construido desde la deslumbrante metáfora de la inexistencia, del no ser en Derecho, a cualquier consideración proveniente de otros ámbitos: el interés protegido por la norma, la seguridad del tráfico, la necesidad de actuación de los derechos, las garantías procesales, la exigencia de la buena fe, etc.” (...) “Si abandonamos las metáforas desde las que se explica la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, se puede concluir sin serias dificultades que en muchos casos la nulidad de pleno derecho requiere absolutamente un pronunciamiento judicial” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 61).

(69) “¿Cómo es posible que se despachen indistintamente problemas de tan distinta naturaleza como la insuficiencia de representación, los pactos ilegales o cláusulas abusivas, la simulación, la incapacidad natural, la venta de cosa ajena, la causa inmoral o la indeterminación el objeto? Es evidente que esta uniformización o simplificación de los razonamientos proyectada sobre casos tan distintos ocasiona un empobrecimiento que hurta la reflexión doctrinal y el progreso jurisprudencial” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 37); V. también CARRASCO PERERA, A. *Comentario al artículo 6º-3 del Código Civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol. 1 (dir. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), Ma-

Esta flexibilización permitiría la articulación de un régimen procesal confeccionado *ad hoc* para cada tipo de nulidad⁽⁷⁰⁾.

Y por último, pero no menos importante, la doctrina también ha criticado que la tesis bipartita se haya construido sobre una premisa filosófica-dogmática⁽⁷¹⁾, y no jurídica, por la que se defiende que el contrato nulo no existe cuando la realidad jurídica, y la realidad de nuestra práctica forense, nos indica exactamente lo contrario, que el contrato nulo existe⁽⁷²⁾.

10. Por su parte, la jurisprudencia ha mitigado las drásticas consecuencias que la aplicación de la teoría bipartita podría tener sobre la apreciación de oficio en el caso de que esta facultad se admitiera para todo contrato viciado de nulidad⁽⁷³⁾. En efecto, como veremos a continuación, la jurisprudencia no ha admitido la apreciación de oficio con un carácter general sino que entiende que esta apreciación es una facultad excepcional de los tribunales y que sólo es admisible en reducidos casos⁽⁷⁴⁾.

drid, 1992, p. 800; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2003.

(70) La dificultad inherente a esta pretensión la expone con claridad PARRA LUCÁN al afirmar que “en Derecho español parece existir una tendencia doctrinal a distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad por contravención de norma refiriendo la nulidad a la norma imperativa. Sin embargo, esto no es exacto, puesto que también son imperativas las normas que establecen requisitos o presupuestos cuya ausencia o infracción determina la anulabilidad: por ejemplo, en los casos de anulabilidad derivada de la incapacidad de una de las partes” (PARRA LUCÁN, M^a. A. *Las anomalías del contrato*, op. y loc. cit.).

(71) PASQUAU LIAÑO se decanta por un punto de vista *fenomenológico* (V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 164).

(72) En palabras de PASQUAU LIAÑO “la existencia del contrato es presupuesto de la nulidad. El juicio de nulidad recae sobre un contrato que, tal y como se presenta, puede ser considerado como tal” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 357).

(73) Como afirma DELGADO ECHEVARRÍA; “la S. de 29 marzo 1932 estableció la posibilidad de declarar de oficio la nulidad en determinados supuestos. Su doctrina se ha generalizado luego, en pronunciamientos judiciales y en la doctrina de los autores, mucho más allá de aquellos supuestos y como si fuera consecuencia lógica ineludible del propio concepto de nulidad. Consideramos un error esta generalización (que hoy puede llevar a indefensión contraria a las garantías constitucionales), y mostramos cómo el Tribunal Supremo ha rectificado esta doctrina (con sus habituales contradicciones) a partir de los años ochenta” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 92).

(74) Afirma DE CASTRO que “es obvio que esta doctrina (de la apreciación de oficio de la nulidad) se establece para aquellos casos graves y extremos en que la conciencia y el sentido del deber del juzgador se resiste, con fundamento, a sancionar un resultado francamente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso”

De este modo, a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales recogidos con anterioridad —en los que se defiende la inexistencia del contrato nulo y de sus efectos—, la realidad es que, la jurisprudencia al elaborar sus decisiones tiene en cuenta la existencia del mismo y la necesidad de poner fin a la apariencia creada; pero no sólo esto, sino que además la jurisprudencia no ha procedido a admitir, en todos los casos planteados, la *declaración automática* de la nulidad contractual⁽⁷⁵⁾ sino que, por el contrario, ha entendido que, con carácter general, lo tribunales deben proceder respetando las garantías procesales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico y se deben pronunciar sobre la nulidad contractual en el marco de un proceso declarativo celebrado con la debida contradicción entre las partes afectadas.

En consecuencia, la jurisprudencia⁽⁷⁶⁾ ha defendido como regla general, que la nulidad contractual entra en el ámbito de la justicia rogada y, por tanto, debe dejarse a la iniciativa e interés de las partes⁽⁷⁷⁾, por lo que el tribunal deberá pronunciarse sobre su concurrencia en la medida en que las partes introduzcan en el proceso la petición de su discusión garantizando, de este modo, el derecho de defensa y la congruencia de la sentencia⁽⁷⁸⁾.

(DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 477) V. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, op. y loc. cit., ps. 391/397 con abundante cita de jurisprudencia.

(75) En palabras de DELGADO ECHEVERRÍA, “En los primeros años de vigencia del Código el Tribunal Supremo insistió repetidamente en que cuando la resolución de un litigio se hace depender de la nulidad de un acto u obligación debe solicitarse que éste se declare previa, expresa y directamente (SSTS de 7 y 18 abril 1892, 19 de febrero 1894, 31 enero 1896, 11 junio 1897), de modo que no puede ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad del contrato sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtenerla (STS 18 enero 1904). Doctrina que, aunque algo más atenuada con el paso del tiempo, se recordaba en fechas más próximas (SSTS 23 junio 1966, 4 noviembre 1969, 2 junio 1970, 3 octubre 1979) y que corresponde realmente a los principios de justicia rogada y congruencia que presiden el proceso civil” (DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, op. y loc.cit., p. 391-392).

(76) Según la STS 31 diciembre 1979 (R.4499) “el Tribunal Supremo afirma reiteradamente que la doctrina legal, formada a partir de la Sentencia de 29 de marzo de 1932 (R.976), con las de 15 enero 1949 (R.7), que invoca a su vez la Sentencia de 1 junio 1944 (R.807), y 22 marzo 1963 (R.2119), tiene declarado que, si bien en principio y acatando lo dispuesto en el artículo 359 de la LEC (1881) para que pueda decretarse la nulidad debe ser solicitada en forma por la parte que la pretenda y a quien sus efectos perjudiquen...”

(77) V., entre otras, STS de 24 de abril 1997 (R.3398).

(78) V. SSTS 7 julio 1986, 9 enero 1992 (R.175), 9 noviembre 1993 (R.8975), 10 febrero 1994 (R.848), 6 marzo 1995 (R.1781), 20 junio 1996 (R.5105) y 24 abril 1997

Esta defensa jurisprudencial de la vigencia del principio dispositivo y de la efectividad de las garantías procesales en los procesos civiles ordinarios nos parece el único camino para construir un régimen procesal de la nulidad contractual, que pueda sustituir al postulado por la tesis bipartita, y que se caracterice por su coherencia con el sistema procesal español.

Por esta razón entendemos que la jurisprudencia está situando el análisis de la apreciación de oficio de la nulidad contractual en el marco normativo adecuado, que es el marco procesal común (la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Este modo de proceder de la jurisprudencia muestra la preferencia de nuestro Alto Tribunal por los principios clásicos del proceso civil y sus manifestaciones normativas, frente a los postulados teórico-procesales de cuño civilista. Y a la vez esta preferencia nos habla de la conveniencia de interpretar el régimen procesal de la nulidad contractual a la luz de estos principios clásicos y dentro del marco normativo procesal común, dejando de lado la pretensión doctrinal civil de estructurar un régimen procesal *ad hoc* para la nulidad contractual al margen de la LEC y justificado en preceptos del Código Civil.

11. Este modo de proceder de la jurisprudencia explica que las cuestiones procesales estén siendo satisfactoriamente resueltas, en sede de principios y normativa procesal, y que se esté abandonando el recurso tan utilizado por la doctrina civilista⁽⁷⁹⁾ de extraer consecuencias procesales de preceptos sustantivos civiles.

(R.3398) en las que se alude a supuestos en los que el tribunal de instancia apreció de oficio la nulidad del contrato fuera de los supuestos admitidos y de este modo, causó indefensión al recurrente y llevó a cabo en la sentencia una alteración decidida de la causa de pedir.

(79) En este contexto es donde podrían encontrar explicación las siguientes afirmaciones de PASQUAU LIAÑO: “en nuestro sistema no cabe transformar todas las nulidades de pleno derecho en impugnables (como anulabilidad) (...) Nuestro artículo 6.3 CC obliga a defender la existencia, a ciertos efectos, como mínimo procesales, de la nulidad producida automáticamente por ministerio de la ley, sin la intermediación de una decisión del o de los interesados, en hacerla valer. Obliga por tanto, a reconocer un aspecto objetivo de la nulidad, independiente de la voluntad” (...) “La necesidad de procesos depende no del tipo de nulidad sino en función de si la determinación de la causa requiere una valoración que sólo puede hacerse judicialmente (...) Así, existen causas consideradas comúnmente como de nulidad radical que requieren dicha valoración (por ejemplo, la simulación, la usura, la ilicitud de la causa) y otras que no la requieren (los defectos de forma solemne ofrecen el ejemplo más fácil); igualmente, hay causas de anulabilidad que comportan dicha necesidad de valoración judicial (vicios del consentimiento), y otras que pueden

En este contexto interpretativo, quizá pase a la historia la pretensión civilista de eliminar los cauces procesales legales porque la nulidad opera *por ministerio de la ley* —y por consiguiente la nulidad se aprecia de oficio— ya que la misma es totalmente ajena a la naturaleza propia de las actuaciones procesales y al marco normativo procesal: en efecto, pretender que conforme al artículo 6º del Código Civil la nulidad no esté amparada por la tutela judicial efectiva sino por una declaración judicial automática; y además que la nulidad contractual, como objeto del proceso civil, no precise de enjuiciamiento sino de automaticidad, es cuando menos una pretensión descontextualizada⁽⁸⁰⁾.

12. Ciertamente, el deficiente estado en el que se encontraba la legislación procesal hasta la entrada en vigor de la LEC 2000, facilitó esta forma de proceder de la doctrina civilista⁽⁸¹⁾ ya que el Derecho Procesal más bien parecía un conjunto de *especialidades* procedimentales reguladas *ad hoc* en las leyes sustantivas⁽⁸²⁾ y, desde esta percepción

inmediatamente constatarse sin previo juicio (minoría de edad, falta de consentimiento del cónyuge)” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 33 y ps. 357/358, respectivamente).

(80) Nos parece interesante traer de nuevo a colación las palabras de DELGADO ECHEVARRÍA; “(nulidad) “de pleno derecho” señalaría la innecesariedad del ejercicio de una acción y de una resolución judicial. En cuanto a esto último, no está de más señalar que “de pleno derecho”, que parece traducción del latín *ipso iure*, es una expresión tradicional que significa que la ausencia de efectos contractuales se produce por obra del mismo Derecho, sin necesidad de ejercitar ninguna acción ni de que los Jueces lo declaren, pero ha significado o significa también en otros Ordenamientos que el Juez ha de declararla o decretarla siempre que concurran los supuestos de la hipótesis legal, frente a casos (‘nulidad facultativa’) en que el Juez dispone de un poder de apreciación para concederla o no según su arbitrio (V. LARROUMET, Ch. 1990, 511 y nota 29; GHESTIN, J. 1988, 876) (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 39).

(81) En los siglos XIX y XX los aspectos *procesales* civiles fueron regulados en normas sustantivas como consecuencia de la huida de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 por su deficiente calidad técnica y su falta de sistemática. Esto produjo una legislación procesal dispersa y desvinculada de la legislación procesal común; al respecto afirma MONTERO AROCA que “la huida más importante (...) se hizo a base de regular un número extraordinario de procesos especiales produciéndose una verdadera proliferación procedimental (...) El caso más claro de sinceridad legislativa fue el de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en la que se reguló un proceso especial para la impugnación de los acuerdos de la junta general” (MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional* [con GÓMEZ COLOMER, J. L. MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.], II, Valencia, 2009, p. 25).

(82) V. Las críticas doctrinales a la legislación procesal española anterior a la LEC 2000 pueden verse, entre otros, en MONTERO AROCA, J. *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982; FAIRÉN GUILLÉN, V. *La sis-*

externa, se comprende el empeño de la doctrina civilista por encontrar el régimen procesal *ad hoc* de la nulidad y de la anulabilidad contractual en el Código Civil.

La simple enumeración de las normas *sustantivas* en las que, desde la entrada en vigor de la LEC 1881, se han insertado preceptos procesales relativos a la nulidad refleja el elevado grado de dispersión normativa que caracteriza su regulación procesal.

Al respecto podemos señalar las siguientes leyes sustantivas: a) *Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura*, en sus artículos 2 (apreciación judicial), 8 (condena en costas anexa a la declaración de nulidad), 12 (competencia objetiva y funcional; procedimiento adecuado) y 13 (suspensión del juicio ejecutivo); b) *Ley de 16 de diciembre 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión*, en el artículo 84, 1ª, 1º (contenido de la demanda); c) *Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893*, en su artículo 43, primer párrafo (comprobación judicial); d) *Decreto 8 febrero 1946. Texto Refundido de la Ley Hipotecaria*, artículo 131, 2ª, I (contenido de la demanda); e) *Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque*, en su artículo 67, párrafo 2º, 1ª (excepción de nulidad); f) *Ley 28/1998, de 13 de julio, Regulación de venta a plazos de bienes muebles*, artículo 16, 2; d), 2ª (excepción de nulidad); g) *Ley 27/1999, de 16 de julio, Cooperativas*, artículo 31 (régimen de impugnación de acuerdos de la Asamblea General); h) *Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, artículos 115 a 122 (régimen de impugnación de acuerdos sociales); i) *Ley 7/1998, de 13 de abril, Condiciones Generales de la Contratación*, en los artículos 9 (régimen aplicable a la acción de nulidad y efecto de la sentencia estimatorio) y 10 (efectos); j) *Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas*, artículos 47 a 50 (régimen de la acción de nulidad y efectos de la sentencia) y 56 (legitimación); k) *Ley 11/1986, de 20 de marzo, Patentes de invención y modelos de utilidad*, en los artículos 112 (declaración de nulidad) 113 (legitimación activa y pasiva; efecto de cosa juzgada de la sentencia; plazo de caducidad de la acción de nulidad), 114 (efectos de la sentencia estimatoria) y 126 (tratamiento procesal de la alegación de nulidad); l) *Ley 49/1960, de 21 de julio, Propiedad Horizontal*, modificada

tematización de los procedimientos declarativos españoles. Temas del Ordenamiento Procesal, Madrid, 1969, II, ps. 747 y ss.; MONTÓN REDONDO, A. *Procedimientos civiles especiales*, Salamanca, 1982; GONZÁLEZ GARCÍA, J. Mª. *La proliferación de procesos civiles*, Madrid, 1996; ROBLES ACERA, A. *Los procesos declarativos especiales* (con MARTÍN CONTRERAS, L.), Valencia, 1997.

por la ley 8/1999, de 6 de abril, en el artículo 18 se establece la impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios (legitimación, plazo de caducidad y suspensión de la ejecución del acuerdo); m) *Real Decreto 24 de julio de 1889, Código Civil*, artículos 1300 a 1314 sobre la acción de nulidad de contratos (plazo de caducidad, legitimación, efectos de la sentencia); n) *Ley 30/1981, de 7 de julio. Modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, en la Disposición Adicional Tercera (competencia objetiva y territorial) y Quinta (procedimiento); ñ) *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje* en el artículo 46 establece el recurso de anulación por nulidad del convenio arbitral; o) *Real Decreto 22 de agosto de 1885, Código de Comercio*, artículos 50 y 53.

Afortunadamente, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero⁽⁸³⁾ ha puesto fin a esta caótica situación de nuestra legislación procesal al constituir un verdadero Código común de la legislación procesal civil española⁽⁸⁴⁾, elaborado a la luz de sólidas aportaciones jurídicas de carácter científico y forense, en el que se regulan, con orden y precisión, todas las materias procesales comunes y se insertan, con coherencia y armonía, referencias a los preceptos procesales regulados en leyes separadas⁽⁸⁵⁾.

(83) V. CORDÓN MORENO, F. MUERZA ESPARZA, J. J. ARMENTA DEU, T. , TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001.

(84) Sobre el efecto codificador de la nueva LEC, V. por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil, Introducción*, ob. cit., (con DE LA OLIVA SANTOS, A Y VEGAS TORRES, J.), ps. 6/8.

(85) Sobre la nueva LEC, en general, y sus antecedentes prelegislativos, V. entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A. "Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", En: *Revista de Derecho Procesal*, 1999-II; GIMENO SENDRA, V. "Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal europeo". En: *Revista La Ley*, 15 febrero 1999; BERZOSA FRANCOS, V. *Los principios inspiradores del futuro proceso civil. Presente y futuro del proceso civil* (con otros), Barcelona, 1998; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Planteamiento, sistema y caracteres que presiden el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ponencias), Murcia, 1998, ps. 9 y ss.; ídem, "La reforma necesaria del proceso civil". En: *Revista Tribunales de Justicia*, 1999-2; BANACLOCHE PALAO, J. "El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Revista La Ley*, N° 4507, 25 marzo 1998; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (dir.) *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Asociación Jueces para la democracia, Zaragoza, 1999; RUBIO LARA, "La Ley de Enjuiciamiento Civil del siglo XXI". En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1850, 1 agosto 1999; GÓMEZ COLOMER, J. L. "La tutela procesal privilegiada y sus clases en la nueva LEC". En: *Revista Tribunales de Justicia*, 2000/4, ps. 395 y ss.

Basta con acercarse a su Disposición Derogatoria Única y a las Disposiciones Finales, deteniéndonos sólo en aspectos relativos a la nulidad en el orden material, para apreciar el elevado grado de técnica legislativa que caracteriza a esta ley, puesto que deroga expresamente algunos preceptos procesales contenidos en leyes sustantivas⁽⁸⁶⁾ y los que permanecen en vigor, o bien ven modificada su redacción para establecer la máxima coherencia con la sistemática legal⁽⁸⁷⁾, o bien se incluyen en la normativa general como especialidades en razón de la situación jurídica sustantiva protegida⁽⁸⁸⁾.

De este modo, la nueva legislación facilita en gran medida la tarea del jurista, tanto práctico como teórico, porque supone insertar en el ordenamiento jurídico español un marco normativo procesal com-

(86) Son derogados, entre otros, los artículos 2, 8, 12 y 13 de la citada Ley de Represión de la Usura por la Disposición Derogatoria Única, 2, 4º; el artículo 84, 1ª, 1º de la citada Ley de Hipoteca Mobiliaria por la DD Única, 2, 8º; los artículos 119, 120, 121 y 122.1 de la citada Ley de Sociedades Anónimas por la DD Única 2, 2º; las disposiciones adicionales primera a novena de la citada Ley de procedimientos a seguir en causas de nulidad, separación y divorcio.

(87) V. reforma del apartado segundo del artículo 12 de la ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en particular la supresión de la facultad reconocida en las acciones de cesación de hacer efectiva la condena a indemnización de daños y perjuicios en trámite de ejecución de sentencia; el artículo 131, 2ª, I de la Ley Hipotecaria cuya redacción es modificada por la Disposición Final 9ª, 6 LEC 2000; la letra d) del apartado 2 del artículo 16 de la Ley de Venta a plazos de bienes muebles ha quedado redactada en nuevos términos según la Disposición Final 7ª, 3 LEC 2000. La DF 3ª y 5ª establecen respectivamente que los procesos para la impugnación de acuerdos sociales y en materia de patentes se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en el juicio ordinario de la LEC 2000 por lo que se modifica la redacción del artículo 118 de la LSA y el artículo 125, 1º de la Ley de Patentes.

(88) El artículo 727.10ª LEC 2000 incluye como medida cautelar específica la relativa a la suspensión de acuerdos sociales impugnados incorporando así el contenido del derogado artículo 121.1 de la Ley de Sociedades Anónimas; el artículo 222.3.3º LEC 2000 se refiere expresamente a la cosa juzgada material en las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios sustituyendo la regulación contenida en el artículo 122.1 LSA, que queda derogado. Por otro lado, se añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación en relación a la intelección que debe darse a la utilización por la LEC 2000 del término consumidores y usuarios. Además, la especialidad relativa a materia probatoria en la usura desaparece finalmente en el texto de la ley a pesar de que tanto el Anteproyecto (artículo 209) como el Proyecto (artículo 217) se referían expresamente a ella (V. ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA DE MURCIA, *Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997*; *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de diciembre de 1997* [destacadas las variaciones respecto al Borrador]; *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de octubre de 1998* [destacadas las variaciones respecto al Anteproyecto], Murcia, 1998).

pleto, dotado de una sistemática rigurosa y clara, cuya síntesis se encuentra en su Exposición de Motivos. Y en consecuencia, los aspectos procesales de la nulidad contractual —y en particular, la apreciación de oficio— disponen de una referencia legal que facilitará en gran manera la adecuada interpretación procesal.

13. Pero no son sólo los aciertos técnicos los que destacan en la LEC 2000 sino también la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución española⁽⁸⁹⁾.

Al respecto, el legislador ha entendido que hay una estrecha vinculación entre tutela judicial efectiva y el acortamiento del tiempo necesario para obtener una respuesta judicial definitiva⁽⁹⁰⁾ y ha procedido a la articulación de instrumentos jurídicos que consigan una justicia ágil sin disminuir las garantías procesales.

Transcribimos a continuación algunos párrafos de la Exposición de Motivos de la LEC 2000, en los que se alude a las cuestiones que acabamos de tratar, por considerarlos de especial importancia para nuestro objeto de estudio y porque nos permitirán comprender mejor el alcance procesal de los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la apreciación de oficio en los que nos detendremos en el siguiente epígrafe:

“I. El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales”.

(...) “III. Con perspectiva histórica y cultural, se ha de reconocer el incalculable valor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881. Pero con esa misma perspectiva, que incluye el sentido de la realidad, ha de reconocerse, no ya el agotamiento del método de las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia en el orden jurisdiccional civil, sino la necesidad de una Ley nueva para procurar acoger y vertebrar, con radical innovación, los planteamientos expresados en los apartados anteriores”.

(...) “III. La experiencia jurídica de más de un siglo debe ser aprovechada, pero se necesita un Código procesal civil nuevo, que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes. Es necesaria, sobre todo, una nueva Ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy

(89) V. Exposición de Motivos, I, párrafo 1º.

(90) V. Exposición de Motivos, I, párrafo 2º.

difícil resolución con la ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva, que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común”.

“III. Las transformaciones sociales postulan y, a la vez, permiten una completa renovación procesal que desborda el contenido propio de una o varias reformas parciales. A lo largo de muchos años, la protección jurisdiccional de nuevos ámbitos jurídico-materiales ha suscitado, no siempre con plena justificación, reglas procesales especiales en las modernas leyes sustantivas”.

(...) “VI. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos”.

“VI. De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado”.

“VI. Esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible

asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia”.

14. Debemos advertir, por último, que el hecho de que la jurisprudencia se pronuncie con rotundidad y precisión sobre las implicaciones procesales inherentes a la apreciación de oficio de la nulidad contractual —en particular, la congruencia de la sentencia—, y les otorgue un tratamiento adecuado, no significa que el Tribunal Supremo ya no admita que preceptos sustantivos desplieguen consecuencias procesales no previstas por el legislador procesal e incluso contrarias a la ley procesal imperativa⁽⁹¹⁾; por el contrario, la jurisprudencia todavía es dubitativa al respecto y, en algunas ocasiones, inaplica estas normas amparándose en el alcance procesal de preceptos sustantivos siguiendo las tesis civilistas, como veremos a continuación.

5. LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA

15. Tal y como hemos anunciado nos proponemos, en este apartado, examinar los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión objeto de estudio para lo cual hemos dividido la materia en distintos subapartados: *en primer lugar*, examinaremos los supuestos en los que el recurrente alega la incongruencia de la sentencia recurrida en la que el tribunal de instancia declaró la nulidad contractual no pedida por ninguna de las partes; *en segundo lugar*, examinaremos los supuestos en los que el recurrente alega dicha incongruencia pero por un motivo bien distinto consistente en que el tribunal de instancia no declaró la nulidad de oficio en un supuesto en el que, a juicio del recurrente, debió procedía dicha declaración; *en tercer lugar*, examinaremos los argumentos jurídicos que ha establecido el Tribunal Supremo sobre las garantías procesales que están implicadas en la apreciación

(91) Al respecto, afirma DELGADO ECHEVARRÍA que “nos encontramos, por tanto, con líneas jurisprudenciales contradictorias, e incompatibles si ambas las consideramos de aplicación absoluta. Ante ello, parece preferible mantener los principios tradicionales como norma general, admitiendo la declaración de oficio cuando causas muy señaladas muevan a ello, para evitar que los Tribunales se vean forzados a colaborar en los turbios negocios que las partes presenten tratando de ocultar sus aspectos más reprobables o aun delictivos. El supuesto más claro, y acaso único, de tal declaración es el litigio entre los propios contratantes, que piden la ejecución de contratos delictivos o con causa torpe; con la consecuencias de negárseles (ex artículos 1.305 y 1.306) tanto la ejecución como la repetición de lo ya entregado” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 107).

de oficio y su protección jurisdiccional; y, *en cuarto lugar*, examinaremos las resoluciones casacionales en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las consecuencias jurídicas, en sede material, de la apreciación de oficio de la nulidad contractual (la restitución de oficio).

En cada uno de estos subapartados trataremos de extraer una síntesis de la doctrina jurisprudencial particular y al final de todos ellos recopilaremos esta síntesis con el fin de ofrecer los perfiles procesales que el Tribunal Supremo ha diseñado para esta particular institución. También advertiremos, cuando lo consideremos preciso, de los riesgos que implican las líneas borrosas de estos perfiles procesales, y la flexibilidad con que las excepciones se admiten a la regla general, sobre la seguridad jurídica y sobre los derechos de defensa y de contradicción de los justiciables.

Desde ahora nos interesa destacar que, en aras de la obtención de unas conclusiones precisas y fieles a la doctrina jurisprudencial, hemos excluido en este estudio las sentencias que no contemplan el examen de la apreciación de oficio sino que examinan la nulidad absoluta (o radical, o de pleno derecho) que ha sido alegada a instancia de parte ya que consideramos que no conviene trasladarlos a nuestro objeto de estudio porque al no corresponderse con el mismo, no sólo, no nos aportan datos significativos, sino que pueden introducir más confusión que claridad⁽⁹²⁾. Por otro lado, también nos interesa destacar que nuestro análisis de las resoluciones de casación lo hemos centrado en los pronunciamientos jurídicos que fundamentan los fallos en cada caso concreto huyendo de la trascripción de fórmulas generales, recogidas en los fundamentos de derecho, que no son de aplicación al caso concreto⁽⁹³⁾ y resaltando en cursiva aquellas expresiones del Tribunal

(92) Es el caso, entre muchos otros, de la STS 26 junio 1982 (RJ 1982, 3443) en la que se establece un listado de los casos en los que se puede proceder a la declaración de nulidad por infracción de ley; o el caso de la STS 17 marzo 1997 (RJ 1997, 1978) en la que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la decisión del juez penal de dejar imprejuzgada la acción civil referente a la nulidad de la donación “al no haber sido partes en el proceso penal todas las personas interesadas en dicha donación”; o también el caso de la STS 13 julio 1995 (RJ 1995, 6005) que recuerda que “la existencia o no del contrato o de sus requisitos esenciales es cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación mientras no se impugne con éxito por la vía adecuada”.

(93) En este sentido afirma DELGADO ECHEVARRÍA que “en realidad, en este ámbito, más que las declaraciones genéricas que repiten las sentencias, importa la relevancia que tales afirmaciones tienen para la decisión del caso concreto así como el análisis de las circunstancias concretas del caso, de índole fáctica y proce-

Supremo que nos merecen especial atención desde el punto de vista procesal. Y por otro lado, también queremos destacar que el estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales arroja más luz sobre la cuestión objeto de nuestro estudio si no los desvinculamos del contexto fáctico-jurídico considerado por el Tribunal Supremo para su elaboración y este es el motivo por el que hemos recogido también los antecedentes fácticos y los fundamentos de derecho de las sentencias de casación. Por último, sólo nos resta destacar que en coherencia con este planteamiento que hemos seguido en el estudio jurisprudencial, no fundamentaremos ningún pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre argumentaciones jurídicas o fácticas elaboradas para otro diferente por más que los antecedentes de hecho, y/o la fundamentación de derecho, en ambos supuestos pudieran parecer similares entre sí.

5.1. La congruencia de la sentencia

16. El artículo 218 de la LEC 2000 (art. 359 LEC de 1881) establece el deber de congruencia de las sentencias civiles⁽⁹⁴⁾ y el artículo 469 LEC 2000 enumera la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, como el 2º motivo en el que podrá fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal, y la vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, como el 4º motivo.

El requisito de la congruencia (en sentido estricto) impone que la sentencia se atenga a las pretensiones y excepciones oportunamente ejercitadas por las partes, de forma que se pronuncie sobre lo pedido y no otorgue más o cosa distinta⁽⁹⁵⁾.

El fundamento de esta exigencia se encuentra en el principio dispositivo que rige en nuestro proceso civil: si el juez otorgase más de lo pedido o una cosa distinta de la que fue objeto del juicio (o por una

sal, y que llevan a los Tribunales a decidir en uno u otro sentido" (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2ª, op. y loc. cit., p. 108).

(94) Sobre las novedades que a partir de la LEC 2000 se aprecian en esta materia, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso*, ob. cit., ps. 96 y ss.

(95) CORDÓN MORENO afirma al respecto que "oportunamente ejercitadas o planteadas, decimos, y sólo son oportunamente ejercitadas o planteadas las deducidas en la demanda y contestación y las pretensiones complementarias deducidas en la audiencia previa dentro de los límites del artículo 426 LEC" (...) "no existe incongruencia cuando el juez estima una excepción, procesal o material, que puede apreciar de oficio" (CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal*, T. I, ob. cit., ps. 135 y p. 137).

causa diferente), estaría interfiriéndose en el poder de disposición que se reconoce a las partes sobre sus derechos y, en definitiva, estaría ejercitando una acción de oficio⁽⁹⁶⁾.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 1986 (STC 77/1986), “la congruencia de las sentencias es un requisito de las mismas que establece el artículo 359 (hoy 218.1) de la LEC y que guarda estrecha conexión con el principio dispositivo que rige los procesos civiles, donde las pretensiones de los litigantes constituyen un límite a la potestad de juzgar de los órganos jurisdiccionales, de manera que no puede otorgarse más de lo pedido por el demandante, ni conceder u otorgar otra cosa distinta de la por él reclamada o concederla por título distinto de aquel en que la demanda se funde”⁽⁹⁷⁾.

5.1.1. *La sentencia que declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia*

17. Nos preguntamos si, a juicio del Tribunal Supremo, es congruente la sentencia recurrida que se ha pronunciado sobre la nulidad contractual que no ha sido alegada ni pedida por las partes.

La jurisprudencia al respecto no es uniforme: en primer lugar, el Tribunal Supremo ha considerado incongruente la sentencia recurrida que se pronunció sobre la nulidad radical del contrato que en ningún momento fue planteada por las partes⁽⁹⁸⁾; en segundo lugar, el Tribunal Supremo ha considerado incongruente la sentencia recurrida que desestimó la resolución contractual pedida por las partes y, en

(96) V. CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, ob. cit., p. 136.

(97) No obstante, como advierte CORDÓN MORENO “la incongruencia, en sí misma considerada, no tiene siempre trascendencia constitucional; la misma se dará sólo cuando la alteración de los términos del debate produce infracción de la forma contradictoria y del derecho de defensa (STC29/1987, de 6 de marzo)” (CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, ob. cit., p. 136).

(98) V. STS 20 julio 1990 (Id. Cendoj: 28079110011990100009); STS 24 abril 1997 (Id. Cendoj: 28079110001997100643); STS 30 junio 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100529) y STS 9 diciembre 2002 (Id Cendoj: 28079110002002100108); en esta última sentencia los recurrentes denuncian en su primer motivo de casación la incongruencia de la sentencia impugnada por alterar la causa de pedir y conceder de oficio más de lo pedido apreciando una nulidad de la escritura pública de compraventa no solicitada por nadie, ya que la única nulidad interesada en el litigio, mediante la demanda acumulada, fue la de las disposiciones matrimoniales del convenio regulador de separación conyugal.

su lugar, declaró de oficio la nulidad contractual⁽⁹⁹⁾; en tercer lugar, el Tribunal Supremo ha defendido la congruencia de la sentencia que absolvió al demandado, al estimar la excepción de nulidad contractual radical, pero que no declaró la nulidad contractual por no haber sido pedida⁽¹⁰⁰⁾; en cuarto lugar, el Tribunal Supremo defiende que, con carácter general, las sentencias desestimatorias son por su propia naturaleza congruentes⁽¹⁰¹⁾; en quinto lugar, el Tribunal Supremo admite excepciones a la regla anterior como en el caso de la sentencia desestimatoria que declaró de oficio la nulidad relativa del contrato y fue revocada en casación al ser estimada su incongruencia⁽¹⁰²⁾; en sexto lugar, el Tribunal Supremo también ha defendido la congruencia de la sentencia que declaró la nulidad radical del contrato no solicitada por las partes⁽¹⁰³⁾.

Veamos cuales han sido los *argumentos jurídicos* en los que el Tribunal Supremo ha fundamentado sus decisiones con el fin de examinar si la doctrina jurisprudencial incurre en contradicciones; para una mayor comprensión de la materia analizaremos, por un lado, los supuestos de incongruencia y a continuación, los supuestos de congruencia.

a) Incongruencia por alteración ostensible de la causa de pedir: El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de julio de 1990⁽¹⁰⁴⁾, estima el motivo alegado por el recurrente (incongruencia de la sentencia recurrida) porque “la Audiencia Provincial *ha cambiado ostensiblemente la causa de pedir* al basar su fallo en la apreciación de una cuestión (la nulidad del contrato) que en ningún momento ha sido planteada por las partes, ni sometida, por tanto, a su resolución” (...) Afirma el Tri-

(99) V. STS 20 junio 1996 (Id. Cendoj: 28079110001996100923) y STS 30 junio 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100529).

(100) V. STS 18 febrero 1997 (La ley 2030/1997). En sentido contrario, porque el TS estima la incongruencia de la sentencia que no declaró la nulidad de oficio, V. STS 9 diciembre 2002 (Id Cendoj: 28079110002002100108).

(101) V. STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110011993102422); STS 24 abril 1997 (Id. Cendoj: 28079110001997100643), STS 3 diciembre 2001 (La ley 2654/2002) y STS 20 julio 2006 (La ley 77280/2006).

(102) V. STS 3 diciembre 2001 (La ley 2654/2002) y STS 4 septiembre 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100927).

(103) V. STS 31 mayo 2005 (La ley 123015/2005) y STS 5 mayo 2008 (Id Cendoj: 28079110012008100186).

(104) Id. Cendoj: 28079110011990100009. En el mismo sentido, la STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110011993102422) se refiere a una *sustancial modificación del componente jurídico de la acción ejercitada* que no puede ser amparada por el principio *iura novit curia*.

bunal Supremo que “*no ha sido aducida por dicho demandado, ni por vía de excepción, ni por vía de reconvencción (que no ha formulado), la nulidad (ni la radical o absoluta, ni la relativa o anulabilidad) del expresado contrato, por lo que dicho tema no ha sido objeto de debate en el pleito, ya que las partes no han cuestionado en momento alguno la validez inicial del mismo (ello con plena independencia de los condicionamientos a que pudiera estar sometida su eficacia, que es cuestión totalmente distinta)*”. En la sentencia recurrida la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia y declaró la nulidad del contrato; (...) según la sentencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial “entiende que el contrato litigioso es nulo, por infracción del art. 1.256 del Código Civil, al contener una cláusula —el apartado b) del pacto tercero— que deja, según dice, el cumplimiento del contrato al arbitrio exclusivo del llamado promitente comprador (si la reparcelación de la finca tenía lugar después del 9 de octubre de 1976), mientras que el denominado promitente vendedor siempre quedaría obligado a cumplirlo (aunque la reparcelación se produjera después de la expresada fecha)”. Defiende el Tribunal Supremo que “la *transmutación de la causa de pedir* puede incluso significar menoscabo del art. 24 de la Constitución, al desviarse de los términos en que se planteó el debate forense, *vulnerando el principio de contradicción*”.

b) *Incongruencia por alteración decidida de la causa de pedir*; el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de abril de 1997⁽¹⁰⁵⁾, estima el motivo alegado por el recurrente (incongruencia de la sentencia recurrida) al haber decretado de oficio el Tribunal de Instancia la nulidad del contrato privado de compraventa que relaciona a las partes. Afirma el Tribunal Supremo que “no procede declarar de oficio la nulidad de aquellos contratos no afectados de vacío y cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto, *mientras no fueren impugnados en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa*; lo que sucede en este supuesto, pues no se trata precisamente de ausencia total del objeto del contrato o inexistencia material del mismo, ya que la nave que se vendió estaba ubicada en la urbanización que tenía realidad material y superficial y se situó dentro de su extensión superficial de 19.500 m², y con independencia de su ubicación exacta, que es problema distinto, por lo que el motivo ha de acogerse, al *no encajar la nulidad decretada en los supuestos autorizados por la doctrina jurisprudencial* y haber llevado a cabo la sentencia recurrida

(105) Id. Cendoj: 28079110001997100643.

alteración decidida de la causa de pedir, irrogando indefensión a la recurrente”

c) *Incongruencia por extra petita por haber resuelto el tribunal sentenciador sobre cuestiones no planteadas por las partes*; el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 2009⁽¹⁰⁶⁾, estima los cinco motivos alegados por el recurrente (entre ellos, la incongruencia por *extra petita*) que, en palabras del Alto Tribunal, “guardan una estrecha relación entre sí porque responden al planteamiento escalonado de un mismo problema: a saber, el de la declaración de nulidad de los negocios jurídicos litigiosos por el tribunal de apelación sin haberla pedido ninguna de las dos partes litigantes” (...) La Audiencia Provincial declaró la nulidad de un contrato de suministro que infringió la normativa comunitaria restrictiva de la libre concurrencia, cuestión que no se pidió expresamente por ninguna de las partes, entendiendo que podía ser apreciada de oficio al ser la nulidad absoluta una materia de orden público. El tribunal de apelación se pronunció sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho del litigio pero añadió de oficio esta cuestión ajena al debate. El Tribunal Supremo afirma que “la sentencia recurrida infringe el art. 359 LEC de 1881 (...) acabó privando del usufructo a la apelante vencedora en la segunda instancia, y por tanto de la posesión de la estación de servicio, *con base en una nulidad de todo el complejo negocial que ninguna de las dos partes había interesado ni planteado* porque, lejos de ello, ambas tomaron siempre como punto de partida la adecuación de aquel complejo negocial al Derecho comunitario de la competencia”. Afirma el Tribunal Supremo que “en lo que se refiere a negocios jurídicos entre las compañías abastecedoras y los explotadores de estaciones de servicio, esta Sala, como no podía ser menos, ha declarado que son nulos de pleno derecho los contratos que resulten incompatibles con el Derecho comunitario de la competencia (SSTS 15-4-09, 20-11-08 y 3-10-07 entre las más recientes), pero al mismo tiempo se ha mostrado contraria a que tal nulidad se aprecie de oficio por los tribunales al margen de las pretensiones iniciales de las partes, al margen del ámbito de la segunda instancia delimitado por el recurrido, recursos y en su caso adhesión o impugnación subsiguiente del recurso y, menos aún, haciendo de la casación un litigio totalmente diferente del planteado en primera instancia. Así, la STS 2-6-00 (rec. 2355/95), que suele citarse en apoyo de la declaración de nulidad de oficio, se dictó; sin embargo, en un litigio en el que la nulidad del contrato se había planteado desde el momento mismo de

(106) Id. Cendoj: 28079110012009100529.

la contestación a la demanda; la STS 15-3-06 (rec. 1936/99) exige en cualquier caso que la pretensión de nulidad por contravención del Derecho comunitario “se haya planteado” efectivamente; y la STS 6-10-06 (rec. 4705/99), en fin, rechaza como cuestión absolutamente nueva en casación la de la ilegalidad de un pacto de exclusividad por alcanzar una duración de treinta años que excedería de la máxima permitida por el Reglamento Comunitario N° 1984/83. Y concluye el Tribunal Supremo disponiendo que “consecuencia final y lógica de que la nulidad del complejo negocial litigioso *haya quedado al margen del proceso* tiene que ser la posibilidad de que la parte actora-reconvenida *promueva otro juicio* en el que, precisamente por incompatibilidad de ese complejo negocial con el Derecho comunitario, *plantee la nulidad del usufructo constituido a favor de REPSOL*”.

d) *Incongruencia por el cambio de acción operado a cargo del Tribunal de instancia*; el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de junio de 1996⁽¹⁰⁷⁾, estimó el motivo alegado por el recurrente (incongruencia de la sentencia) y rechazó de plano la interpretación de la Audiencia Provincial que entendía que no se producía incongruencia si estimaba la nulidad de oficio, en lugar de la resolución solicitada por las partes, puesto que ambos son supuestos de ineficacia del contrato y la decisión de la Sala en uno u otro sentido no supone modificación de la pretensión. El Tribunal Supremo afirmó que “esta Sala de Casación Civil no puede aceptar esta tesis, ni tal decisión como aparece expuesta, ya que se confunde nulidad absoluta y resolución, tratándose de acciones distintas, pues la primera opera cuando faltan y no tienen existencia alguno de los elementos esenciales del contrato, así como cuando se infringe algún precepto legal prohibitivo (artículo 6-4 del C. Civil), – lo que no sucede con la anulabilidad que sólo tiene lugar, cuando concurriendo dichos requisitos esenciales (artículo 1300 del C. Civil), afloran vicios que invalidan el contrato con arreglo a la Ley—. De esta manera el negocio nulo resulta inexistente e insubsanable, a diferencia de la situación de resolución que parte de un contrato existente y válido, pero que se deja sin efecto, con las consecuencias que establece el artículo 1124 del Código Civil (...) En el caso de autos la Sala sentenciadora apreció de oficio la nulidad y no precisamente por las causas que pudieran justificarla, conforme a lo que se deja expuesto, sino por la *alegación extemporánea de la parte actora* de la falta de objeto y, no concretamente, por darse inexistencia material de los solares vendidos, sino porque éstos no reunían condiciones de edificabi-

(107) Id. Cendoj: 28079110001996100923.

lidad en el futuro y sólo cabía llevar a cabo la construcción en las fincas resultantes y que fueran adjudicadas a los compradores por normativa urbanística de reparcelación. Tal decisión hace derivar el pleito al necesario ejercicio de la referida acción de nulidad a cargo de la actora y permitir a los demandados que *formulasen contradicción opositora* a este supuesto concreto, con lo que la incongruencia ha de acogerse y estimarse el motivo, tanto por resultar *nulidad no probada* y ser impropcedente en la forma en que se planteó, al tratarse del ejercicio de una acción no integrada en el suplico de la demanda y conformadora necesariamente del *debate procesal*, como por representar su acogida *alteración de la causa de pedir* y decidirse conforme a otra distinta, con *indefensión* del litigante adverso, por el cambio de acción operado a cargo del Tribunal de instancia (sentencias de 9-01-1992, 9-11-1993, 10-02-1994 y 6-03-1995, entre otras)”

e) *Congruencia de la sentencia que estima la excepción de nulidad sin declarar la nulidad contractual*: el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de febrero de 1997⁽¹⁰⁸⁾, no dio lugar al recurso de casación en el que se alegaba la incongruencia de la sentencia porque el fallo desestimatorio se fundamentó en la nulidad de la cláusula contractual, alegada a través de excepción por el demandado, y sin embargo la Audiencia Provincial dijo que no podía declarar expresamente la nulidad de esa cláusula por razones de congruencia con la petición de la demandada, limitada a la absolución de la demanda. El Tribunal Supremo no apreció incongruencia alguna puesto que la sentencia recurrida dio lugar a la petición de desestimación de la demanda, y como no se pedía nada más, no declaró la nulidad de la cláusula. No obstante, el Tribunal Supremo defiende que la Audiencia Provincial debió también declarar la nulidad de la cláusula porque⁽¹⁰⁹⁾ “tratándose de una norma legal imperativa como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 CC) *no es necesario reconvenir* para que se decrete su nulidad porque no se trata de la defensa de ningún interés privado sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas. En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los tribunales, y así

(108) La ley 2030/1997. Con la misma doctrina, V. STS 26 junio 1982 (RJ 1982, 3443).

(109) En el mismo sentido, aplicando la LEC 2000 V. STS 15 abril 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100239).

debió declararla la Audiencia. En este caso, se alegó por la demandada para destruir la base en que la actora fundamentaba su acción, por lo que no hubiera existido el más mínimo obstáculo legal para que la declaración de nulidad se hubiera producido; *fue alegada extensamente*, es decir, fue excepción esgrimida, y precisamente como fundamento de la petición de absolución de la demanda”.

f) *Congruencia de las sentencias desestimatorias por resolver todas las cuestiones propuestas y debatidas*; el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de julio de 2006⁽¹¹⁰⁾, desestimó el recurso de casación por incongruencia de la sentencia recurrida porque (...) “esta Sala tiene declarado que las sentencias desestimatorias no pueden tacharse de incongruentes, habida cuenta de que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995, 24 de enero de 2001 y 29 de septiembre de 2003)”. El recurrente había alegado que la sentencia de la Audiencia Provincial incurría en incongruencia por falta de correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en su parte dispositiva, en virtud de que la repulsa de la reconvencción no ha sido consecuencia de la estimación del recurso de apelación promovido por el actor, sino de la declaración de nulidad de los contratos, que fue apreciada de oficio”. Tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, “la Audiencia Provincial declaró la nulidad de oficio porque los contratos indicados, atendida su causa concreta, resultan nulos por ilicitud de la misma, *al obrar acreditado* que, en definitiva, la finalidad de su celebración fue la compra por “CAJA POSTAL, S.A.” de los votos de determinados acreedores para su expresión en la junta de graduación”. El Tribunal Supremo rechazó la pretendida incongruencia de la sentencia afirmando que “es reiterada doctrina jurisprudencial que el artículo 359 no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, en las coyunturas en que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de débito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria”

g) *Incongruencia de la sentencia desestimatoria por alteración de la causa de pedir*: el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de diciembre de 2001⁽¹¹¹⁾, estimó el motivo alegado por el recurrente sobre la incon-

(110) La ley 77280/2006. V. ATS 13 julio 2010 (Id Cendoj: 28079110012010203530).

(111) La ley 2654/2002.

gruencia de la sentencia desestimatoria de la Audiencia Provincial. De este modo, el Tribunal Supremo ha defendido que la doctrina general expuesta en el punto anterior tiene excepciones “cuando se altera la causa de pedir o la respuesta judicial no guarda la debida coherencia con los temas suscitados”. En concreto, en este caso la Audiencia Provincial declaró de oficio la nulidad del contrato de fecha 20 Julio 1990, *que no había sido pedida por nadie*, al estimar que las partes actuaron sin la autorización legal preceptiva del artículo 1259 del Código Civil. El Tribunal Supremo, tras argumentar que se trataba de un supuesto de nulidad relativa y no de nulidad absoluta, estimó el motivo de incongruencia de la sentencia afirmando que “en el presente caso nos encontramos ante un contrato *que no puede calificarse de nulo de pleno derecho* al amparo del art. 6.3 del Código Civil ni de inexistente, por lo que al declararlo así de oficio la sentencia recurrida, ha incurrido en incongruencia al entrar en el examen de una cuestión *no debatida en los autos*, habiéndose, además, introducido en el debate un *hecho* no alegado por nadie como es la falta de representación que los codemandados D.^a Carmen F. P. y don Ramón V. F. se atribuyen en el documento fundamental de los autos, causando así una situación de *indefensión* a la actora cuya buena fe al aceptar esa manifestación de los codemandados ha de producirse”.

h) Congruencia de la sentencia que declara la nulidad radical del contrato no solicitada por las partes; el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de mayo de 2005⁽¹¹²⁾, rechaza el motivo alegado por el recurrente sobre la incongruencia de la sentencia recurrida, y defiende que la Audiencia Provincial actuó como debía hacerlo al no revocar la nulidad de oficio del contrato que incumplió una norma legal imperativa que obligaba a su constancia por escrito. El recurrente tachó de incongruente la sentencia, al haberse alterado la causa de pedir, alegando al efecto que lo que se había postulado en la demanda fue la resolución del contrato de edición para la publicación del libro *Figuracions* por incumplimiento del demandado y éste debía ser condenado, en concepto de daños y perjuicios, a devolver las obras entregadas y de ser imposible tal incumplimiento se le reintegrase en el contravalor que asciende a 18.200.000 pesetas. El Tribunal Supremo defendió que “el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, la ineficacia de los negocios radicalmente nulos al presentarse *notoriamente ilegales*, es decir como aquí ocurre, en cuanto a que el contrato de edición celebrado incumplió una norma legal imperativa, aunque

(112) La ley 123015/2005.

sea de naturaleza formal, que obligaba inevitablemente a su constancia por escrito”.

i) Congruencia de la sentencia que declara de oficio la nulidad de la donación encubierta de un inmueble; el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de mayo de 2008⁽¹¹³⁾, rechaza el motivo alegado por el recurrente sobre la incongruencia de la sentencia recurrida que declaró la nulidad tanto del negocio simulado de compraventa como del disimulado de donación a pesar de que en su demanda sólo pretendió la nulidad de la compraventa por simulación relativa, es decir, por ser falsa su causa (no por inexistencia de esta), sin cuestionar en modo alguno la eficacia y validez de la donación disimulada y el desplazamiento patrimonial a que ésta había dado lugar. Afirma el Tribunal Supremo que “la doctrina actual (...) es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, cuando, como es el caso de autos, de inmuebles se trata, y así, (...) *la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría*”. En consecuencia, “la donación sería inexistente por carecer de un requisito esencial cuál es la forma *ad solemnitatem* que impone el artículo 633 del Código Civil, sin posibilidad alguna de tildar de incongruente la sentencia”.

18. Expuestos los fallos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente, a petición del recurrente, sobre la congruencia de la sentencia de la instancia que había procedido a la declaración de oficio de nulidad contractual debemos ahora pronunciarnos sobre su coherencia interna.

Al respecto entendemos que el Tribunal Supremo no incurre en contradicciones al elaborar la doctrina jurisprudencial relativa a la apreciación de oficio de la nulidad llevada a cabo por los tribunales de instancia, sino que la misma es coherente procesalmente y está fundamentada en razones de derecho sustantivo⁽¹¹⁴⁾.

(113) Id. Cendoj; 28079110012008100186.

(114) Ciertamente encontramos sentencias que defienden extremos opuestos, y que podrían ser tachadas de contradictorias si perdemos de vista la doctrina jurisprudencial en su conjunto; por ejemplo la STS de 18 de febrero de 1997 (La ley 2030/1997) y la STS de 20 de junio de 1996 (Id. Cendoj; 28079110001996100923) serían completamente contradictorias porque la primera defiende que no hay ningún inconveniente jurídico que impida la admisión de la declaración de oficio de la nulidad y, por el contrario, la segunda considera que es requisito imprescindible que la parte interponga la acción de nulidad por lo que no cabe dicha admisión.

Desde el punto de vista procesal, el Tribunal Supremo en estos recursos defiende que si la nulidad no ha sido objeto del debate en el pleito, porque no ha sido pedida por las partes, su apreciación de oficio supone una alteración de la causa de pedir que vulnera el principio de contradicción (STS 20 julio 1990) e irroga indefensión a la parte (STS 24 abril 1997) y, en caso de haberse estimado por el tribunal de instancia, la sentencia de casación indicará a la parte que tiene la posibilidad de plantear de nuevo la misma cuestión de la nulidad en otro juicio (STS 30 junio 2009); pero si la nulidad del contrato ha sido objeto del pleito porque se alegó como excepción por el demandado y el tribunal la estima, procede no sólo la absolución del demandado sino también la declaración de oficio de la nulidad (STS 18 febrero 1997).

Sin embargo, admite alguna excepción a esta doctrina, y en consecuencia, niega la incongruencia de la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad de oficio no pedida por la parte y discrepa del pronunciamiento recurrido por razones de derecho material. Por lo tanto, nos encontramos ante una regla general —la incongruencia de la sentencia que aprecia la nulidad de oficio— que admite algunas excepciones justificadas en motivos de naturaleza sustantiva, como pasamos a exponer.

Desde el punto de vista material, el Tribunal Supremo en estos recursos ha fallado sobre la procedencia de la nulidad de oficio en el caso de cláusula que establece un pacto comisorio prohibido por la ley (arts. 1858 y 1859 CC) (STS 20 junio 1996); cuando la causa es ilícita porque consta acreditado que la finalidad del contrato consistió en la compra de votos para la Junta de graduación de créditos (STS 20 julio 2006); cuando el contrato de edición se celebró verbalmente en contra de la norma legal imperativa de naturaleza formal (STS 31 mayo 2005); en la donación de inmuebles en escritura pública nula por carecer de la forma *ad solemnitatem* del artículo 633 del Código Civil (STS 5 mayo 2008).

Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, y también desde el punto de vista del derecho material, esta apreciación de oficio no procedía por lo que ha sido revocada en casación a petición del recurrente, cuando la nave (objeto de la compraventa) existía y estaba ubicada en la urbanización que tenía realidad material y superficial (STS 24 abril 1997); cuando el contrato era nulo de pleno derecho por resultar incompatible con el Derecho comunitario de la competencia (STS 30 junio 2009); cuando no hay inexistencia material del objeto del contrato como es el caso de los solares vendidos que no reunían condiciones de edificabilidad en el futuro (STS 20 junio 1996); cuando se trata de

una nulidad relativa como la falta de autorización legal preceptiva del artículo 1259 del Código Civil (STS 3 diciembre 2001).

19. Por lo tanto de las resoluciones del Tribunal Supremo podemos extraer la siguiente conclusión: que la delimitación de los supuestos excepcionales (materiales) en los que la apreciación de oficio de la nulidad contractual no produce la incongruencia de la sentencia —y aquellos en los que sí la produce— es una cuestión de casuística jurisprudencial sobre la que se producen, según hemos visto, frecuentes discrepancias entre las resoluciones de la instancia y las resoluciones del Tribunal Supremo (tanto porque no se debió declarar o porque se declaró en los supuestos en los que no procedía)⁽¹¹⁵⁾; de hecho, se trata de una lista abierta que el Tribunal Supremo y los Tribunales de instancia pueden engrosar, o reducir, aprovechando la indeterminación con la que el legislador civil regula la materia relativa a la nulidad contractual⁽¹¹⁶⁾.

(115) La STS 7 junio 2006 (La ley 62945/2006) pone de manifiesto, en relación a las causas en las que procede la nulidad de oficio, que “resulta obvio que los supuestos delimitados jurisprudencialmente no pueden ser *numerus clausus*” (...) y también afirma que “la doctrina jurisprudencial que permite hacer un uso prudente de la facultad de estimar causas de nulidad absoluta de oficio (...) convierte esta cuestión en una materia sujeta a la apreciación del juez” (...) y también alude a “la entrada en juego para ponderar las consecuencias de esta nulidad de preceptos del Código Civil que han sido objeto de complejas interpretaciones en la jurisprudencia y en la doctrina”.

(116) Sobre las dificultades de esta materia afirma PARRA LUCÁN que “la confusión en torno a la categoría de la inexistencia en Derecho español se extiende a los supuestos que se incluyen en la misma y en los efectos. La jurisprudencia ha tratado como casos de inexistencia: la simulación absoluta, la falta de objeto (por falta de determinación suficiente, art. 1273 del Código Civil, o de imposibilidad, art. 1272 del Código Civil), la falta de voluntad o consentimiento. Por lo que se refiere a los efectos, se ha defendido que los supuestos de inexistencia no admiten un mismo criterio de tratamiento o cauce de ineficacia, pero también que la inexistencia es sólo una de las posibles causas de nulidad. La jurisprudencia, por su parte, tiende a equipararla a la nulidad absoluta” (...) “En Derecho español la ley, la moral y el orden público juegan como límite a la autonomía de la voluntad, pero no es uniforme la sanción del contrato que los transgrede: la regla general, en el caso de contravención de norma, es la nulidad, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (arts. 1255 y 6.3 del Código Civil); la ilicitud del objeto y de la causa provocan la nulidad (arts. 1271, 1272, 1275 y 1305 y 1306 del Código Civil), pero la jurisprudencia no proporciona criterios seguros para determinar lo que es ilicitud del objeto o de la causa; sí que parece existir una tendencia a restringir la nulidad absoluta a las cuestiones de orden público y a limitar la anulabilidad a la contravención de normas que atienden a intereses particulares” (...) “En Derecho español parece existir una tendencia doctrinal a distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad por contravención de norma refiriendo la nulidad

Si consideramos que la indebida apreciación de oficio de la nulidad contractual —tanto en sentido positivo como negativo— es motivo de casación y su estimación por el Tribunal Supremo implica la revocación del fallo de la sentencia de instancia, y a la vez consideramos que ante la ausencia de un criterio legal que indique en qué casos los Tribunales pueden proceder a la apreciación de oficio —y en que casos deben abstenerse de apreciarla— es el criterio del Tribunal Supremo, en última instancia, el que decide el caso concreto —salvo supuestos de amparo constitucional—, podemos concluir que nuestro Alto Tribunal dispone de un mecanismo versátil, y extremadamente flexible, con el que casar sentencias de la instancia sin que conste de modo preciso cual es exactamente el motivo por el que se ha revocado el pronunciamiento, si ha sido el defecto procesal de la sentencia o la discrepancia con el sentido material del fallo del tribunal de instancia.

De este modo, el Tribunal Supremo dispone de un instrumento procesal, de creación jurisprudencial, que le permite censurar las resoluciones de instancia, con la excusa de la congruencia, y alterar el sentido del fallo transformándose así *de facto* en un tribunal de instancia, resultado contrario al que pretendió el legislador al establecer el recurso de casación y que además introduce un factor de inseguridad jurídica para los justiciables, como ya advertimos con anterioridad.

Por otro lado, conviene advertir que, desde el punto de vista procesal la apreciación de oficio de la nulidad contractual, tal y como se plantea en la práctica forense, no supone solamente la desestimación de la demanda del actor, por efecto de la apreciación de oficio de una *excepción* impropia (nulidad contractual) con la consiguiente absolución del demandado, sino que supone también, como hemos visto, la *declaración de oficio* de la nulidad contractual⁽¹¹⁷⁾ y, como veremos, las

a la norma imperativa. Sin embargo, esto no es exacto, puesto que también son imperativas las normas que establecen requisitos o presupuestos cuya ausencia o infracción determina la anulabilidad: por ejemplo, en los casos de anulabilidad derivada de la incapacidad de una de las partes” (PARRA LUCÁN, M^a. A. *Las anomalías del contrato*, op. y loc. cit.).

(117) “Y si se desestima una demanda sobre cumplimiento de un contrato por entender que es nulo a causa de un defecto esencial de forma alegado por el demandado como hecho impeditivo, no será objeto de cosa juzgada, para un proceso ulterior esa causa de nulidad... salvo que el demandado, mediante reconvencción, haya pedid que la nulidad se declare expresamente” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal* [con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.], II, ob. cit., ps. 199/200).

consecuencias restitutorias declaradas también de oficio por el tribunal de instancia⁽¹¹⁸⁾.

Al respecto, el Tribunal Supremo, con carácter general, se refiere a la “la doctrina permisiva de la *declaración de oficio* por los Jueces y Tribunales de la nulidad o inexistencia de los contratos” (STS 15 de diciembre de 1993). Y de, forma particular, en las sentencias referidas con anterioridad, el Tribunal Supremo recoge en los antecedentes de hecho de las resoluciones la misma realidad como se deduce de las siguientes afirmaciones, entre otras, “en la sentencia recurrida la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia y declaró la nulidad del contrato” (STS 20 de julio de 1990); “el Tribunal de Instancia decretó de oficio la nulidad del contrato privado de compraventa” (STS 24 de abril de 1997); “la *declaración de nulidad* de los negocios jurídicos litigiosos por el tribunal de apelación sin haberla pedido ninguna de las dos partes litigantes” (STS 30 de junio de 2009); “la Audiencia Provincial debió también *declarar la nulidad* de la cláusula” (STS 18 de febrero de 1997); “la Audiencia Provincial declaró la nulidad de oficio porque los contratos indicados, atendida su causa concreta, resultan nulos por ilicitud de la misma” (STS 20 de julio de 2006); “la Audiencia Provincial *declaró de oficio la nulidad* del contrato” (STS 3 de diciembre de 2001); “el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales *decidir ex officio, la ineficacia* de los negocios radicalmente nulos” (STS 31 de mayo de 2005); “la sentencia recurrida que *declaró la nulidad* tanto del negocio simulado de compraventa como del disimulado de donación” (STS 5 de mayo de 2008).

A nuestro juicio, la causa de este resultado jurisprudencial implica la necesidad de aceptar que el tribunal no ejercita de oficio una excepción de nulidad contractual, sino una reconvención (acción), ya que introduce en el proceso una pretensión que excede los límites de la mera defensa del demandado puesto que se pronuncia sobre la nulidad del contrato y en consecuencia dicha declaración de nulidad pasa en autoridad de cosa juzgada por lo que excluye un posterior proceso sobre la misma cuestión⁽¹¹⁹⁾

(118) La jurisprudencia ha establecido que es consecuencia insoslayable de la declaración de nulidad el que hayan de acordarse los efectos adecuados teniendo en cuenta los principios de justa correspondencia y equilibrio contractual (V., entre otras, SSTS 28 septiembre 1996 [R.6820], 23 junio 1997 [R.5201], 16 mayo 2000 [R.5082]).

(119) Si nos encontráramos ante una excepción el comportamiento procesal sería muy distinto porque, como afirmó DE LA OLIVA, bajo la vigencia de la LEC 1881, “y si por otra parte, los pronunciamientos sobre excepciones no constituyen

De este modo, la doctrina procesal por la que se defiende que los efectos de la cosa juzgada no alcanzan a las excepciones, bajo la LEC 1881, no se ha aplicado a este supuesto.

Ciertamente el tratamiento procesal de la nulidad se presentaba, en la sistemática de la LEC 1881, como una cuestión compleja y difícil de solucionar por los escasos datos que al respecto ofrecía nuestro Derecho positivo⁽¹²⁰⁾. Por esta causa, surgieron sobre esta cuestión dos posturas jurisprudenciales; la primera, por la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoció que, en determinados supuestos, se podía alegar en juicio la nulidad del negocio jurídico mediante excepción⁽¹²¹⁾; la segunda, por la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró que la nulidad del contrato opuesta por el demandado constituye reconvención⁽¹²²⁾.

Y es desde esta segunda doctrina jurisprudencial —y bajo la consideración de que la apreciación de oficio lleva consigo la declaración de la nulidad y los efectos restitutorios— desde la que se comprende la coherencia del legislador procesal de 2000 al otorgar un tratamiento procesal de “excepción reconvencional”⁽¹²³⁾ a la alegación por el de-

cosa juzgada —tampoco cuando sean estimatorios de las excepciones— la sentencia absolutoria motivada por el triunfo de una excepción impedirá, sí, un segundo proceso en el que se ejercite, entre los mismos sujetos, la misma pretensión, es decir, cumplirá la función negativa o excluyente de cosa juzgada, pero tampoco proporcionará ninguna clase de declaración, decisión o juicio que pueda constituir punto de partida obligado para el órgano jurisdiccional que conozca de un proceso ulterior” (...) (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.), II, ob. cit., p. 207). DE LA OLIVA SANTOS también hace referencia a la exclusión de la *excepción de compensación* de esta regla (“*la cosa juzgada no alcanza a las excepciones o defensas alegadas por el demandado*”) pero por unos motivos que, a nuestro juicio, no pueden ser aplicables al supuesto de la nulidad contractual (V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.), II, ob. cit., p. 206). V. también TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones. Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ponencias), Murcia, 1997, p. 149.

(120) V. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), II, ob. cit., p. 92.

(121) En concreto, “cuando sólo se pida la absolución” (STS 19 noviembre 1994, R.8538), o esté “dirigida a enervar la acción ejercitada sin ningún otro pedimento” (STS 24 mayo 1969, R.2860), o “no (se utilice) con carácter ofensivo sino por vía de excepción” (STS 2 junio 1989, R.4283). V. también SSTS 22 febrero 1991 (R.1590), 18 junio 1991 (R.4523), 19 febrero 1992 (R.1320) y 19 noviembre 1994 (R.8538).

(122) Cf. SSTS 9 noviembre 1959 (R.4685); 8 junio 1965 (R.3768); 24 mayo 1969 (R.2980); 21 octubre 1980 (R.3102); 7 junio 1983 (R.3220) y 12 abril 1985 (R.1768).

(123) Sobre esta denominación, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Objeto del proceso*, ob. cit., p. 39 con cita de abundante doctrina. Por otro lado, DELGADO ECHEVARRÍA, de-

mandado, en su defensa, de hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en el que se funda la pretensión o pretensiones del actor (art. 408 LEC)⁽¹²⁴⁾.

20. Antes de concluir este subapartado, y en estrecha relación con la cuestión que acabamos de exponer, conviene poner de manifiesto un aspecto procesal que se repite en las sentencias de casación examinadas y que consiste en la relevancia que a juicio del Tribunal Supremo tiene el hecho de que en las sucesivas instancias —primera instancia y apelación⁽¹²⁵⁾— se hayan examinado, de una u forma, los aspectos fáctico— jurídicos de la nulidad.

Al respecto, trataremos de examinar si la carencia absoluta de debate contradictorio en el pleito pudiera estar condicionando la decisión final del Tribunal Supremo sobre la incongruencia declarada de la sentencia que pronunció la apreciación de oficio sin petición de parte y por el contrario, si la sentencia que se pronunció sobre la apreciación de oficio de una nulidad probada, o al menos suficientemente acreditada, si bien no pedida, está siendo declarada congruente por el Tribunal Supremo.

De esta forma, en las sentencias que han sido declaradas incongruentes por el Tribunal Supremo porque el tribunal de instancia apreció de oficio la nulidad podemos encontrar estas afirmaciones: “La nulidad *no ha sido aducida por dicho demandado*, ni por vía de excepción, ni por vía de reconvencción (que no ha formulado), la nulidad (*ni la radical o absoluta*, ni la relativa o anulabilidad) del expresado

fiende que “cabe observar, finalmente que el legislador, al regular el “tratamiento procesal de la nulidad del negocio” establece que, alegada como simple excepción por el demandado, el actor puede defenderse como si se hubiera formulado reconvencción (art. 408.2 Lec.): si consideraba admisible la apreciación de oficio debió igualmente mencionarla, abriendo un cauce para que las partes pudieran tomar posición frente a la iniciativa del Juez” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 116).

(124) Interpretan de forma amplia este precepto, DÍAZ-PICAZO, GIMÉNEZ, I. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros), Madrid, 2001, p. 686; RICHARD GONZÁLEZ, M. *Reconvencción y excepciones reconvenzionales en la LEC 1/2000*, Madrid, 2002, ps. 106 y ss.; y de forma estricta, aplicado sólo a la nulidad absoluta; HOYA COROMINA, J. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros), Barcelona, 2000, p. 1864 y EGUSQUIZA VALMASEDA, M. A. “Cuestiones conflictivas”, ob. cit., p. 67; y una postura crítica sobre la redacción legal, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros), Pamplona, 2001, p. 1371.

(125) CORDÓN MORENO, F. “El ámbito de la segunda instancia”. En: *Revista Aranzadi Civil*, N^o 2, 2008.

contrato, por lo que dicho tema *no ha sido objeto de debate en el pleito*, ya que las partes no han cuestionado en momento alguno la validez inicial del mismo” (STS 20 julio 1990); (...) “con lo que la incongruencia ha de acogerse y estimarse el motivo, tanto por resultar *nulidad no probada* y ser improcedente en la forma en que se planteó” (STS 20 junio 1996); “por lo que al declararlo así de oficio la sentencia recurrida, ha incurrido en incongruencia al entrar en el examen de una cuestión *no debatida en los autos*, habiéndose, además, introducido en el debate un *hecho no alegado* por nadie como es la falta de representación que los codemandados” (STS 3 diciembre 2001).

Y, por el contrario, en las sentencias que han sido declaradas congruentes por el Tribunal Supremo a pesar de que el tribunal de instancia apreció de oficio la nulidad encontramos estas afirmaciones; “el recurrente parece apuntar a que la desestimación de la sentencia recurrida se ha producido por razones que no se han controvertido en la demanda y sin embargo lo cierto es que en su contestación la demandada alegó la nulidad de la cláusula por entrañar pacto comisorio en la hipoteca prohibido legalmente (folios 177 y 178 de los autos) (STS 18 febrero 1997); “la Audiencia Provincial declaró la nulidad de oficio porque los contratos indicados, atendida su causa concreta, resultan nulos por ilicitud de la misma, *al obrar acreditado* que, en definitiva, la finalidad de su celebración fue la compra por “C.P., S.A.” de los votos de determinados acreedores para su expresión en la junta de graduación” (...) en el supuesto debatido, desde la perspectiva de los hechos declarados probados en la instancia, la causa de los contratos está viciada por oponerse a las leyes y a la moral en su conjunto, y se eleva el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista y reprobable del convenio y, a su vez, la ilicitud de la causa descansa en la finalidad negocial in-moral o ilegal común a ambas partes” (STS 20 julio 2006); “el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, la ineficacia de los negocios radicalmente nulos al presentarse *notoriamente ilegales*, es decir como aquí ocurre, en cuanto a que el contrato de edición celebrado incumplió una norma legal imperativa, aunque sea de naturaleza formal, que obligaba inevitablemente a su constancia por escrito” (STS 31 mayo 2005); la doctrina actual (...) es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, cuando, como es el caso de autos, de inmuebles se trata, y así, (...) La doctrina expuesta supone que, incluso de admitirse (en contra del propio *factum* de la sentencia aquí recurrida, que lo descarta en el Fundamento Jurídico 7), que hubo animo de liberalidad y que la donación se perfeccionó con la aceptación del do-

notario, la donación sería inexistente por carecer de un requisito esencial cuál es la forma *ad solemnitatem* que impone el artículo 633 del Código Civil, sin posibilidad alguna de tildar de incongruente la sentencia” (STS 5 mayo 2008); “el análisis de ambos recursos pasa necesariamente por subrayar, como peculiaridad muy destacada del litigio que los origina y de las sentencias de ambas instancias, que para los respectivos juzgadores quedó *plenamente acreditado* el conocimiento por todos los litigantes de que mediante la escritura pública de compraventa entre padre e hijo nada se transmitía en realidad, pues tanto dicha escritura como el subsiguiente documento privado, precedidos a su vez de las capitulaciones matrimoniales de separación absoluta de bienes, obedecían a la exclusiva finalidad de crear una titularidad puramente formal o aparente (...), eran pura ficción en cuanto no había voluntad alguna de transmitir ni de adquirir ni medió precio alguno y tenían una finalidad exclusivamente defraudatoria a la Hacienda Pública de todas las operaciones llevadas a cabo el mismo día en la notaría (capitulaciones, escritura pública de compraventa y documento privado)” (...) “en consecuencia, tenían que haberse declarado nulas las disposiciones patrimoniales del convenio regulador por faltar los requisitos del art. 1261 CC, ya que quienes las suscribieron sabían que el disponente no era titular de los bienes transmitidos ni partícipe en comunidad alguna sobre los mismos, por responder la escritura pública y el documento privado de nueve años antes a una pura ficción” (STS 9 diciembre 2002).

De los pronunciamientos expuestos —en relación a la relevancia que para el Tribunal Supremo tiene la actividad probatoria desarrollada en la instancia sobre la causa de nulidad a los efectos de estimar, o no, la incongruencia de la sentencia que apreció de oficio la nulidad— podemos concluir que, en efecto, las sentencias de instancia en las que no consta en los antecedentes de hecho que las partes aportaron instrumentos probatorios que permitieron al tribunal apreciar de oficio la nulidad —sin petición de parte— el Tribunal Supremo las ha considerado incongruentes.

Por el contrario, en los demás supuestos, el Tribunal Supremo desestimó la incongruencia en casación de la sentencia de instancia que se pronunció sobre la nulidad de oficio y entendió que el Juez de instancia dispuso de actividad probatoria para apreciar la causa de nulidad pese a que la misma no fue solicitada por las partes.

En consecuencia, podemos concluir que la congruencia de la sentencia en estos supuestos de apreciación de oficio de la nulidad contractual parece derivar de la relación entre la decisión del tribunal de

instancia y la aportación de hechos y pruebas de las partes⁽¹²⁶⁾ por lo que lo decisivo, en estos supuestos, parece ser la acreditación o prueba de los hechos que producen la nulidad del contrato y no tanto las alegaciones de las partes.

21. Por último, antes de concluir este estudio de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre recursos de casación admitidos por incongruencia de la sentencia recurrida —si bien estimados o desestimados— nos resta referirnos al supuesto en el que el Tribunal Supremo *no ha admitido el recurso*, por carencia de fundamento, en un supuesto en el que el recurrente denunciaba la incongruencia de la resolución recurrida con base en haber apreciado de oficio, sin que ninguna de las partes lo solicitara, de la nulidad contractual por simulación respecto de un contrato de compraventa.

El Tribunal Supremo ha dictado auto, de fecha 13 julio 2010⁽¹²⁷⁾, en el que afirma que “dicho recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia de fundamento (art. 473.2.2º de la LEC 2000) por cuanto ninguna incongruencia cabe apreciar en la resolución recurrida por las siguientes razones: a) porque la Sentencia de apelación es desestimatoria siendo doctrina reiterada de esta Sala que, en términos generales, las *sentencias desestimatorias* no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito (SSTS 6-3-86, 16-10-86, 17-11-86, 22-11-86, 31-12-86, 21-4-88, 20-6-89, 3-7-89, 23-11-89, 27-11-89, 4-4-90, 16-7-90, 3-1-91, 30-10-91, 25-1-95 y 25-5-99 , entre otras); b) porque ninguna incongruencia existe en la resolución recurrida, habiéndose limitado el Tribunal de instancia a dar respuesta a los pedimentos de las partes, pues basta examinar la resolución recurrida para comprobar que la misma en ningún momento aprecia de oficio, sin que ninguna de las partes lo solicitara, la nulidad contractual por simulación respecto del contrato de fecha 1 de diciembre de 1987, como afirma la parte recurrente, sino que ejercitada una *acción declarativa de dominio* por la actora, aportando como título el contrato de compraventa de fecha 15 de febrero de 1988, oponiendo la parte demandada en su contestación a la demanda la inoponibilidad del ese contrato y la existencia del contrato de fecha 1 de diciembre de 1987 que les configura como propietarios, procediéndose por la resolución recurrida, precisamente en atención

(126) El artículo 216 LEC también hace referencia a las “pretensiones de las partes”, elemento que en este supuesto no puede concurrir porque precisamente lo que caracteriza a la apreciación de oficio es la ausencia de petición por las partes.

(127) Id Cendoj: 28079110012010203530.

a sus pretensiones, en su Fundamento de Derecho Quinto, a examinar los títulos alegados, concluyendo, tras la *valoración de la prueba documental*, que el contrato de fecha 1 de diciembre de 1987 constituyó un negocio simulado, debiendo prevalecer el contenido del contrato suscrito el 15 de febrero de 1988, título en que fundamentan los actores la acción ejercitada, limitándose por tanto la resolución recurrida a resolver conforme a las pretensiones alegadas por las partes, tras la valoración de la prueba, sin alterar en ningún momento la *causa petendi* del procedimiento, tal y como exige la jurisprudencia (...) Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC 2000, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno”.

22. La inadmisión del recurso de casación en este supuesto presenta una notable diferencia sobre los supuestos que hemos examinado con anterioridad. En este caso el actor ha ejercitado una acción *declarativa de dominio*⁽¹²⁸⁾, sin embargo en los antecedentes de hecho de las sentencias recurridas en casación, a causa de la apreciación de oficio, el tipo de acción ejercitada ha sido *de condena*, tal y como puede extraerse de los antecedentes de hecho transcritos. Por este motivo no parece que la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en el caso de acción declarativa de dominio pudiera ser aplicada a otros supuestos.

En cualquier caso, podemos apreciar de nuevo la trascendental importancia que, juicio del Tribunal Supremo, tiene la valoración probatoria de los instrumentos aportados por las partes en la apreciación de oficio de la nulidad (ambas partes aportaron como títulos los contratos de compraventa).

5.1.2. *La sentencia que no declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia*

23. En el análisis que acabamos de realizar de los recursos de casación resueltos por el Tribunal Supremo hemos seleccionado, según advertimos, los supuestos en los que el recurrente alegaba incongruencia de la sentencia recurrida porque el tribunal de instancia se pronunció sobre una apreciación de oficio no pedida por ninguna de las partes. Pero en ocasiones el recurrente alega en casación la incongruencia de la sentencia recurrida porque el Tribunal *a quo* debió

(128) Sobre la acción declarativa de dominio y otros supuesto de tutela jurisdiccional declarativa, V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 73.

declarar de oficio la nulidad de pleno derecho del contrato que sirvió de apoyo a la demanda, sin escudarse en que no hubo petición de las partes al respecto, y al no haber declarado dicha nulidad ha incumplido con el deber judicial de vigilancia y sanción de los actos contrarios a la Ley y ha infringido el artículo 6.3 del Código Civil y el artículo 24 de la Constitución⁽¹²⁹⁾. Y en este segundo supuesto es en el que nos detendremos a continuación para completar los argumentos que en sede casacional ha elaborado el Tribunal Supremo en torno al requisito de la congruencia de las sentencias y la apreciación de oficio de la nulidad contractual y también para examinar si hay contradicciones en la misma.

Examinemos las diferentes respuestas que el Tribunal Supremo ha dado a la cuestión referida.

a) La declaración de oficio de la nulidad contractual no supe la inactividad del actor: el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 1993⁽¹³⁰⁾, rechazó el motivo de casación alegado por el recurrente que pretendía que la Audiencia Provincial hubiera declarado de oficio la nulidad del contrato de arrendamiento de 1 de marzo de 1985 al carecer el mismo de causa⁽¹³¹⁾. Afirma el Tribunal Supremo que “esta doctrina permisiva de la declaración de oficio por los Jueces y Tribunales de la nulidad o inexistencia de los contratos, no puede servir, por el carácter excepcional y restrictivo con que ha de ser ejercitada por el Juzgador esa facultad, para suplir, como se pretende en el motivo, la inactividad del actor declarando la inexistencia del repetido contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una *Sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos* con las consecuencias restitutorias de ello derivadas. Por estas razones procede el rechazo del motivo”.

b) La declaración de oficio no procede cuando la nulidad está sujeta a conclusiones fácticas en función de las pruebas aportadas: el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de diciembre de 1993⁽¹³²⁾, rechazó el

(129) STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110001993100664); STS 30 diciembre 1993 (La ley 13649/1993); STS 12 diciembre 2000 (Id. Cendoj: 28079110002000100613); STS 25 septiembre 2006 (Id Cendoj: 28079110012006101133) y STS 4 septiembre 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100927).

(130) STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110001993100664). En el mismo sentido, V. STS 18 julio 2006 (RJ, 2006, 4949).

(131) Sobre esta cuestión, V. STS 3 junio 1995 (RJ 1995, 5047), STS 13 julio 1995 (RJ 1995, 6005), STS 17 marzo 1997 (RJ 1997, 1978).

(132) STS 30 diciembre 1993 (La ley 13649/1993).

motivo alegado por el recurrente que pretendía que la Audiencia Provincial hubiera declarado de oficio la nulidad contractual por falta de representación bastante. Argumenta el Tribunal Supremo que “en este caso que tal apariencia de negocio jurídico sólo puede ser destruida con base en la *aportación de pruebas* que acrediten en forma eficiente esa falta de representación, ya que la buena fe que es exigible en todo negocio jurídico (art. 7.1 CC), requiere un especial y cuidado tacto en su apreciación cuando se trata de terceros afectados como parte contratante que están fuera, como en este caso, de esas relaciones *ad intra* de la propia cooperativa, *de donde se infiere que los Tribunales no tienen en estos casos instrumentos probatorios per se* a su alcance para apreciar esa nulidad radical que ahora se propugna y que no fue alegada en su momento por quien le correspondía”. En consecuencia el Tribunal Supremo defiende que “los contratos controvertidos no eran ni hipotéticamente nulos de pleno derecho, pues por tratarse de una cuestión de representación correcta o no, sujeta a unas *conclusiones fácticas en función de las pruebas aportadas*, no comportan esa nulidad por inexistencia o ser contrarios a la Ley, a la moral o al orden público o recaigan sobre *res extra commercium* y por ello incluso en los viciados por falta de representatividad bastante son susceptibles de ratificación, por lo que técnicamente aunque en principio nulos *han de ser objeto de prueba* de esa insuficiencia de representación como es imprescindible con mayor rigor jurídico que el que propugna el motivo (art. 1259 CC)”

c) *La apreciación de oficio de la nulidad contractual planteada como cuestión nueva es inadmisibles en casación*: la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000⁽¹³³⁾, desestimó el motivo alegado por la recurrente —relativo a la nulidad de pleno derecho del contrato base de la reclamación (que, en opinión de la recurrente, tendría que haberse apreciado de oficio)—, porque la cuestión planteada era *absolutamente nueva*, y por tanto inadmisibles en casación, y en consecuencia se imponía con toda evidencia su desestimación. El Tribunal Supremo argumentó la desestimación del siguiente modo: “en cuanto a la nulidad de pleno derecho del contrato, la falta de contestación a la demanda supuso, ya de entrada, que tal nulidad no se alegase oportunamente, *silencio insubsanable por la mera alusión que a tal nulidad se hizo luego en el escrito de solicitud de recibimiento a*

(133) Id. Cendoj: 28079110002000100613. En el mismo sentido, V. STS 13 julio 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100606); STS 24 febrero 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100071) y STS 18 julio 2006 (RJ, 2006, 4949).

prueba en segunda instancia". Además, concluye el Tribunal Supremo, "el motivo tercero carece de base alguna, pues lo que parece querer plantear la parte recurrente es el incumplimiento de la parte actora o, como mucho, la falta de contenido material del contrato".

d) *La mera referencia a la nulidad contractual en los escritos de las partes evita la consideración de "cuestión nueva" en casación*. El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de septiembre de 2006⁽¹³⁴⁾, discrepó del parecer del recurrente que entendía que la referencia a la declaración de nulidad constituía una cuestión nueva en casación porque los tribunales de instancia hubieran debido acudir al principio *iura novit curia* para declarar la nulidad que solicitaba. Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo no se trata de una cuestión nueva puesto que "en la contestación a la demanda, aun sin citar expresamente el artículo 6.3 CC, se opuso la nulidad del documento privado esgrimido en la demanda por ser legalmente imposible la división del lote de acuerdo con el Decreto 118/1973, de 12 enero, por el que se aprobó el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario [LRYDA] en función de la prohibición de enajenación y de división establecida en el artículo 31.1 de la expresada ley. Se decía expresamente que, "so pena de nulidad caso contrario" el adjudicatario no hubiera podido enajenar parcialmente el derecho adquirido por la voluntad de la primitiva titular, añadiendo que el artículo 31.2 de la LRYDA establecía que se declarará nula la transmisión si no concurrieran en ella los requisitos establecidos". El recurrente fundó el motivo en que la Audiencia Provincial reconoció que el acuerdo de las partes habría de ser calificado como contrario a la Ley, por lo que debió declarar como nulo de pleno Derecho el acto contenido en el documento privado de 27 de febrero de 1981, dado que la Administración no había aprobado todavía la cesión de la madre a X y no era posible adjudicar la concesión a más de una persona ni cederla en todo en parte sin la autorización administrativa ni enajenarla. El Tribunal Supremo apreció que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta esta nulidad por lo estimó el recurso.

e) *La alegación en casación de la incongruencia de la sentencia recurrida por omitir la declaración de nulidad de oficio requiere su planteamiento previo en el recurso de apelación*: El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de septiembre de 2007⁽¹³⁵⁾, desestimó el motivo de incongruencia de la sentencia recurrida alegado por el recurrente quien entendía que, no obstante su silencio respecto de otros hipotéti-

(134) Id Cendoj: 28079110012006101133.

(135) Id Cendoj: 28079110012007100927.

cos vicios o defectos de la escritura, al demandar la nulidad por usura los tribunales debían haber decidido sobre ambas causas de usura. El Tribunal Supremo justificó su decisión en que “ante todo, este vicio de incongruencia no fue sostenido en apelación y la parte recurrente pretende ahora traer a casación una cuestión no planteada en su recurso de apelación que, como señalaba la STS de 18 de julio de 2001, ha quedado sustraída, por tanto, al conocimiento del tribunal de segunda instancia, lo que se rechaza en numerosas sentencias de esta Sala (Sentencias de 9 de octubre y 6 de noviembre de 2000, 5 de febrero, 26 de marzo y 14 de mayo de 2001, etc.) Ello bastaría para desestimar el motivo. Además de lo dicho, dos razones son determinantes de la desestimación (...) La primera, que no puede haberse infringido el deber de congruencia (...) cuando la parte solicitante *no aporta los datos* o elementos de hecho en que basa su pretensión, y *no hay en los autos el menor rastro de un intento de demostrar* que el interés percibido por el Banco prestamista fuera, en el caso, superior al normal del dinero en los términos en que lo exige el artículo 1º de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura. No puede, por ello, pronunciarse sobre una cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, violar el principio de contradicción procesal en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse o discutir sobre el punto o puntos de que se trate, ni puede un tribunal resolver, a menos que incurra en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquellas que le son formuladas por las partes (STC 109/1985, de 8 de octubre; SSTS de 4 de mayo y 2 de noviembre de 1993, entre muchas otras) La nulidad de que estamos tratando no puede ser declarada de oficio (...) Pero *la causa de nulidad ha de ser probada por quien la sostiene* (STS 17 de julio de 1991, entre tantas otras) y, en el caso, la existencia de un interés “notablemente superior” al normal del dinero, y las demás circunstancias que establece el artículo 1.II Ley de 23 de julio de 1908 habría de haber sido *postulado, probado y debatido con la contraparte*”.

24. Tal y como hemos procedido en el subapartado anterior, una vez que hemos expuestos los fallos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente, a petición del recurrente, sobre la congruencia de la sentencia de instancia que no había procedido a la declaración de oficio de nulidad contractual debemos ahora pronunciarnos sobre su coherencia interna.

Al respecto, entendemos que el Tribunal Supremo no incurre en contradicciones al elaborar la doctrina jurisprudencial relativa a la ausencia de apreciación de oficio de la nulidad llevada a cabo por los tribunales de instancia, sino que la misma es coherente procesalmente y

está fundamentada, en la mayoría de los casos, en razones de derecho procesal, al contrario que en el supuesto anterior.

Desde el punto de vista procesal, el Tribunal Supremo ha entendido que la sentencia en la que el Juez no declaró de oficio la nulidad es congruente; porque el Juzgador no debe suplir la inactividad del actor declarando la nulidad del contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una Sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos con las consecuencias restitutorias de ello derivadas (STS 15 diciembre 1993); porque tal apariencia de negocio jurídico sólo puede ser destruida con base en la aportación de pruebas que acrediten en forma eficiente esa falta de representación (STS 30 diciembre 1993); porque la cuestión planteada era absolutamente nueva, y por tanto inadmisibles en casación (...) la falta de contestación a la demanda supuso, ya de entrada, que tal nulidad no se alegase oportunamente, silencio insubsanable por la mera alusión que a tal nulidad se hizo luego en el escrito de solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia (STS 12 diciembre 2000); porque ante todo, este vicio de incongruencia no fue sostenido en apelación y la parte recurrente pretende ahora traer a casación una cuestión no planteada en su recurso de apelación (STS 4 septiembre 2007).

También desde el punto de vista procesal, el Tribunal Supremo ha casado la sentencia por entender que el Juez no declaró de oficio la nulidad y debía haberla declarado; cuando no se trata de una cuestión nueva puesto que en la contestación a la demanda, aun sin citar expresamente el artículo 6.3 CC, se opuso la nulidad del documento privado esgrimido en la demanda (STS 25 septiembre 2006) y, en el mismo supuesto, porque la Audiencia Provincial reconoció que el acuerdo de las partes habría de ser calificado como contrario a la Ley (por contener cláusulas contrarias a lo dispuesto en la LRYDA), por lo que debió declarar como nulo de pleno Derecho el acto contenido en el documento privado de 27 de febrero de 1981 (STS 25 septiembre 2006).

Desde el punto de vista material, el Tribunal Supremo declaró que el Juzgador actuó correctamente al no declarar de oficio la nulidad en los siguientes supuestos: ante el contrato de arrendamiento de 1 de marzo de 1985 al carecer el mismo de causa (STS 15 diciembre 1993); ante la nulidad contractual por falta de representación bastante (STS 30 diciembre 1993); ante la afirmación de la parte de la existencia de un interés “notablemente superior” al normal del dinero, y las demás circunstancias que establece el artículo 1.II Ley de 23 de julio de 1908 que no fueron alegadas ni probadas (STS 4 septiembre 2007).

Sin embargo, desde el punto de vista material, también el Tribunal Supremo entendió que el tribunal de instancia debió declarar la nulidad de un contrato para el que la Administración no había aprobado todavía la cesión de la madre a X y no era posible adjudicar la concesión a más de una persona ni cederla en todo en parte sin la autorización administrativa ni enajenarla (STS 25 septiembre 2006).

De las resoluciones del Tribunal Supremo podemos extraer la siguiente conclusión: en los supuestos en los que el recurrente alega la incongruencia de la sentencia por no haber declarado de oficio la nulidad contractual el Tribunal Supremo cuenta con un instrumento procesal que le permite rechazar este motivo sin entrar en la valoración que el tribunal de instancia hizo sobre la causa sustantiva de nulidad contractual. Este instrumento es, según hemos expuesto, la inadmisión de una cuestión nueva en casación. Por otro lado, en el supuesto en que el Tribunal Supremo ha casado la sentencia por motivos de derecho material podemos advertir que se trata de un supuesto en el que el Tribunal Supremo declara la nulidad de un contrato que a juicio de la Audiencia Provincial era ilícito pero que no declaró tal ilicitud.

En consecuencia, en ninguno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo se mantiene una discrepancia con la interpretación sustantiva de las sentencias recurridas sobre la nulidad contractual y, por otro lado, el Tribunal Supremo dispone de nuevo de un mecanismo, esta vez de naturaleza procesal, por el que puede evitar la censura de la ausencia de apreciación de oficio si está de acuerdo con el resultado obtenido por la sentencia de instancia. En este caso le basta con afirmar que se trata de una cuestión nueva, y en cuanto tal, inadmisibles en casación.

25. Por último, del mismo modo que en el subapartado anterior, nos interesa dejar constancia, por ahora, de la influencia que sobre el pronunciamiento del Tribunal Supremo, a favor o en contra de la congruencia, pudiera tener no sólo el hecho de que la causa no hubiera sido alegada por la parte sino también el hecho de que la misma no hubiera sido objeto de prueba en la instancia y, en consecuencia, no procedía tal declaración.

Al respecto nos encontramos con los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en las resoluciones examinadas en este apartado: *los Tribunales no tienen en estos casos instrumentos probatorios per se* a su alcance para apreciar esa nulidad radical que ahora se propugna y que no fue alegada en su momento por quien le correspondía (STS 30 diciembre 1993); no puede haberse infringido el deber de congruencia (...) cuando la parte solicitante *no aporta los datos* o elementos de hecho en que basa su pretensión, y *no hay en los autos el*

menor rastro de un intento de demostrar que el interés percibido por el Banco prestamista fuera, en el caso, superior al normal del dinero en los términos en que lo exige el artículo 1º de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura (STS 4 septiembre 2007); “aunque, por las razones que acaban de ser dichas, debió necesariamente abstenerse de ello, la sentencia aquí recurrida entró a conocer de la referida cuestión (nulidad de oficio) y declaró expresamente que *no aparece probada la simulación de ninguno de los tres sucesivos contratos de venta de la farmacia*, instrumentados a través de las tres ya referidas escrituras públicas, respectivamente, ante cuya declaración expresa ha de tenerse en cuenta que es consolidada y uniforme doctrina de esta Sala la de que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto *cuestión fáctica*, es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (STS 3 junio 1995); “la nulidad de pleno derecho del contrato por aplicación del artículo 6.3 CC no fue planteada en la demanda, como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, y, en consecuencia, no ha podido ser examinada, ni lo ha sido, por el Juzgado ni por la Audiencia Provincial” (STS 13 julio 2009).

De los pronunciamientos expuestos —en relación a la relevancia que para el Tribunal Supremo tiene la ausencia de actividad probatoria desarrollada en la instancia sobre la causa de nulidad a los efectos de estimar, o no, la incongruencia de la sentencia que *no apreció de oficio* la nulidad— podemos concluir que, en efecto, las sentencias de instancia en las que no consta en los antecedentes de hecho que las partes aportaran instrumentos probatorios que permitieran al tribunal apreciar de oficio la nulidad —sin petición de parte— el Tribunal Supremo las ha considerado congruentes por estimar que el tribunal de instancia actuó correctamente al no apreciar de oficio la nulidad.

Por el contrario, en los demás supuestos, el Tribunal Supremo desestimó la incongruencia en casación de la sentencia de instancia que se pronunció sobre la nulidad de oficio y entendió que el Juez de instancia dispuso de actividad probatoria para apreciar la causa de nulidad pese a que la misma no fue solicitada por las partes.

5.2. Régimen procesal de la declaración de oficio de la nulidad contractual

26. En los subapartados anteriores hemos examinado los pronunciamientos del Tribunal Supremo, a petición del recurrente, sobre la

apreciación de oficio, dictada u omitida por los tribunales de instancia, y, en concreto, nos hemos detenido en los aspectos técnicos relacionados con la congruencia de la sentencia.

Al hilo de este análisis, hemos ido conociendo cuales son, a juicio de la jurisprudencia más reciente, los supuestos de derecho sustantivo en los que procede la declaración de oficio de la nulidad contractual en los términos examinados con anterioridad —sin petición de parte y sobre los hechos que constan acreditados o probados en el proceso— y cuales son, por el contrario, los supuestos de derecho sustantivo en los que no procede dicha declaración de oficio.

Pero también al hilo del análisis de la congruencia de las sentencias recurridas, hemos ido conociendo la posición del Tribunal Supremo sobre la protección que merecen las garantías procesales de las partes en la declaración judicial de la nulidad contractual ya que ambas cuestiones —congruencia y garantías— están íntimamente relacionadas porque son directa consecuencia del principio de justicia rogada⁽¹³⁶⁾.

Procede, por tanto, que exponamos la doctrina jurisprudencia sobre ambas cuestiones comenzando por la primera, la relativa a los supuestos de derecho sustantivo en los que procede la declaración de oficio de la nulidad contractual, para seguir con la segunda, la relativa a la protección de las garantías procesales de las partes en la declaración judicial de la nulidad contractual.

De la exposición de la doctrina jurisprudencial podremos extraer una conclusión sobre el grado de aplicación efectiva de la tesis bipartita de la nulidad contractual así como conocer en qué medida el Tribunal Supremo considera que las garantías procesales de las partes afectadas por la declaración de nulidad contractual deben estar total-

(136) “El principio dispositivo significa que, en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercerlo o renunciarlo a su voluntad (...) En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y aportación de parte, el primero en cuanto el actor determina la iniciación del proceso y puede desistir. El cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición (STS de 7 de septiembre de 1999), de forma que las resoluciones de los Tribunales deben ajustarse a las peticiones de las partes derivadas de los hechos expuestos por las mismas, so pena de incurrir en incongruencia” [SAP Barcelona, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2002] (V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 452).

mente protegidas sin que se admitan excepciones por razones de derecho sustantivo.

Es precisamente el carácter instrumental del Derecho Procesal que hemos defendido desde el inicio del trabajo —en el sentido de que su función es proteger el derecho sustantivo—, el que aconseja que comencemos este análisis exponiendo la doctrina jurisprudencial sobre los *supuestos excepcionales*⁽¹³⁷⁾, como hemos visto, en los que, a juicio del Tribunal Supremo, la protección de los derechos sustantivos implicados en la nulidad contractual reclaman cierta desprotección de las garantías procesales de las partes, en los términos que hemos visto con anterioridad; tras exponer esta doctrina, nos detendremos en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación a la improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad contractual en el resto de los supuestos, en la generalidad de los mismos, porque así lo exige la protección de las garantías procesales⁽¹³⁸⁾.

a) Al respecto, ha afirmado el Tribunal Supremo en relación a dichos supuestos que la admisibilidad de la declaración de oficio de la nulidad contractual que “sólo circunstancias extraordinarias permiten que la solución del litigio se produzca *a costa de principios básicos del proceso* civil con dimensión constitucional” (STS 30 junio 2009)⁽¹³⁹⁾; y, en concreto, sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de negocios jurídicos sin haberla pedido ninguna de las partes, es cierto que tal posibilidad se admite por la jurisprudencia de esta Sala con base en el art. 6.3 CC (así, SSTS 3-12-01, 17-1-00, 18-2-97 y 15-12-93); pero no lo es menos que la misma jurisprudencia exhorta a la *prudencia y moderación* de los tribunales tanto a la hora de ejercer dicha facultad como a la de declarar la nulidad total en vez de la solamente parcial (p. ej. SSTS 10-4-07, 22-7-97 y 22-3-65), pues la sanción de nulidad debe reservarse para los casos en que concurren *trascendentales razones* que hagan *patente* el carácter del acto *gravemente* contrario a la ley, la moral o el orden público (SSTS 25-9-06, 27-2-04 y 18-6-02) (STS 30 junio 2009)⁽¹⁴⁰⁾; “la jurisprudencia reserva la posibilidad de declarar nulidad de oficio condicionada y controlada a determinados supuestos en que se haya constatado la existencia de pactos o cláusulas manifiestamente ilegales, contrarios a la moral, al orden público o

(137) Los contemplados en el siguiente apartado a).

(138) De la letra b) al final.

(139) Id Cendoj: 28079110012009100529.

(140) Id Cendoj: 28079110012009100529.

constitutivos de delito” (STS 4 septiembre 2007)⁽¹⁴¹⁾; “sólo cuando las cláusulas pactadas vayan manifiesta y contrariamente contra la Ley o moralidad podrán hacerlo, pero el decidir si hubo consentimiento contractual o no es materia que nada tiene que ver con la licitud y la moralidad” (STS 18 julio 2006)⁽¹⁴²⁾; “esta Sala efectivamente ha declarado que cabe decretar de oficio la nulidad de los contratos, pero no de modo totalmente automático y abierto, sino controlada a los supuestos que la doctrina jurisprudencial establece sobre tal cuestión y en esta directriz a los Tribunales les compete poder decidir la nulidad de oficio, cuando la sinalagmática contractual se refiera a pactos o cláusulas que manifiestamente sean ilegales, contrarias a la moral, al orden público o constitutivas de delito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria (Sentencias de 20 y 29-10-1949; 22 y 29-3-1963; 7-7-1986; 15-12-1993 y 20-6-1996)” (STS 28 febrero 2004)⁽¹⁴³⁾; “es claro que el dilucidar si un acuerdo de exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad se ha adoptado o no con arreglo al *quorum* legal está infinitamente alejado de la noción de orden público” (STS 11 abril 2003)⁽¹⁴⁴⁾; “según la jurisprudencia de esta Sala es posible, al amparo del art. 6.3 CC aunque no sin extremar la prudencia, apreciar de oficio la nulidad de un acto cuando así lo exija el interés público o la salvaguardia del orden público (SSTS 18-2-97, 20-6-96, 9-5-94 y 26-6-82)” (STS 9 diciembre 2002)⁽¹⁴⁵⁾; “la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad de un contrato se supedita por la jurisprudencia de esta Sala a que así lo exija el interés público (STS 9-5-94), o a que las cláusulas del contrato en cuestión sean manifiestamente ilegales, contrarias a la moral o al orden público o constitutivas de delito (SSTS 20-6-96 y 24-4-97, entre otras muchas)” (STS 12 diciembre 2000)⁽¹⁴⁶⁾.

b) “Estas *circunstancias excepcionales* no concurren cuando la *resolución* del contrato, pedida por las partes, ya pone fin a la situación potencialmente incompatible con el Derecho comunitario de la competencia por lo que la nulidad de oficio del contrato no es la solución para resolver la supuesta incompatibilidad” (STS 30 junio 2009)⁽¹⁴⁷⁾.

(141) Id Cendoj: 28079110012007100927.

(142) RJ, 2006, 4949.

(143) Id Cendoj: 28079110012004100126.

(144) Id Cendoj: 28079110002003100367.

(145) Id Cendoj: 28079110002002100108.

(146) Id Cendoj: 28079110002000100613.

(147) Id Cendoj: 28079110012009100529.

c) En cuanto a la declaración de oficio de la nulidad por infracción de ley, “el 6.3 CC proclama la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Separando los supuestos de aquellos actos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley, por una parte, y aquellos otros en los que, a pesar de ser contrarios a la ley, ésta ordena su validez, deben individualizarse aquellos actos que contrarían o faltan a algún precepto legal (sin hallarse incluidos en las anteriores categorías). Respecto de ellos *el juzgador debe analizar* la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la *declaración de la validez* del acto contrario a la ley *si la levedad* del caso lo permite reservando la sanción de nulidad se reserva para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público (SSTS de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004)” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁴⁸⁾

d) “La jurisprudencia declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes: artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios), procede únicamente declarar su *nulidad parcial* (SSTS de 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992 y 18 de marzo de 1998), doctrina aplicada al incumplimiento de disposiciones de naturaleza administrativa, entre otras, por la STS de 15 de febrero de 1991 (hasta la modificación de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad parcial de las compraventas de viviendas de protección oficial por precio superior al autorizado: SSTS de 3 de septiembre de 1992, seguida de otras). El CC no contiene una regla general sobre la nulidad parcial, pero son muy numerosos los artículos en los que se establece que la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará a la validez del negocio jurídico, teniéndola por no escrita, o bien que declaradas nulas no hacen nulo *el* negocio (artículos 641, 737, 767, 793, 794, 814, 865, 1155, 1260, 1316, 1317, 1476 y 1608 CC, entre otros)” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁴⁹⁾.

(148) Id Cendoj: 28079110012006101133.

(149) Id Cendoj: 28079110012006101133.

e) “Son las partes litigantes quienes deben soportar las consecuencias de sus respectivos planteamientos sin que los jueces y tribunales deban en general subsanar sus errores ni suplir sus omisiones” (STS 30 junio 2009)⁽¹⁵⁰⁾; “La *causa de nulidad ha de ser probada* por quien la sostiene (STS 17 de julio de 1991, entre tantas otras) y, en el caso, la existencia de un interés notablemente superior al normal del dinero, y las demás circunstancias que establece el artículo 1.II Ley de 23 de julio de 1908 habría de haber sido postulado, probado y debatido con la contraparte” (STS 4 septiembre 2007)⁽¹⁵¹⁾.

f) “La celebración de todo contrato origina una, por lo menos, *apariencia contractual* que puede ser destruida por aquella parte a quien interese, mediante el ejercicio de la acción judicial pertinente en la que ha de demostrar la falta de cualquiera de los requisitos esenciales del contrato, contenidos en el art. 1261 del Código Civil (LEG 1889, 27). Dicho de otra manera, el órgano judicial podrá declarar la simulación si ello ha sido pedido y demostrado por el legitimado para ejercitar la acción, no pudiendo por tanto proceder de oficio. Es una cuestión de *puro interés privado*, en la que la jurisdicción no puede *entrometerse* actuando de oficio” (STS 18 julio 2006)⁽¹⁵²⁾.

g) “Para que pueda ser, no ya estimado, sino ni siquiera estudiada y resuelta por el órgano jurisdiccional una acción cualquiera (en este caso, la de nulidad de contrato), es requisito ineludible, por exigencia imperativa del *principio de congruencia* (artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que la referida *acción haya sido ejercitada* por la parte correspondiente, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues los actores, aquí recurrentes, que incluso, como ya se tiene dicho, ocultaron en su demanda la existencia de los contratos de venta de la farmacia, celebrados a través de las tres sucesivas escrituras públicas antes mencionadas, no han ejercitado en este proceso acción alguna de nulidad de dichos contratos por simulación (ni por ningún otro vicio), como lo evidencia lo siguiente: en el encabezamiento de su escrito rector del proceso dicen expresamente: “procedo a interponer demanda de división de cosa común y de rendición de cuentas”; en el relato de hechos (*causa petendi*) de su demanda, como acaba de decirse, no mencionan, ni siquiera de pasada, la existencia de ninguna de las tres referidas escrituras de venta; en el apartado de su demanda dedicado a los fundamentos jurídicos, no citan ningún

(150) Id Cendoj: 28079110012009100529.

(151) Id Cendoj: 28079110012007100927.

(152) RJ, 2006, 4949.

precepto que guarde alguna relación con la nulidad de los contratos; y, por último, y lo que es más trascendente, en el *petitum* de su demanda no piden la declaración de nulidad de contrato alguno, sino que se limitan a postular se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos (sintéticamente aquí expuestos): (...) 2.^a Para que pueda decretarse la nulidad de un contrato (por simulación o por cualquier otro vicio esencial) es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso (como demandantes o demandados, respectivamente) de todos los que en dicho contrato intervinieron como partes contratantes o sus causahabientes, requisito que aquí tampoco aparece cumplido, pues en el proceso a que este recurso se refiere no han sido demandados los que en las escrituras públicas de intervinieron como partes contratantes, concretamente P. R. que fue el comprador en la primera de ellas y el vendedor en la segunda, y A. R. que fue comprador en la segunda y el vendedor en la tercera de las mencionadas escrituras. 3.^a Aunque, por las razones que acaban de ser dichas, debió necesariamente abstenerse de ello, la sentencia aquí recurrida entró a conocer de la referida cuestión y declaró expresamente que no aparece probada la simulación de ninguno de los tres sucesivos contratos de venta de la farmacia, instrumentados a través de las tres ya referidas escrituras públicas, respectivamente, ante cuya declaración expresa ha de tenerse en cuenta que es consolidada y uniforme doctrina de esta Sala la de que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), *en cuanto cuestión fáctica*, es de la exclusiva incumbencia de los *juzgadores de la instancia*, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (Sentencias de 14 febrero 1985 [RJ 1985, 553], 12 febrero y 1 julio 1988 [RJ 1988, 942 y RJ 1988, 5550], 7 marzo y 22 junio 1989 [RJ 1989, 2021 y RJ 1989, 4776], 9 junio 1990 [RJ 1990, 4748], 28 febrero y 24 junio 1991 [RJ 1991, 1605 y RJ 1991, 4577] y 29 enero 1992 [RJ 1992, 275], entre otras muchas), y en el presente supuesto litigioso no se ha producido la *desvirtuación de la expresada conclusión probatoria* (inexistencia de simulación contractual), obtenida por la sentencia recurrida, al carecer de idoneidad para ello, el motivo aquí examinado en los términos en que el mismo aparece planteado, por lo que la expresada sentencia no ha incurrido en la infracción de los preceptos, ni de la doctrina jurisprudencial que en el mismo invocan los recurrentes” (STS 3 junio 1995)⁽¹⁵³⁾.

(153) RJ 1995, 5047.

h) “La sentencia de instancia llega a la conclusión de que la causa del contrato es ilícita e inmoral, por trasgresión de los artículos 1274 y 1275 del Código Civil, por lo que declara su nulidad de oficio. En lo que hace mención a la infracción del artículo 1274, procede declarar que la conceptualización jurídica de la causa constituye una cuestión susceptible de ser revisada en casación, siquiera esta Sala ha declarado reiteradamente que es facultad peculiar de los *Tribunales de instancia*, en cuanto depende de la apreciación que éstos hagan de las pruebas aportadas al juicio, la estimación de los *elementos de hecho* sobre los cuales ha de basarse la deducción y declaración relativa a la existencia de la causa y, en su caso, a su falsedad e ilicitud (entre otras, SSTs de 19 de mayo de 1981, 1 de abril de 1982 y 5 de marzo de 1987)” (STS 20 julio 2006)⁽¹⁵⁴⁾.

i) “La nulidad de que estamos tratando no puede ser declarada de oficio (nulidad por usura por la causa del artículo 1, párrafo 2º de la Ley de 23 de julio de 1908 (diferencia entre la cantidad declarada en la escritura y la realmente percibida), la Sala no sólo no puede entrar en otras causas de nulidad, sino que hubiera incurrido en incongruencia *extra petita*, que, como ha dicho la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1987, se refiere (SSTC 29/1987, de 6 de marzo; 142/1987, de 23 de julio, entre otras) a que no puede el Tribunal decidir sobre cosa distinta, derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para la *causa petendi*, respecto del cual el Juez no tiene poder de disposición (STC 128/1989 de 12 de julio), debiendo ajustarse al objeto del proceso. (...) No puede, por ello, pronunciarse sobre una cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, violar el *principio de contradicción procesal* en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse o discutir sobre el punto o puntos de que se trate, ni puede un tribunal resolver, a menos que incurra en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquellas que le son formuladas por las partes (STC 109/1985, de 8 de octubre; SSTs de 4 de mayo y 2 de noviembre de 1993, entre muchas otras)” (STS 4 septiembre 2007)⁽¹⁵⁵⁾

j) “La sentencia de apelación que acabó privando del usufructo a la apelante vencedora en la segunda instancia, y por tanto de la posesión de la estación de servicio, con base en una nulidad de todo el complejo negocial que ninguna de las dos partes había interesado ni planteado, infringe el art. 359 LEC de 1881 y la doctrina jurisprudencial y consti-

(154) La ley 77280/2006.

(155) Id Cendoj: 28079110012007100927.

tucional sobre la proscripción de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa en contra del recurrente. La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de la Sala Civil sobre los *principios rectores del recurso de apelación*, que pueden sintetizarse en que tal recurso es de cognición plena o plena jurisdicción, en el sentido de que permite un nuevo juicio sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del litigio, pero con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, y el principio de que el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquello de lo que se apela (*tantum devolutum quantum appellatum*). Se trata, en suma, de manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (por todas STC 279/05, con cita de otras muchas). Aquellos principios aparecen hoy muy claramente incorporados a la LEC de 2000 en su art. 465.4, que a su vez debe ponerse en relación con el art. 456.1 por cuanto, al limitar el recurso de apelación a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, prohíbe la introducción de cuestiones nuevas en apelación. Y aunque no tenían una formulación expresa en la LEC de 1881, la jurisprudencia de esta Sala los reconocía sin vacilaciones, tanto con base en la congruencia exigida a todas las sentencias por el art. 359 como por la interpretación sistemática de las normas reguladores de la llamada adhesión a la apelación en cada tipo de juicio y, lógicamente, por la dimensión constitucional ya mencionada (SSTS 10-12-08, 26-9-06, 12-6-06, 24-5-04 y 5-5-04 entre otras muchas)” (STS 30 junio 2009)⁽¹⁵⁶⁾.

k) “En cuanto a la nulidad de pleno derecho del contrato, la *falta de contestación a la demanda* supuso, ya de entrada, que tal nulidad no se alegase oportunamente, silencio insubsanable por la mera alusión que a tal nulidad se hizo luego en el escrito de solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia (...) También esta Sala tiene declarado que la admisión de la prueba propuesta en segunda instancia por el demandado rebelde en la primera “se halla condicionada expresa y legalmente a que la misma sea pertinente” (STS 14-2-2000 en recurso 1549/95) (...) Y por otro lado, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional no puede alegarse indefensión cuando ésta sea debi-

(156) Id Cendoj: 28079110012009100529.

da en realidad a pasividad, negligencia o desinterés de la propia parte (SSTC 18/96, 137/96, 94/97, 140/97 y 82/99), el rechazo del motivo no viene sino a corroborarse, pues al fin y a la postre lo que pretendió la parte recurrente no fue otra cosa que trasladar a la segunda instancia la contestación a la demanda y la prueba que ella misma había *omitido voluntariamente* en la primera” (STS 12 diciembre 2000)⁽¹⁵⁷⁾.

l) “Esta Sala tiene declarado que no cabe en casación el planteamiento de *cuestiones nuevas*, no suscitadas en los escritos expositivos del pleito, por coherencia con los principios de preclusión y audiencia de parte contraria, que se ve imposibilitada de alegar y probar, por las características de la casación, frente a las afirmaciones o negaciones de la contraparte (SSTS de 28 de diciembre de 1999, 31 de diciembre de 1999 y, entre las más recientes, 26 de abril de 2005, 7 de noviembre de 2005, 30 de junio de 2006, 18 de julio de 2006 y 4 de septiembre de 2006). Y al respecto entiende que la cuestión relativa a la declaración de oficio de la nulidad que plantea el recurrente no es una cuestión nueva porque en la contestación a la demanda se hacía referencia a dicha nulidad” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁵⁸⁾. El Tribunal Supremo rechaza el motivo de casación alegado (nulidad de oficio del contrato) “porque implica traer a esta casación una cuestión nueva no planteada ni disentida en la instancia y con una sustancial modificación del componente jurídico de la acción ejercitada que no puede ser amparada por el principio *iura novit curia*, ya que la aplicación de los preceptos que se dicen infringidos excede de las facultades que corresponden al Juzgador al amparo de citado principio y produciría una clara indefensión para las otras partes litigantes (...) y porque el Juzgador no puede ejercer en este caso la facultad (de declarar de oficio la nulidad del contrato), para suplir, como se pretende en el motivo, la inactividad del actor declarando la inexistencia del repetido contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una Sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos con las consecuencias restitutorias de ello derivadas” (STS 15 diciembre 1993)⁽¹⁵⁹⁾. “Sucede, además, que el recurrente, en su día actor, no formuló en su demanda ninguna acción de simulación, y ahora en casación lo hace, incurriendo en conducta procesal vedada reiteradamente por esta Sala, que ha declarado que no cabe en casación el planteamiento de cuestiones nuevas, no suscitadas en los escritos expositivos del pleito,

(157) Id. Cendoj: 28079110002000100613.

(158) Id Cendoj: 28079110012006101133.

(159) Id Cendoj: 28079110011993102422.

por coherencia con los principios de preclusión y audiencia de parte contraria, que se ve imposibilitada de alegar y probar, por las características de la casación, lo que le convenga frente a las afirmaciones o negaciones extemporáneas de la contraparte (sentencias de 28 [RJ 1999, 9378] y 31 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9756] , 26 de abril [RJ 2005, 3764] y 7 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 7719] , entre otras). Por todo ello se desestima el motivo, que el recurrente dice que se formula como subsidiario del tercero” (STS 18 julio 2006)⁽¹⁶⁰⁾. “La nulidad de pleno derecho del contrato por aplicación del artículo 6.3 CC por ser contrario a una norma imperativa consistente en la prohibición de limitaciones a la competencia establecida en el artículo 81 TCE puede entenderse planteada en el escrito de preparación (en el que se citaba este último precepto), pero no fue planteada en la demanda, como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, y, en consecuencia, no ha podido ser examinada, ni lo ha sido, por el Juzgado ni por la Audiencia Provincial, que únicamente han tenido en consideración la petición de declaración de nulidad del contrato derivada de la indeterminación del precio. En consecuencia, constituye una cuestión nueva que no puede ser examinada en casación sin vulnerar los principios de contradicción y defensa ni contradecir el principio de especialidad en el que se funda el recurso de casación, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala” (STS 13 julio 2009)⁽¹⁶¹⁾.

m) “El presente recurso de casación debe ser desestimado por las mismas razones que los recursos N° 1904/04 y 1048/04 por sentencias de esta Sala de 23 y 29 de junio de 2009 respectivamente; en definitiva la actora-recurrente, mediante una demanda que ha sido desestimada en ambas instancias, pretende que tres contratos consecutivamente celebrados en 9 de mayo de 1989, 1 de agosto de 1989 y 1 de marzo de 1990 sobre otras tantas estaciones de servicio los cuales se estuvieron ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CEE N° 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, se transformen en unos contratos diferentes por aplicación del citado Reglamento N° 2790/99 pero sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su *incompatibilidad con el art. 81 CE*. Semejante pretensión es de todo punto inviable porque, como se señaló en las referidas sentencias de esta Sala, ese cambio de régimen no está previsto en los contratos, hasta el punto que en éstos se configura como facultad exclusivamen-

(160) RJ, 2006, 4949.

(161) Id Cendoj: 28079110012009100606.

te de la compañía abastecedora, y tampoco es la consecuencia derivada de una contravención del Derecho comunitario, hoy de la Unión, pues la consecuencia procedente sería la nulidad, nunca pedida en la demanda, y no el cambio de régimen o, con más exactitud, la imposición a la demandada-recurrida de un régimen diferente del pactado. Lo antedicho no queda desvirtuado ni por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los requisitos para que contratos próximos o similares a los aquí litigiosos queden exentos de la sanción de nulidad prevista en el art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE) ni por la jurisprudencia de esta Sala sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, jurisprudencia esta última invocada en el tercer motivo del recurso, pues la doctrina de esta Sala verdaderamente aplicable al caso es la que en litigios sobre contratos similares a los aquí examinados se muestra contraria a la apreciación de oficio de la nulidad *al margen de las pretensiones iniciales de las partes* y, más todavía, a que en el recurso de casación se plantee un litigio diferente del planteado en primera instancia (STS 30-6-09, en rec. 369/05, FJ 6º, que cita las SSTS de 2-6-00, 15-3-06 y 6-10-06). La improcedencia de sustituir en este caso lo que la parte actora-recurrente pidió en su demanda por la nulidad que sugiere en su recurso, cierto es que sin mucha convicción puesto que las peticiones del escrito de interposición insisten en la estimación de su demanda, es especialmente manifiesta porque, dado el largo tiempo durante el que se ha mantenido la relación contractual entre ambas partes litigantes, nada excluye que las consecuencias legales de la nulidad de los contratos pudieran resultar insatisfactorias para la parte recurrente, corriéndose el riesgo de infringir tanto el principio de congruencia como el de prohibición de reforma peyorativa o más gravosa para el recurrente” (STS 24 febrero 2010)⁽¹⁶²⁾.

n) “El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida al no haber declarado la nulidad de la cláusula contraria a lo dispuesto en la LRYDA⁽¹⁶³⁾. La estimación del recurso de casación conllevó la asunción por la Sala de casación de las facultades de instancia en virtud de las cuales estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimó la pretensión principal formulada en la demanda y estimó la petición subsidiaria consis-

(162) Id Cendoj: 28079110012010100071.

(163) El recurrente interpuso recurso de casación al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

tente en que se indemnizara al demandante por el valor económico de la mitad del lote (...) que se fijará en ejecución de sentencia atendiendo al valor actualizado que, de no existir acuerdo, se determine por el Juzgado *teniendo en cuenta las pruebas obrantes* en el proceso y las que puedan acordarse al efecto, y a desestimar las demás pretensiones reducidas en la instancia” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁶⁴⁾.

p) “La consecuencia de estimar el recurso extraordinario por infracción procesal no debe ser ninguna de las propuestas por la parte recurrente, esto es, reposición de las actuaciones para que vuelva a dictarse sentencia de apelación sin considerar de oficio la posible nulidad del complejo negocial o celebración de nueva vista ante el tribunal de apelación para que las partes puedan ser oídas acerca de dicha nulidad, sino la que impone la ley procesal de obligado cumplimiento, que para el presente caso es la regla 7ª de la D. Final 16ª LEC de 2000, toda vez que el tribunal de apelación se pronunció sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho del litigio por más que añadiera de oficio otra ajena al debate. De ahí que una reposición de actuaciones en el sentido que propone la propia parte demandada-reconviniente cuyo recurso por infracción procesal se estima carezca de sentido, pues *no cabe audiencia sobre la nulidad negocial si ésta es cuestión nueva en apelación*, y no procede nueva sentencia de apelación si todos los elementos necesarios para resolver las cuestiones litigiosas planteadas por las partes se contienen ya en la propia sentencia de apelación recurrida, cuyo silencio sobre el desahucio instado en la reconvenición no es más que una consecuencia lógica de la declaración de nulidad del usufructo y no una incongruencia omisiva como se alega en el recurso estimado. Lo que procede, en suma, es dictar nueva sentencia (...) Consecuencia final y lógica de que la nulidad del complejo negocial litigioso haya quedado al margen del proceso (en la instancia) tiene que ser la posibilidad de que la parte actora-reconvenida promueva otro juicio en el que, precisamente por incompatibilidad de ese complejo negocial con el Derecho comunitario, plantee la nulidad del usufructo constituido a favor de R. Se trata de una solución no muy distinta de la adoptada por esta Sala en su ya citada sentencia de 2-6-00 (rec. 2355/95) dejando abierta entonces la posibilidad de que el “concesionario” de la estación de servicio pudiera promover un juicio ulterior solicitando indemnización de daños y perjuicios por culpa *in contrahendo* de la compañía abastecedora (FJ 9º, párrafo último), y, además, no desautorizada por la LEC de 1881, bajo cuyo régimen se

(164) Id Cendoj: 28079110012006101133.

interpusieron demanda inicial y reconvencción, al no contener aquella ninguna norma equivalente a la del párrafo primero del apdo.1 del art. 400 LEC de 2000⁽¹⁶⁵⁾ (STS 30 junio 2009)⁽¹⁶⁶⁾.

q) “El TS entiende que en este caso no cabía la apreciación del oficio puesto que sí hay objeto del contrato (aunque no preciso): no cabe aplicar esta doctrina porque *no encaja en los supuestos* y además produce *alteración de la causa de pedir*. La acogida de los motivos que se dejan estudiados impone a esta Sala de Justicia, conforme al artículo 1715-3º de la Ley Procesal Civil, resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate y por ello ha de acogerse la demanda, debiendo en trámite de ejecución de sentencia ubicarse la nave que se discute, dentro del ámbito perimetral del polígono de referencia, y toda vez que quedó fijado en 2.755.826 pesetas la parte de precio que tiene abonado la recurrente, deberá satisfacer la diferencia que queda respecto al precio fijado en el contrato (17.500.000,-pts), es decir 4.744.174 pesetas” (STS 24 abril 1997)⁽¹⁶⁷⁾.

5.3. La restitución de lo entregado derivada de la declaración de oficio de la nulidad

27. De la doctrina jurisprudencial sobre la apreciación de oficio de la nulidad contractual, que hemos examinado con anterioridad, podemos deducir que el postulado de la tesis bipartita sobre esta facultad jurisprudencial por el que lo considera como uno de los elementos característicos del régimen procesal de la nulidad contractual, ha pasado definitivamente a la historia.

Pero tras constatar esta realidad, y tras exponer su régimen procesal, no podemos dar por concluido nuestro estudio ya que aún resta por tratar una cuestión, relacionada con la referida superación de la

(165) Conviene indicar, al respecto, que “en la actualidad, el art. 400 Lec. 2000 introduce una novedosa regla de “preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos” de gran incidencia en esta materia. La regla recoge una aspiración doctrinal basada en razones de seguridad jurídica y evitación de procesos innecesarios (vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. 2001 a, 668, con cita de DE LA OLIVA). La consecuencia práctica más importante es la de que la cosa juzgada comprenderá los fundamentos jurídicos de nulidad que pudieron aducirse pero no se adujeron en un proceso. La causa de pedir no podrá ser tenida en cuenta en el proceso porque no se ha alegado, pero tampoco en un proceso posterior por alcanzarle la cosa juzgada” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2ª, op. y loc. cit., p. 4).

(166) Id Cendoj: 28079110012009100529.

(167) Id Cendoj: 28079110001997100643.

tesis bipartita, que es precisamente la relativa a las consecuencias jurídicas de la nulidad declarada de oficio por el juzgador⁽¹⁶⁸⁾.

Tal y como expusimos en el apartado III de este trabajo, la tesis bipartita parte de una ficción consistente en identificar el contrato nulo con la inexistencia del contrato y, en consecuencia, considera innecesarias las actuaciones procesales al proyectarse sobre la nada jurídica. En el análisis de la jurisprudencia hemos podido constatar que la nulidad contractual, también la radical o absoluta, cuando accede a la sede jurisdiccional es objeto de alegaciones y pruebas de las partes, en mayor o menor medida según el supuesto material, y el juzgador se pronuncia sobre los elementos fácticos y jurídicos aportados al proceso. Desde esta perspectiva procesal, en la que presenciamos los elementos propios de cualquier acción declarativa (sujetos, *causa petendi* y *petitum*) difícilmente podemos mantener que la nulidad contractual no existe ni ha existido.

Por otro lado, esta constatación de la existencia del contrato nulo, desde el punto de vista del derecho procesal, se fortalece aún más si consideramos que, como ha entendido el Tribunal Supremo, la declaración de oficio por el tribunal de instancia de la nulidad del contrato en el que las partes fundamentaron sus pretensiones comporta no sólo la destrucción de la apariencia jurídica de dicho contrato sino también la restitución de lo entregado⁽¹⁶⁹⁾. Las entregas que realizaron las partes como consecuencia del contrato nulo, la restitución de las mismas, como consecuencia de la declaración de nulidad⁽¹⁷⁰⁾, y las dificultades inherentes a la liquidación de la situación procedente del contrato nulo, son elementos fácticos difícilmente conciliables con la pretendida inexistencia del contrato nulo y, más aún, con la pretendi-

(168) Afirma la STS de 11 de febrero de 2003 que “la acción de nulidad es declarativa y no constitutiva, de ahí que, conforme al CC, habrá de estarse al valor de la cosa en el momento de su disponibilidad (el momento es aquel en que pos su enajenación a terceros de buena fe la cosa vendida se hizo irreivindicable) y no el de la sentencia que así lo declara, limitándose a constatar una situación preexistente de la que dimana la obligación de restituir” (V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 73).

(169) Sobre este tema, V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 3^a, op. y loc. cit.).

(170) Lo que no significa que la misma sea necesaria; al respecto, defiende DELGADO ECHEVARRÍA en relación a la anulabilidad, que “conviene destacar que si se entiende, como hacemos aquí, que el contrato anulable es inválido desde su origen, no es imprescindible una declaración judicial que haga constar esta invalidez” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 32).

da innecesaria de las actuaciones jurisdiccionales porque en estos supuestos opera el ministerio de la ley.

Como muestra de lo expuesto, adelantamos las palabras del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de abril de 2009⁽¹⁷¹⁾, referidas a dicha liquidación: “dada la complejidad de las cuestiones que el tema suscita, la conveniencia de observar el principio de contradicción al no existir un planteamiento claro al respecto, y la imposibilidad de diferir la cuestión a ejecución, aconseja remitir la temática en exclusiva (efectos de la extinción contractual por declaración de nulidad) al juicio declarativo que la parte interesada estima pertinente plantear”.

28. No obstante, a continuación traemos a colación un ejemplo, entresacado de la práctica forense, que nos permitirá ilustrar en mayor medida las señaladas consecuencias derivadas de la declaración de oficio así como las dificultades inherentes a su concreta determinación y la cierta complejidad que, en ocasiones, pueden mostrar las actuaciones jurisdiccionales en esta materia. Para ello expondremos una síntesis de los Antecedentes de Hecho y los Fundamentos de Derecho de la STS 26 julio 2000⁽¹⁷²⁾.

Los demandantes (compradores) formulan demanda frente a los demandados (vendedores) solicitando al Juzgado de Primera Instancia de Ibiza (JPI) que declare (1) resuelto el contrato de compraventa de 1 de marzo de 1990 y (2) condene a los demandados a una indemnización de 22.689.179 pts (por los conceptos que se desglosan) en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por el incumplimiento (3) así como a la cantidad que resulte del lucro cesante, a determinar en ejecución de sentencia. Los demandados solicitaron la absolución y formularon reconvencción interesando (1) la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de los demandados en el pago del precio (2) se les obligue a dejar libre y a disposición de la propiedad la finca y vivienda señalando plazo para la entrega de la misma y, de acuerdo con lo convenido en el contrato (3) se determine que los vendedores harán suyas las cantidades percibidas a cuenta del precio en concepto de daños y perjuicios, con condena expresa al abono de intereses desde que incurrieron en mora los demandados. Con carácter alternativo, y para el caso de que el incumplimiento de los demandados no se considerara causa suficiente de resolución, se interesa la condena de los demandados al cumplimiento del contrato, obligándo-

(171) Id Cendoj: 28079110012009100239.

(172) Id. Cendoj: 28079110002000100990.

seles al pago inmediato del importe de 13.500.000 pts. a que asciende el resto del precio de la compra, otorgándose la escritura pública una vez efectuado el pago, y asimismo se pide la condena al pago de todos los daños y perjuicios, e intereses dejando para ejecución de sentencia el establecimiento de las bases para la liquidación y *quántum*.

El JPI estimó parcialmente la demanda con los siguientes pronunciamientos: 1) declara la nulidad del contrato de compraventa por contrariar normas urbanísticas imperativas; 2) como consecuencia del derecho que acreditan los actores, se condena a los demandados a que *restituyan la prestación que como precio* del contrato hicieron efectiva y otras por la realización de obras de ampliación según lo que resulte del estado general de cuentas firmado por la parte codemandada obrante al documento fundamental número tres de la demanda (17.795.000 pts), 3) así como de los daños morales (500.000 pts) sin intereses moratorios por no haberse solicitado y (4) se les resarza de las demás utilidades efectuadas en la porción de tierra segregada (811.190 pts) también sin intereses por no haberse solicitado (...). Se desestiman los pedimentos de la demanda en su cuantía restante (...) y se desestima totalmente la reconvencción formulada por la representación procesal de las partes codemandadas personadas, absolviendo a los actores de los pedimentos contenidos en aquélla. Se establece el interés del apartado cuarto del art. 921 LEC en relación con las cantidades expresadas, a partir de la fecha en que debiera alcanzar firmeza la sentencia.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, conociendo del recurso de apelación, desestima dicho recurso y confirma íntegramente la resolución del Juzgado.

Los demandados formularon recurso de casación articulado en cuatro motivos, todos ellos al amparo del N° 4° del art. 1692 LEC (...) En el motivo tercero, con igual amparo que los motivos anteriores, se denuncia violación por aplicación e interpretación errónea del art. 1303 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo ha interpretado y por inaplicación de los arts. 454 y 455 del Código Civil. (...)

El Tribunal Supremo, aplicando la normativa expuesta al caso de autos, hizo las siguientes apreciaciones:

- a) Obviamente son inaplicables al caso los arts. 454 y 455 CC (...) porque dichos preceptos hacen referencia a las mejoras de puro lujo o mero recreo (art. 454) y al poseedor de mala fe (art. 455) que no se acomodan al caso, pues ni se razona el supuesto de las primeras, ni se puede considerar poseedor de mala fe a los compradores”;

- b) Resulta incuestionable que debe acordarse el reintegro de las sumas pagadas como precio de la finca (y obra de ampliación), e intereses moratorios, todo ello en los términos acertados que argumenta la Sentencia recurrida;
- c) Inexplicablemente en el fallo objeto de recurso no se recoge ningún pronunciamiento relativo a la devolución de la finca (con las obras de ampliación, y utilidades a cuya indemnización se condena), por lo que en tal extremo debe estimarse el planteamiento de la parte recurrente;
- d) No procede disponer el reintegro de los frutos porque, entendidos en su sentido técnico, la finca no los produce; y por otro lado no cabe indemnizar por la hipotética ventaja económica derivada de la tenencia de la finca, por no haberse dado las condiciones para disfrutar de la misma, sin que sea suficiente al respecto la mera posesión o tenencia;
- e) En lo que atañe a las denominadas en la Sentencia impugnada “gastos y utilidades” no procede entrar en su análisis, porque el tema relativo a los gastos necesarios y gastos o mejoras útiles no se ha planteado adecuadamente;
- f) El tema relativo a las obras de ampliación no merece especial comentario, porque su realización fue condición del contrato, e incluso su construcción se efectuó por la propia parte recurrente;
- g) Por último, en cuanto al daño moral tienen razón los recurrentes de que no cabe acordar la indemnización alguna por tal concepto. Aunque en tal materia se tiende a evolucionar hacia concepciones más amplias (...) y la Jurisprudencia de esta Sala no es ajena a la admisión del daño moral indemnizable (...) sin embargo tal doctrina no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual (...). Era preciso, por consiguiente que se explicitase la base fáctica que permitiese emitir el juicio de valor, lo que no se da en el supuesto que se examina, por lo que debe acogerse el recurso en tal extremo.

Como consecuencia de lo razonado, el Tribunal Supremo estimó en parte los motivos tercero y cuarto, y, por lo tanto, casó y anuló parcialmente la Sentencia recurrida, y revocó en la misma medida la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, en el sentido siguiente: 1.- Como consecuencia de la nulidad contractual declarada, los actores deberán reintegrar a los demandados la finca objeto del contrato de compraventa (con las obras de ampliación y las utilidades respecto de las que se acordó el resarcimiento); y, 2.- No ha lugar a la condena indemni-

zatoria por daño moral fijada en aquellas resoluciones (apartado C del fallo del Juzgado).

29. Apreciadas las dificultades fácticas y jurídicas que surgen en esta cuestión pasaremos a examinar la doctrina jurisprudencial pronunciada al respecto.

- a) *Es congruente la sentencia que, una vez que ha declarado la nulidad de oficio, se pronuncia de oficio sobre la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del contrato.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de noviembre de 2005⁽¹⁷³⁾, afirma que “es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (...) la que señala que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del artículo 1303 del Código Civil (...) por lo cual (la obligación de devolver) no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio “iura novit curia”, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido”.
- b) *Declarada la nulidad contractual en la instancia resulta totalmente improcedente la reserva judicial de acciones civiles derivadas de la declaración de nulidad.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de julio de 2009⁽¹⁷⁴⁾, solventa en casación los efectos liquidatorios derivados de la nulidad contractual declarada en la instancia, sobre los que no se habían pronunciado las resoluciones de instancia por haber admitido la reserva judicial de acciones en relación a la reclamación judicial de las consecuencias derivadas de la nulidad contractual; el Tribunal Supremo considera contradictoria e inoportuna esta reserva y, en trance de instancia, adopta los acuerdos relativos al artículo 1303 del Código Civil.
- c) *Procede remitir a las partes el planteamiento del juicio que corresponda cuando, en casación, se produzca una asunción de la instancia y no se dispongan de datos suficientes para aplicar el artículo 1303 del Código Civil.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 2009⁽¹⁷⁵⁾, defiende, en asunción de la instancia como

(173) RJ, 2005, 10.198 con cita de jurisprudencia (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973, 22 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 6492], 17-16-1986 SIC y 22 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6351]). En el mismo sentido, STS 18 marzo 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100157).

(174) Id Cendoj: 28079110012009100605.

(175) Id Cendoj: 28079110012009100553.

consecuencia de la estimación el recurso, que la aplicabilidad del art. 1.303 CC a casos similares es el criterio adoptado por esta Sala y el más adecuado, en la medida en que sea posible su aplicación, para mantener el equilibrio de los intereses en juego. Como consecuencia de la aplicación del art. 1.303 CC, en lo que se refiere al contrato de arrendamiento y compra en exclusiva procede acordar la devolución del objeto arrendado y liquidación de saldos pendientes; y en lo que atañe al contrato de superficie, como la construcción revierte al concedente del derecho en los términos pactados, la entidad R.V, S.L. deberá reintegrar a S. E. S.L. (actualmente D.P.) las cantidades que procedan correspondientes a la parte proporcional de la suma de sesenta y nueve millones de pesetas (principal más IVA) satisfechos por la constitución del derecho de superficie, correspondiente al periodo no disfrutado, con intereses legales desde la fecha de entrega, y parte de la inversión realizada en la construcción que revierte a la entidad concedente del derecho de superficie pendiente de amortizar a la fecha de cesación efectiva de este derecho, con los intereses legales desde esta fecha” Y añade a continuación; “como no hay datos suficientes para concretar las cantidades que procede abonar ni cabe remitirlo a ejecución de sentencia, ni siquiera con una interpretación flexible del art. 219 LEC, procede remitir a las partes el planteamiento del juicio que corresponda”

- d) *Procede ventilar en otro juicio la restitución que pretendiera el recurrente en casación cuando en la instancia no consta dato alguno relativo a esta pretensión;* el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de marzo de 2009⁽¹⁷⁶⁾, desestimó la denuncia de la infracción del artículo 1303 del Código Civil y del artículo 218 de la LEC por no acordar la restitución del precio satisfecho. En la instancia se había procedido, por un lado, a la declaración de nulidad de la escritura pública de segregación y venta (...) y por otro a la restitución íntegra de la posesión pero nada se había declarado sobre la restitución del precio. El Tribunal Supremo argumentó la desestimación del motivo del siguiente modo; “no cabe acceder a la petición de la parte recurrente, porque la parte recurrida niega haber recibido el precio, y si, por un lado, debe decirse que nada consta en la resolución recurrida (ni en la del Juzgado de 1ª Instancia) al respecto, ni siquiera si fue objeto de debate, por otro lado, deviene incuestionable que esta Sala no puede hacer ninguna apreciación probatoria,

(176) Id Cendoj: 28079110012009100157.

ni valorando la documental ni ningún otro medio de prueba. Y tampoco la apreciación de oficio de aplicabilidad del art. 1.303 CC permite una asunción de instancia a tal efecto, pues para acordar ésta sería preciso casar la sentencia de instancia sin que exista base para ello. Por lo que, sin afectar a los legítimos intereses de las partes, el tema debe ventilarse, en su caso, en otro juicio”.

- e) *Procede remitir a la parte a un juicio declarativo en el que plantee las recíprocas restituciones derivadas de la declaración de nulidad, cuando las circunstancias del caso no aconsejen que esta cuestión se dirima de oficio en el juicio que ha declarado la nulidad contractual.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de abril de 2009⁽¹⁷⁷⁾, hace una breve referencia a una alusión del recurrente respecto a que la sentencia no establece de conformidad con el art. 1.303 CC el régimen de restitución de las prestaciones entre los contratantes. Y en concreto afirma que “aunque el comentario se efectúa dialécticamente respecto de otro tema, debe decirse que el art. 1.303 CC era aplicable al caso (pues no nos hallamos ante un supuesto de causa torpe del art. 1.306 CC) y el efecto de la nulidad de recíprocas restituciones, al tener carácter *ex lege*, debió aplicarse incluso de oficio. Sin embargo, dada la complejidad de las cuestiones que el tema suscita, la conveniencia de observar el principio de contradicción al no existir un planteamiento claro al respecto, y la imposibilidad de diferir la cuestión a ejecución, aconseja remitir la temática en exclusiva (efectos de la extinción contractual por declaración de nulidad) al juicio declarativo que la parte interesada estima pertinente plantear”.
- f) *Los efectos reintegratorios derivados de la nulidad radical son similares a los de la nulidad relativa.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de julio de 2000⁽¹⁷⁸⁾, afirma que “en cualquier caso concurre la infracción de la normativa urbanística que produce la nulidad contractual (arts. 6.3 y 1255 CC) que aprecia la Sentencia recurrida, sin que se produzca problema alguno en relación con los efectos reintegratorios derivados de la ineficacia al ser similares los de la nulidad radical y los de la nulidad relativa, como señala reiterada jurisprudencia”.

(177) Id Cendoj: 28079110012009100239.

(178) STS 26 julio 2000 (Id. Cendoj: 28079110002000100990) que cita jurisprudencia en el mismo sentido (Sentencias 29 octubre 1956, 22 septiembre 1987, 30 diciembre 1996, 16 mayo de 2000, entre otras).

g) *Si el artículo 1303 CCi resulta insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual es procedente acudir a la aplicación de otras normas.* La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 2000⁽¹⁷⁹⁾, estimó en parte los motivos alegados por el recurrente sobre la interpretación errónea del artículo 1303 CCi y la infracción de la doctrina jurisprudencial que veda el enriquecimiento injusto. Al respecto, el Tribunal Supremo afirmó que “el art. 1303 CC establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (...) El precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y ss.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y ss.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto”. El Alto Tribunal casó y anuló parcialmente el fallo de la sentencia recurrida relativo a la restitución recíproca, estimando en parte la alegación del recurrente, y declaró que, 1) como consecuencia de la nulidad contractual declarada, los actores deberán reintegrar a los demandados la finca objeto del contrato de compraventa (con las obras de ampliación y las utilidades respecto de las que se acordó el resarcimiento), reintegración que inexplicablemente no constaba en el fallo objeto de recurso; y, 2) no ha lugar a la condena indemnizatoria por daño moral fijada en aquella resolución.

h) *La declaración de oficio de la nulidad supone dar lugar a una sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos con*

(179) STS 26 julio 2000 (Id. Cendoj: 28079110002000100990) que afirma que “la Jurisprudencia viene declarando que el precepto (1303 del Código Civil) tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 30 diciembre 1996), de tal modo que cuando el contrato hubiere sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración (SSTS 29 octubre 1956, 22 septiembre 1989 y 28 septiembre 1996). Por lo tanto, debe darse lugar a la reposición de las cosas y el reintegro del precio (STS 28 septiembre 1996), devolver el dinero percibido con los intereses (STS 23 junio 1997)”.

las consecuencias restitutorias de ello derivadas. El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 1993⁽¹⁸⁰⁾, desestimó el recurso de casación —en uno de cuyos motivos pretendía el recurrente que la Audiencia Provincial hubiera declarado de oficio la nulidad del contrato en el que fundamentó su demanda— y argumentó el rechazo afirmando que “la doctrina permisiva de la declaración de oficio por los Jueces y Tribunales de la nulidad o inexistencia de los contratos, no puede servir, por el carácter excepcional y restrictivo con que ha de ser ejercitada por el Juzgador esa facultad, para suplir, como se pretende en el motivo, la inactividad del actor declarando la inexistencia del repetido contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en autos con las consecuencias restitutorias de ello derivadas. Por estas razones procede el rechazo del motivo”.

(180) Id Cendoj: 28079110001993100664.

CAPÍTULO X

EFFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS



LOS EFECTOS DEL CONTRATO

Por Alejandro BORDA⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Presentación del tema. 2. La fuerza obligatoria del contrato. 3. La autonomía de la voluntad. 4. Las partes. 5. Los sucesores universales. 6. Los Sucesores Singulares. 7. Los Acreedores. 8. Los Terceros "*penitus extranei*". 9. Contratos a favor de terceros. 9.1. Cuestiones generales. 9.2. Los requisitos. 9.3. Efectos. 9.3.1. Vínculo estipulante/promitente. 9.3.2. Vínculo promitente/tercero. 9.4. Otras aplicaciones. 10. El contrato en nombre del tercero. 11. El contrato a cargo del tercero. 12. El contrato que daña a un tercero. 13. El tercero que daña un contrato que él no ha celebrado. 14. La cesión del contrato. 14.1. Cuestiones generales. 14.2. Forma. 14.3. La garantía del cedente. 14.4. Derechos del cedido y del cesionario. 14.5. Las garantías dadas por terceros. 15. El subcontrato. 16. Final.

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

El tema de los efectos del contrato abarca dos cuestiones diferentes.

Por un lado, lo que podemos denominar las consecuencias propias del contrato; por el otro, las repercusiones de ese contrato en las personas.

Para tratar la primera cuestión es necesario recordar que los efectos del contrato son los de crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. En otras palabras, que el contrato es la causa fuente de las obligaciones. Dicho esto, es preciso poner de relieve la libertad que existe para configurar ese contrato, la obligatoriedad de lo allí acordado y también los límites que la propia legislación puede imponer.

A esto me referiré cuando abordemos los temas de la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato, sin olvidar que, si bien los contratos son celebrados para ser cumplidos, necesariamente deben preverse normas que permitan morigerar excesos que pueden provocarse, ya sea por acontecimientos ajenos a las partes, ya sea por la diferencia de poder de negociación que puede llegar a existir. Esto,

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Argentina. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

también permitirá echar una mirada sobre las políticas públicas que intentan tener injerencia en los contratos privados.

Al tratar la segunda cuestión apuntaremos a que los efectos generados por el contrato y, en general, por todo acto jurídico, recaen sobre las partes intervinientes y sobre sus sucesores (art. 503, Cód. Civil argentino). Son partes aquellos sujetos que, por sí o por representante, se han obligado a cumplir determinadas prestaciones y han adquirido ciertos derechos⁽²⁾.

La norma citada consagra el principio *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*⁽³⁾; esto es, que los actos jurídicos obligan solamente a las partes y, consecuentemente, no producen efectos respecto de terceros. Sin embargo, la cuestión no es tan lineal.

Ante todo, es necesario señalar que el principio *res inter alios acta* sólo rige en los actos bilaterales; pues normalmente los actos unilaterales (como es el caso del testamento) producen efectos respecto de terceros⁽⁴⁾. De hecho, el Código Civil argentino vincula el citado principio sólo con los contratos (arts. 1195 y 1199). Pero, incluso, hemos de ver en este trabajo que los contratos pueden afectar a los terceros o repercutir en los intereses de los acreedores de las partes contratantes.

Es necesario, entonces, tratar y analizar separadamente los sujetos que he nombrado precedentemente, para lograr determinar los efectos que los actos jurídicos generan en ellos.

Éste es el tema que he elegido para este trabajo en justo homenaje a quien me recibiera en su cátedra de Contratos en la Universidad de Buenos Aires y dirigiera mi tesis doctoral, el Dr. Ricardo Lorenzetti, actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y profundo publicista. Va, entonces, mi agradecimiento por su compañía y mi respeto por su capacidad intelectual.

Empecemos con el desarrollo de los temas propuestos.

2. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

Ya se ha dicho que los efectos del contrato son los de crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. Ahora bien, es necesario

(2) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, N° 873.

(3) "Lascosashechasentreotros, nopuedenperjudicarniaprovecharalosdemás".

(4) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, N° 872.

establecer las razones por las cuales ese acuerdo de voluntades, que llamamos contrato, resulta obligatorio para las partes; o, con otras palabras, por qué motivos el contrato debe ser cumplido.

Para dar fundamento a esta fuerza obligatoria del contrato se ha recurrido a diversas ideas⁽⁵⁾. Así, en el derecho canónico se invocó la idea del orden moral, basada en que, quien no cumplía con la palabra empeñada, incurría en una mentira que violaba directamente uno de los Diez Mandamientos; existe, por tanto, una regla ética de conducta que impone el deber de conciencia de respetar la palabra empeñada. Más tarde, la Escuela de Derecho Natural hizo hincapié en la idea del pacto social, por el cual los contratos obligan a sus celebrantes en tanto existiría un convenio anterior y tácito, otorgado contemporáneamente a la constitución de la vida social, y por el cual los hombres se habrían obligado a ser fieles a sus promesas.

Para la Escuela Filosófica del Derecho el fundamento de la obligatoriedad de los contratos se encuentra en el hecho de que el hombre dicta su propia ley. Es el mismo hombre quien voluntariamente se somete a lo convenido; —de alguna manera, se autoacciona—. En esta línea, Messineo ha afirmado que la obligatoriedad del contrato surge del hecho de que las partes han aceptado libremente su contenido, suscribiendo también la limitación de las respectivas voluntades que de él derivan, y surge además de la confianza suscitada por cada contratante en que el otro cumplirá con la promesa que ha hecho⁽⁶⁾.

Las ideas expuestas procuran dar sustento a algo que resulta no sólo evidente, sino fundamental: como principio general, el contrato celebrado debe ser cumplido. Y ésta es también la idea del codificador argentino cuando dispone que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art. 1197, Cód. Civil). Parece claro que Vélez Sarsfield ha querido asimilar los efectos del contrato a los efectos de la ley; sin embargo, no existe una asimilación plena. En efecto, no establece que el contrato es ley para las partes —como sí lo hace el Código Napoleón cuando dispone en su art. 1134 que “las convenciones legalmente formadas equivalen a la ley para los que lo celebraron” —, sino que éstas se someten al contrato “como” a la ley misma⁽⁷⁾. Ello implica que existe

(5) Véase por todos, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 324.

(6) MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, EJE, 1952, T. I, p. 52.

(7) De alguna manera, la doctrina francesa había reaccionado ante la contundencia del art. 1134. Bien recuerda STIGLITZ que Marcadé afirmó que lo que la nor-

un espacio en el que se introduce la regla moral —regla moral esta que —por un lado— obliga a respetar y cumplir la palabra empeñada, pero —por el otro— impide que puedan consagrarse situaciones de aprovechamiento —subjetivo u objetivo⁽⁸⁾— de un contratante sobre otro.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Moisá señala que la autonomía de la voluntad —que designa, según su etimología, el poder que tiene la voluntad de darse su propia ley⁽⁹⁾— es la cualidad de la voluntad en cuya virtud el hombre tiene la facultad de autodeterminarse y autorresponsabilizarse, conforme a los dictados de su conciencia, sin más límites que las idénticas y concurrentes facultades de otros hombres⁽¹⁰⁾. Con palabras de Mosset Iturraspe, puede decirse que el principio de la autonomía de la voluntad implica la posibilidad de gobernarse a uno mismo, que nace de una delegación del orden jurídico⁽¹¹⁾.

La autonomía de la voluntad se vincula estrechamente con la fuerza obligatoria del contrato, en tanto lo que se procura es que el contrato libremente pactado (esto es que haya sido celebrado con pleno discernimiento, intención y libertad, art. 897, Cód. Civil argentino) obligue, sin más, a las partes. En otras palabras, el mero consentimiento contractual, prescindiendo de toda otra formalidad, obliga a los contratantes, pues si bien las personas son libres de obligarse o no, una vez que se han obligado deben cumplir la obligación asumida o responder por su incumplimiento⁽¹²⁾.

Durante el siglo XIX, el individualismo reinante exaltó la idea de la autonomía de la voluntad, consagrada en la fórmula del *laissez faire, laissez passer*. Ya la Declaración de los Derechos del Hom-

ma sostenía era que las convenciones forman una regla a la cual las partes deben someterse como a la ley misma, lo que fue recogido por Vélez en el art. 1197 aunque no lo haya citado en la nota respectiva (STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 481).

(8) Por caso, la excesiva onerosidad sobreviniente y el aprovechamiento de la situación de inferioridad.

(9) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 479.

(10) MOISÁ, Benjamín, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, N° 13.

(11) Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 321.

(12) MOISÁ, Benjamín, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, N° 15.

bre, en el año 1789, disponía que todo aquello que no fuese objeto de prohibición estaba permitido (art. 5º). Se entendía que *qui dit contractuel dit juste* —como lo decía tantos años atrás Fouillée⁽¹³⁾—. Había que dejar a los contratantes que celebraran sus contratos libremente, pues ellos mismos serían los mejores defensores de sus propios intereses y así se lograría un orden económico de equilibrio y crecimiento.

El Estado debía, entonces, limitarse a asegurar ese libre juego de la autonomía de la voluntad, en dos aspectos centrales de la libertad humana en el mundo de los contratos: las denominadas libertad de contratar y libertad contractual. La libertad de contratar apunta, por una parte, a la libertad que toda persona tiene de contratar o de no contratar, y, por otra parte, a la libertad de elegir con quien contratar⁽¹⁴⁾. La libertad contractual —también llamada libertad de configuración—, en cambio, se refiere a la libertad para fijar el contenido del contrato⁽¹⁵⁾.

En este marco de amplia libertad, las únicas restricciones a la contratación venían de la mano de los principios de orden público⁽¹⁶⁾ y de buenas costumbres⁽¹⁷⁾, y en la limitación que impone la necesidad de

(13) Citado por REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Astrea, 1987, N° 120.

(14) En un sonado caso, se establecieron límites a la libertad de elegir el contratante. En una muy apretada síntesis, se trataba de una locación inmobiliaria, cuya contratación había sido llevada a cabo por una intermediaria. En cierto momento de las negociaciones previas, cuando quien quería alquilar había cumplido con los diferentes requisitos pedidos por la dueña del inmueble, la intermediaria le comunicó al propuesto inquilino que la dueña del inmueble no iba a alquilárselo por su condición de judío. El tribunal entendió que más allá de la libertad de elegir el contratante, no podía caerse en actos de tamaño carácter discriminatorio, lo que llevó a condenar a la dueña del bien a reparar los daños morales causados (CNCiv., Sala J, 11/10/06, “Hertzriken, Luciano y otro c/Sanfuentes Fernández, Magdalena s/ daños y perjuicios”, ED, 220-266, con nota parcialmente crítica de Ricardo Wetzler Malbrán y Cecilia Wetzler Malbrán).

(15) Los Principios de UNIDROIT sintetizan ambas libertades en una norma: “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido” (art. 1.1.).

(16) Los ya mencionados Principios de UNIDROIT tienen en cuenta esto en cuanto disponen que “estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado” (art. 1.4.).

(17) El art. 21 del Código Civil argentino dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

que la contratación sea lícita⁽¹⁸⁾ y no afecte derechos de terceros. Era inadmisibles que la ley o los jueces se inmiscuyeran en la vida de los contratos: las leyes intervencionistas afectarían el equilibrio que debe reinar en el contrato, por lo que sólo pueden admitirse leyes supletorias que tiendan a cubrir los vacíos que hubieran dejado los contratantes; los jueces deben limitarse a obligar al incumplidor a que cumpla su obligación, careciendo de toda facultad para morigerar o atenuar los efectos del contrato⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, ya entrado en el siglo XXI, resulta indudable que los ideales de libertad e igualdad pregonados por la Revolución Francesa se han demostrado falsos: no todos somos iguales⁽²⁰⁾ ni todos somos libres para contratar; menos aún para discutir cada cláusula. O ¿puede sostenerse seriamente que existe plena libertad —por ejemplo— en un fiador que se ve obligado a garantizar un contrato por el que no obtiene beneficio alguno? ¿Existe tal libertad, acaso, cuando se celebra un contrato de apertura de cuenta corriente bancaria, en el que el peticionante sólo tiene la posibilidad de firmar el contrato preimpreso que le presenta el banco o quedarse sin la ansiada cuenta corriente?

Es necesario dejar a un lado la utopía del contrato ideal para hacer jugar el contrato real, el que atiende a las diferencias. La criticada posición importa volver a ideas perimidas, de un endiosamiento de la autonomía de la voluntad inaceptable. El derecho abandonaría su papel protector del débil y las consecuencias serían tenebrosas. No resultaría inimaginable que se pregonara luego la desaparición de la lesión, el abuso del derecho, la imprevisión, la protección de los consumidores.

Hoy, a los históricos límites de la autonomía de la voluntad conformados por los principios de orden público y de buenas costumbres, la necesaria licitud de la contratación y la no afectación de terceros, deben añadirse las normas imperativas, la regla moral, la buena fe contractual⁽²¹⁾, el ejercicio regular de los derechos y la equidad —que, vale

(18) Puesto que la obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto (art. 502, Cód. Civ. argentino).

(19) Véase STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 485.

(20) Con todo, debe recordarse que el ideal revolucionario de la igualdad apuntaba a eliminar los privilegios e inmunidades que gozaban los nobles y el clero en perjuicio de los burgueses (cf. STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 480).

(21) Enseña BUSTAMANTE ALSINA que “la buena fe representa un punto de contacto entre el Derecho y la moral, una especie de tracto de unión entre estas dos disciplinas, permitiendo a la moral acceder a la vida jurídica y asegurando una

aclararlo, no es sinónimo de equivalencia económica— de las prestaciones.

Por otra parte, es visible que existen contratos en donde las libertades configurativas de la autonomía de la voluntad tienden a desaparecer. Así, en los contratos de adhesión, la libertad contractual queda absolutamente conmovida, en tanto el contenido del contrato es configurado exclusivamente por el proponente, quedándole al adherente sólo el derecho (la libertad) de contratar o no contratar. En otras ocasiones, la propia libertad de contratar parece desaparecer —es el caso de los denominados “contratos forzosos”— en el que el sujeto está obligado a contratar, como ocurre con el contrato de seguro automotor obligatorio previsto en el art. 68 de la ley 24.449.

Sin caer en excesos o abusos intervencionistas, que se han mostrado no sólo inútiles sino —peor aún— contraproducentes⁽²²⁾, parece claro que existe una necesidad de apuntalar la idea del contrato justo. Hace ya más de cuarenta años, el Papa Paulo VI proclamaba que “el consentimiento de las partes si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato”; y continuaba afirmando respecto a los contratos internacionales, que “una economía de intercambio no puede seguir descansando sobre la sola ley de la libre concurrencia, que engendra también demasiado a menudo la dictadura económica. El libre intercambio sólo es equitativo si está sometido a las exigencias de la justicia social”⁽²³⁾.

4. LAS PARTES

Ya he señalado que las partes son aquellos sujetos que, por sí⁽²⁴⁾ o por representante (legal o voluntario), se han obligado a cumplir determi-

mejor adecuación del Derecho a la regla moral”. Y añade, “ella es también, con la equidad, un medio de individualizar la aplicación de la regla de Derecho” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La autonomía de la voluntad. La fuerza obligatoria del contrato y el principio de la buena fe”, en *Contratos - Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, N° VI).

(22) Basta recordar, en Argentina, las leyes de prórroga de las locaciones que terminaron perjudicando a los propios locatarios a quienes se pretendía beneficiar, con una disminución vertical de la oferta inmobiliaria, o la normativa de emergencia sancionada a partir del año 2001 que generó una importantísima transferencia de capital de los acreedores a los deudores.

(23) PAULO VI, *Populorum Progressio*, versión digital online, N° 59.

(24) Lo que importa es que el que contrata lo haga en nombre propio, pues aunque actúe en interés ajeno (como el comisionista) mientras lo haga en nombre propio, sólo él queda obligado (ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 426).

nadas prestaciones y han adquirido ciertos derechos. La idea del cumplimiento de la obligación asumida se ve reafirmada en el art. 1197 del Código Civil cuando dispone que lo pactado en los contratos constituye para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Por lo tanto, son partes quienes se han puesto de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, concurriendo a la formación y consentimiento del contrato⁽²⁵⁾.

Lo expuesto es suficiente para poner de relieve la importancia de “las partes”, quienes —como regla general— resultan esenciales para la formación del contrato. Al hablar de la esencialidad de las partes, no estoy apuntando a que el contrato tenga que ser celebrado por personas (físicas o jurídicas), lo que es obvio, sino a la importancia intrínseca del sujeto que contrata. En otras palabras, no es lo mismo contratar con Andrés o con María, pues su cocontratante ha tenido en cuenta al momento de celebrar el contrato su solvencia económica y moral, su buen nombre, etc.

Por excepción, existen contratos en los que el valor de la persona contratante es menor, como ocurre en los contratos que tienen por objeto cosas fungibles o generan obligaciones de hacer fungibles, en tanto existe la posibilidad de obtener lo querido por otras vías (por ejemplo, a través de la ejecución de la obligación por un tercero, arts. 626 y 630, Cód. Civil argentino). Pero, aun en este caso, la solvencia del deudor no es intrascendente pues mantiene su importancia al momento de resarcir el daño ocasionado.

5. LOS SUCESOSES UNIVERSALES

El sucesor universal es aquel a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona (art. 3263, Cód. Civil argentino). Ahora bien, los efectos que recaen sobre las partes se transmiten a los sucesores universales, de conformidad con lo que establece el ya mencionado art. 503. A ello, cabe añadir que el art. 3279 del mismo cuerpo legal dispone que la sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive y a quien la ley o el testador llama para recibirla.

Todo lo dicho responde al principio establecido por el art. 3417 del código citado que dispone que el heredero *continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era*

(25) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 335.

propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión⁽²⁶⁾. De lo expuesto se desprende que, en nuestro sistema jurídico, el único supuesto de sucesor universal es el del heredero⁽²⁷⁾; por lo tanto, no existe sucesión universal por acto entre vivos⁽²⁸⁾.

Como se advierte, el sucesor universal ocupa el lugar del causante. Afirmar esto importa sostener que el sucesor universal es dueño de las cosas que pertenecían al causante, carga con las obligaciones que pesan sobre las cosas recibidas y se constituye en parte de los negocios jurídicos celebrados por el causante (arts. 3417, 3266 y 1195, Cód. Civil argentino).

Este principio, me apuro en señalarlo, no es aplicable en todos los casos. La primera excepción está informada por el propio art. 3417, en cuanto impide su aplicación cuando se tratase de derechos no transmisibles por sucesión. ¿Y cuáles son estos derechos intransmisibles por sucesión? Los que respondieran a obligaciones *intuitae personae*, o estuvieran prohibidas por la ley o por el mismo acto (art. 1195, Cód. Civil argentino).

Son obligaciones *intuitae personae* aquéllas en donde se tienen particularmente en cuenta habilidades propias del deudor, como es el caso de la pintura encargada a un artista. Un típico ejemplo de un derecho intransmisible por estar prohibido por la ley es el nacido de un pacto de preferencia, el cual no puede pasar a los herederos del vendedor pues así lo dispone el art. 1396 del Código Civil argentino. Obvio es señalar, finalmente, que cuando la ley menciona la transmisión prohibida por el mismo acto está haciendo referencia al pacto contractual por el cual las propias partes impiden que los derechos y obligaciones allí nacidos se transmitan a los herederos.

A los casos señalados, caben añadir otros dos supuestos de derechos intransmisibles por vía sucesoria⁽²⁹⁾. Ellos son los derechos na-

(26) No está de más recordar que los herederos forzosos entran en la posesión de la herencia en el momento mismo de la muerte del causante (art. 3410, Cód. Civ. argentino), en tanto que el heredero testamentario y el heredero legítimo necesita que el juez lo ponga en posesión de la herencia (arts. 3412 y 3413, Cód. Civ. argentino).

(27) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 337.

(28) RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, N° 1161.

(29) RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, N° 1163 b).

cidos de las relaciones de familia (como los derivados de la patria potestad) y los llamados derechos personalísimos (como, por ejemplo, el derecho al honor o a la vida), aunque en este último caso pueden transmitirse algunas consecuencias patrimoniales generadas por la agresión a ese derecho tutelado⁽³⁰⁾.

Además, no es posible olvidar el abrupto cambio producido por la ley argentina 17.711 en esta materia, ley que reformó el Código Civil y estableció que debía presumirse como regla que toda aceptación de herencia ha sido hecha bajo beneficio de inventario (art. 3363), lo que permite al heredero separar su propio patrimonio del heredado.

6. LOS SUCESOES SINGULARES

En una situación análoga, pero de ninguna manera igual, se encuentra el llamado sucesor particular, que es quien sucede a otro en determinados derechos y obligaciones. La distinción es clara: mientras el sucesor universal ocupa de manera integral el lugar del causante; el sucesor singular sólo lo ocupa cuando se trata de precisos derechos y obligaciones.

La diferencia es esencial: mientras el sucesor universal responde con todo su patrimonio (desde luego, si hubiera perdido el beneficio de inventario) por las deudas contraídas por el causante, pues ocupa el lugar de éste, el sucesor particular sólo está obligado con la cosa transmitida (art. 3266, Cód. Civil argentino). En otras palabras, la cosa es el límite de la responsabilidad del sucesor singular⁽³¹⁾. La cosa es el único vínculo entre las partes; en lo demás, las partes intervinientes y sus patrimonios permanecen independientes⁽³²⁾.

Es sucesor singular quien adquiere una cosa mueble o inmueble por el título que sea, lo que puede ocurrir por un acto entre vivos (por

(30) Algunos autores añaden que tampoco procede la transmisión cuando ella es contraria a la naturaleza misma del contrato (ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 428; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 338). Aunque la idea resulta atrayente, no es bueno el ejemplo que se da —que los efectos del contrato de constitución de usufructo terminan con la muerte del usufructuario— toda vez que constituye una típica prohibición de la transmisión por disposición legal, pues expresamente el art. 2920 del Código Civil argentino dispone que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario.

(31) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, N° 877 bis.

(32) MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 339.

ejemplo, un contrato) o por un acto de última voluntad (*v.gr.*, un legado testamentario). El adquirente goza todos los derechos que sobre esa cosa tenía el enajenante, pero —a la vez— debe respetar las condiciones que la afectaban. Veamos algunos ejemplos.

a) El adquirente goza de la llamada garantía de evicción, por la cual el enajenante responde por las turbaciones de derecho que aquél sufriere, aun cuando la causa de esa turbación fuera anterior a su propia adquisición (art. 2091, Cód. Civil argentino) e, incluso, por cuestiones vinculadas al título de propiedad anteriores al momento en que se le transmitió la cosa.

b) El adquirente debe respetar los derechos que gravan la cosa adquirida. Así (i) debe soportar las cargas reales (*v.gr.*, hipotecas o prendas) que gravan el bien y que hubieran sido constituidas con anterioridad a su adquisición; (ii) debe pagar las llamadas obligaciones *propter rem*, tal sería el caso de las expensas comunes que se adeudasen en un inmueble sometido a propiedad horizontal con anterioridad a la fecha de la transmisión o las deudas de medianería que proviniesen del uso del muro medianero; (iii) debe respetar los derechos reales (usufructo, uso o habitación) constituidos con anterioridad a su adquisición, etc.⁽³³⁾. Pero, a la vez, gozará de derechos añadidos al título original o accesorios al objeto adquirido (art. 3268, Cód. Civil argentino), como sería el caso de las servidumbres activas que lo favorecen.

c) El adquirente debe respetar ciertos derechos personales pre-existentes. Es lo que ocurre con la venta de una propiedad arrendada (art. 1498, Cód. Civil argentino), donde el nuevo dueño deberá tolerar las condiciones pactadas originalmente en el contrato de locación pero, a la vez, tendrá derecho para exigirle al locatario el pago del canon⁽³⁴⁾.

Finalmente, es necesario establecer qué efectos tienen los negocios jurídicos celebrados por el transmitente de una cosa a título singular respecto de su sucesor. Mientras el art. 3267 del Código Civil argentino dispone que *el sucesor particular puede prevalerse de los contratos hechos con su autor*, el artículo siguiente establece que el sucesor particular no puede pretender aquellos derechos de su autor que, aun cuando se refieran al objeto transmitido, no se fundan en obligaciones

(33) RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, N° 1164 b).

(34) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, N° 872.

que pasen del autor al sucesor, excepto que tales derechos deban ser considerados accesorios de la cosa adquirida por disposición de la ley o del contrato.

¿Cómo resolver esta contradicción? Rivera recurre, con buen criterio, a la opinión de nuestro Codificador en la nota al art. 3268, en donde sostiene que “el comprador de un terreno no tiene acción contra el empresario, para hacerle cumplir la obligación de una construcción en el terreno que el empresario hubiese contratado con el vendedor”. De ello se desprende que el sucesor particular no puede invocar los contratos hechos por su autor, debiéndose considerar que el art. 3267 se refiere sólo a los negocios jurídicos en los cuales se hubieren adquirido derechos en beneficio directo de la cosa, como son los derechos de medianería⁽³⁵⁾.

7. LOS ACREEDORES

El acreedor de una de las partes del acto jurídico no ocupa el lugar de éste. En otras palabras, las partes siguen siendo ellas y tienen libertad para negociar acuerdos y celebrar contratos; incluso, al acreedor de una de ellas no se le puede reclamar nada vinculado con eventuales incumplimientos de su deudor, pues es ajeno al acto celebrado.

Sin embargo, está claro que al acreedor le importa la conducta de su deudor. Adviértase que el patrimonio de éste integra la garantía común de los acreedores y, por lo tanto, será sobre este patrimonio donde podrá cobrarse lo que se le debe. Por ello, todo ingreso o egreso de bienes repercute económicamente sobre el crédito y genera mayores o menores posibilidades de hacerlo efectivo⁽³⁶⁾.

Ello lleva necesariamente a procurar un delicado equilibrio entre dos situaciones: por un lado, la libertad del deudor para poder seguir concretando negocios sin ser controlado por su acreedor, para continuar administrando y explotando sus bienes; y, por el otro, el derecho del acreedor a proteger el patrimonio de su deudor para asegurar el cobro de su crédito.

Para Mosset Iturraspe la cuestión pasa sustancialmente por la buena o mala fe del deudor. Mientras actúe de buena fe, el acreedor no

(35) RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, N° 1164 c).

(36) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, N° 878.

puede controlar su actividad; si hay mala fe, el acreedor tiene derecho a intervenir para preservar la garantía de su crédito⁽³⁷⁾.

La ley le reconoce al acreedor diferentes derechos. En efecto:

a) Puede pedir todo tipo de medidas precautorias en garantía de su crédito.

b) Puede iniciar las demandas llamadas de integración de patrimonio, tales como las acciones de simulación, subrogatoria⁽³⁸⁾ y revocatoria (también llamada pauliana) que, en definitiva, le permiten reclamar que le sean inoponibles los negocios jurídicos que hayan provocado o agravado la insolvencia del deudor.

c) Puede ejecutar ante el incumplimiento del deudor.

d) En ciertos casos, puede ejercer la acción directa; esto es, la posibilidad de que el acreedor perciba de un tercero lo que éste le adeuda a su deudor. Es el caso del locador de una cosa que tiene derecho a demandar directamente contra el sublocatario por lo que éste le adeuda en concepto de alquileres al locatario. Del ejemplo se desprende que son condiciones de su ejercicio, la existencia de un crédito exigible, una deuda correlativa y que la deuda del tercero sea disponible y homogénea con la que tiene su propio deudor⁽³⁹⁾.

8. LOS TERCEROS “PENITUS EXTRANEI”

Tradicionalmente se sostenía que mientras los derechos reales tenían efectos *erga omnes*, los derechos personales sólo tenían efectos *interpartes*. En otras palabras, aquéllos afectaban a todas las personas (así, el derecho de dominio debe ser respetado por quienes no son los dueños), éstos sólo a los que habían celebrado el acto. La cuestión, sin embargo, no es tan lineal.

En verdad, lo que se sostiene respecto de los derechos reales es aplicable a los derechos personales. Adviértase que el efecto *erga om-*

(37) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 342. En igual sentido: ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 432.

(38) Lo que le permite anotar y reinscribir prendas o hipotecas, interrumpir prescripciones, reclamar daños que se hayan derivado del incumplimiento del contrato celebrado entre su deudor y el tercero, etc. (ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 432).

(39) ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 435.

nes importa que el derecho que uno de los miembros de la comunidad tiene sobre una cosa sea respetado por los restantes miembros. Y ello también ocurre en materia de derechos personales, pues el derecho personal que uno tiene debe ser respetado por los demás miembros de la comunidad⁽⁴⁰⁾.

Señala Mosset Iturraspe que, más allá de lo que dispone el art. 1199 del Código Civil argentino, los terceros pueden invocar la existencia del contrato, las obligaciones engendradas o su incumplimiento, y no tienen derecho a desconocer tales vínculos, a pretender ignorarlos y, menos aún, a interferir en el derecho de crédito⁽⁴¹⁾. Lo que el tercero no puede hacer es invocar el contrato que no ha celebrado para aducir derechos contra los propios contratantes⁽⁴²⁾, ni puede dañar injustamente los derechos que nacen de ese contrato, con fundamento en la regla *alterum non laedere* (art. 43, Constitución argentina; art. 1109, Cód. Civil argentino)⁽⁴³⁾.

Incluso, más allá de lo expresado, existen actos que afectan a los terceros. Bien ha apuntado Guillermo A. Borda⁽⁴⁴⁾ que: a) los terceros deben respetar el *status* legal del matrimonio; b) las convenciones colectivas de trabajo crean derechos y obligaciones que afectan a personas ajenas al acto; c) en el caso de las fundaciones, los terceros beneficiados —en la medida en que estén determinados— adquieren derechos que son exigibles por el solo motivo de haber sido indicados en el acto fundacional; y d) los terceros son beneficiados en la llamada estipulación por otro, que veremos en el apartado siguiente.

Como se advierte, lo que importa es que el acto jurídico no perjudique a los terceros (art. 1195, Cód. Civil argentino)⁽⁴⁵⁾, que no les

(40) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, N° 752; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 344.

(41) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 344. En igual sentido, STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 478.

(42) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 508.

(43) DE LORENZO, Miguel Federico, “Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2007, 240, N° I.C).

(44) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª edición actualizada por Guillermo J. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, N° 880.

(45) ORGAZ, Alfredo, “El damnificado indirecto (acerca del art. 1079 del Código Civil)”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, La Ley, T. 49, p. 1091; ECHEVESTI, Carlos A. *Código Civil*, BUERES-HIGHTON (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 1998, T. 2A, p. 48.

impongan obligaciones, pero indudablemente los afecta. Por ello, es válido afirmar que el acto jurídico es oponible a los terceros⁽⁴⁶⁾.

9. CONTRATOS A FAVOR DE TERCEROS

9.1. Cuestiones generales

Dispone el art. 504 del Código Civil argentino⁽⁴⁷⁾ que *si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada*. Como se ve, el derecho del tercero está sujeto a una condición suspensiva (la aceptación del beneficio), la que una vez producida opera retroactivamente (arg. art. 543, Cód. Civil argentino); esto es, se entiende que la adquisición resulta perfeccionada a partir de la fecha de la estipulación que era la causa del crédito condicional del tercero⁽⁴⁸⁾.

La legislación extranjera también ha incorporado esta figura, desarrollándola más ampliamente (arts. 443/51, Cód. Civ. portugués; 1457/69, Cód. Civ. peruano; 436/8, Cód. Civ. brasileño; 328/35, Cód. Civ. alemán), lo que resulta conveniente. El último Proyecto de Reforma del Código Civil en Argentina, del año 1998 (arts. 982/5), ha seguido esas huellas.

El acto jurídico se celebra entre dos sujetos, a los que se les llama estipulante y promitente. Este contrato a favor de un tercero importa la existencia de un acuerdo mediante el cual uno de los celebrantes (el estipulante) conviene con la contraparte (el promitente) que la obli-

(46) DE LORENZO, Miguel Federico, "Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato", en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2007, 240, N° I.C). Este autor pone de relieve que "al ceder el dogmatismo de la relatividad contractual se abrió paso tanto a la fructífera noción de los contratos conexos, como a una forma de tutela externa del crédito a través de la responsabilidad extracontractual".

(47) Se ha hecho notar acertadamente y de manera unánime, la impropia ubicación de esta norma (véase por todos ECHEVESTI, Carlos A. *Código Civil*, BUERES-HIGHTON (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 1998, T. 2A, p. 52). De manera predominante se ha sostenido que si la norma regula el contrato a favor de terceros debió ser ubicada en el Libro II, Sección 3ª que se refiere a las obligaciones que nacen de los contratos; sin embargo, por mi parte, y considerando que también existen actos jurídicos que pueden favorecer a un tercero (piénsese en el legado testamentario con cargo) parece mejor situarla en el Libro II, Sección 2ª, Título II que se refiere a los actos jurídicos.

(48) LLAMBÍAS, Jorge J. *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, T. II-A, p. 67.

gación asumida por esta última no sea cumplida con aquél sino con un tercero (el beneficiario). El ejemplo más común de esta figura es el contrato de seguro de vida, en donde la indemnización no es pagada por la aseguradora a quien ha celebrado el contrato (y abonado las consiguientes primas) ni a sus herederos, sino a la persona indicada como beneficiario por el asegurado⁽⁴⁹⁾.

9.2. Los requisitos

Veamos ahora algunos requisitos que se exigen.

Para que exista contrato a favor de un tercero es imprescindible que el estipulante actúe en nombre propio. En efecto, si actuara en nombre del tercero estaría obrando como mandatario o apoderado y, consiguientemente, la parte contratante sería el propio tercero representado. Además, el tercero no puede ser un mero autorizado a recibir la prestación, pues en tal caso estaría actuando como un simple mandatario del estipulante, que debe rendir cuentas⁽⁵⁰⁾. Por otra parte, el estipulante debe actuar con un interés, que puede ser pecuniario o simplemente de afección⁽⁵¹⁾, pero que debe ser legítimo, pues si faltare tal legitimidad, el acto sería nulo. Un ejemplo de ello lo encontraríamos en el contrato de compraventa cuando el estipulante pagare la suma dineraria convenida y pretendiere establecer que el promitente entregue el bien a un hijo de su cónyuge (arg. art. 1807, inc. 1, Cód. Civil argentino) o a su propio heredero (en cuyo caso estaríamos frente a una donación simulada).

En cambio, no es necesario que el tercero esté perfectamente determinado. En efecto, la estipulación a favor de otro admite la indeterminación del tercero en el acto en el cual se constituye el benefi-

(49) Pero el ejemplo dado no es, ni por mucho, el único. Entre otros, podemos mencionar: a) el servicio de medicina prepaga, en donde la empresa es la estipulante, el médico es el promitente y el beneficiario es el afiliado; b) la donación con cargo, donde estipulante y promitente son el donante y el donatario respectivamente, en tanto que quien recibe el cargo (siempre que sea persona distinta que el donante) es el tercero beneficiario; c) el contrato de transporte de carga cuando el destinatario (beneficiario) es persona diferente que el remitente (estipulante) quien, a su vez, celebró el contrato con la transportista (promitente); d) el fideicomiso, donde el beneficiario es persona diversa que los contratantes; e) el contrato de renta vitalicia cuya renta se entrega a un tercero.

(50) ECHEVESTI, Carlos A. *Código Civil*, BUERES-HIGHTON (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 1998, T. 2A, p. 57.

(51) PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 91.

cio pero exige que se lo pueda determinar en el momento de hacerse efectivo⁽⁵²⁾, de acuerdo con las pautas fijadas en el contrato. Así, por ejemplo, en un concurso literario, puede establecerse que el ganador obtendrá un premio consistente en una suma de dinero; está claro que al momento de instituirse el premio, el tercero beneficiario no ha sido determinado, pero están dadas las pautas para determinarlo: será el que realice el mejor trabajo y gane el concurso. La posterior determinación puede ser hecha por el propio estipulante (porque se ha reservado tal facultad) o por otra u otras personas, tal como ocurre cuando —siguiendo con el ejemplo dado— existe un jurado para discernir el ganador. Incluso, si se omite el nombre del tercero beneficiado, deberá entenderse que el crédito nacerá a favor del estipulante o de sus herederos⁽⁵³⁾. Cabe destacar que la estipulación a favor de un tercero indeterminado puede surgir de un acto unilateral; así, la promesa pública de recompensa establecida por el art. 2536 del Código Civil argentino.

El Código Civil portugués admite que el beneficio sea estipulado a favor de un conjunto indeterminado de personas o de intereses públicos, en cuyo caso, además del estipulante y sus herederos, las entidades competentes para defender los intereses de la causa están facultadas para reclamar el cumplimiento (art. 445), pero no pueden modificar su objeto (art. 446).

Además, es factible que el beneficiario sea una persona jurídica futura, lo que ocurre cuando el beneficio se hace con el fin de dotarle un patrimonio que permita fundarla y obtener la autorización de la

(52) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. II, N° 1273; VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1ª, punto 5. El Proyecto argentino de Código Civil de 1998 se refiere también a que el tercero beneficiario sea determinado o determinable (art. 982).

(53) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 529. El Tribunal Supremo de Córdoba debió intervenir en un caso en el que se había contratado un seguro de vida obligatorio, pero se había omitido designar beneficiario. El tribunal, teniendo en cuenta que el sistema y reglamentación del seguro de vida obligatorio conlleva una finalidad social, destinada a amparar a los trabajadores, resolvió que debía otorgarse el beneficio en forma amplia, por lo que el vacío que produce la falta de designación de beneficiario expreso, no puede constituir una valla que impida la efectivización del seguro, máxime cuando los herederos forzosos habían acreditado el vínculo con el trabajador y no habían comparecido otros de igual condición o mejor derecho (TS Córdoba, sala laboral, 23/12/09, “Martínez Ramona P. y otros c/Ciar S.A.”, en Revista Doctrina Judicial, Buenos Aires, La Ley, 2010, 1705).

autoridad competente (arts. 1806, Cód. Civil argentino; 2º, 5º y 6º, ley argentina N° 19.836).

9.3. Efectos

El contrato genera efectos en dos direcciones: por un lado, en el vínculo estipulante/promitente; por el otro, en el vínculo promitente/tercero beneficiado. Este tercero no es parte del contrato, más allá de que sea titular de un derecho autónomo que lo faculta para exigir el cumplimiento, una vez que haya aceptado el beneficio⁽⁵⁴⁾. Las partes son, solamente, el promitente y el estipulante. Por lo tanto, conviene remarcar —como ya se ha dicho— que el estipulante no es representante del tercero.

Antes de analizar los efectos mencionados conviene señalar que el contrato a favor de tercero no genera un vínculo entre el estipulante y el tercero. Sin embargo, cuando la estipulación ha sido un modo de pago al tercero, éste conservará contra el estipulante las acciones emergentes de la relación que hacía exigible el pago⁽⁵⁵⁾.

9.3.1. Vínculo estipulante/promitente

Veamos primero los efectos derivados de la relación existente entre estipulante y promitente, también llamada relación de cobertura. Entre ellos, prácticamente son los mismos que existen en cualquier contrato bilateral. En efecto, ambas partes (a) pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas⁽⁵⁶⁾ (b) pueden demandar los daños y perjuicios que el incumplimiento de la contraria pudiera haberle ocasionado (c) pueden oponer la excepción de incumplimiento contractual (d) pueden plantear la nulidad de la convención.

Las diferencias son las siguientes:

(i) *En materia de invocación del pacto comisorio y la consiguiente facultad para demandar la resolución del contrato.* En este caso, mien-

(54) PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 206.

(55) MAYO, Jorge A. *Código Civil*, BELLUSCIO-ZANNONI (Dirs.), Buenos Aires, Astrea, 1979, T. 2, p. 577.

(56) STIGLITZ confiere este derecho al estipulante sólo hasta el momento de la aceptación del beneficio por parte del tercero, y a partir de este momento sólo le reconoce al beneficiario la facultad de exigirle el cumplimiento (STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 527). Por mi parte, no veo ningún motivo para que el estipulante pueda siempre exigir el cumplimiento.

tras el derecho del promitente es pleno⁽⁵⁷⁾, el estipulante sólo puede invocarlo hasta que el tercero beneficiario acepte el beneficio. Desde este momento, el estipulante pierde el derecho a resolver el contrato, pues de lo contrario, vendría a revocarse un beneficio que ha quedado firme con la aceptación formulada por el tercero⁽⁵⁸⁾, pero siempre conserva el derecho a exigir el cumplimiento e, incluso, a ser resarcido de los daños que le causare la inejecución del promitente⁽⁵⁹⁾. Por ello, considero que la cláusula por la cual el estipulante se reserva el derecho a revocar el beneficio otorgado, aun después de haber sido aceptado por el tercero, es nula⁽⁶⁰⁾. Alguna duda puede suscitarse cuando la prestación del promitente debe ser cumplida en parte con el tercero beneficiario y en parte con el estipulante. En este caso, dependerá de la calidad de la prestación del estipulante, pues si se tratara de una cosa indivisible, parece claro que el único derecho que goza el estipulante es el de exigir el cumplimiento; pero si fuese divisible, no se advierte que exista un verdadero impedimento en admitir que el estipulante pueda demandar la resolución parcial de contrato celebrado, dejando a salvo siempre el derecho del tercero. Desde luego, si existe una norma expresa que permite al estipulante resolver el contrato por el incumplimiento del promitente hacia el tercero, habrá que aplicar esa disposición, como ocurre en el caso de la donación con cargo (art. 1852, Cód. Civ. argentino).

(ii) *En materia de causa*. Si el estipulante acredita que el beneficio otorgado a favor del tercero carece de causa, tendrá derecho a dejarlo sin efecto aun después de haber sido aceptado e, incluso, si el tercero

(57) En el derecho español se ha sostenido la conveniencia de limitar el derecho del promitente, cuando el tercero ha aceptado el beneficio, a la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* (PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 254).

(58) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. II, N° 1274. En contra: MAYO, Jorge A. *Código Civil*, BELLUSCIO-ZANNONI (Dir.), Buenos Aires, Astrea, 1979, T. 2, p. 577, quien afirma que el estipulante conserva el derecho a demandar la resolución del contrato.

(59) VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1ª, punto 12.

(60) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. II, N° 1276 bis. En contra: ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 464; VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1ª, punto 7 (que afirmaron que si el estipulante se hubiera reservado el derecho a revocar el beneficio aun después de la aceptación, podrá revocarlo); Código Civil brasileño (art. 438) y Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (art. 984).

ya lo hubiera recibido, podrá invocar una *conditio sine causa*. Por su parte el promitente jamás puede fundar su negativa a cumplir en la falta de causa del beneficio otorgado⁽⁶¹⁾.

Es importante destacar que mientras el tercero no acepte el beneficio, las partes pueden modificarlo (lo que incluye la sustitución del tercero designado en el contrato⁽⁶²⁾) o dejarlo sin efecto, esto último—incluso—por unilateral voluntad del estipulante⁽⁶³⁾, siempre y cuando el promitente no tuviere interés en que ella sea mantenida, pues de ser así, se requerirá su conformidad⁽⁶⁴⁾. Este derecho del estipulante, además, se transmite a sus herederos⁽⁶⁵⁾. Desde luego, si el estipulante hubiera renunciado al derecho de revocar el beneficio, sólo puede dejarlo sin efecto si cuenta con la conformidad del promitente y aun no hubiera aceptado el tercero. Asimismo, si el tercero lo rechaza, el estipulante tendrá derecho a exigir que el promitente le entregue lo debido⁽⁶⁶⁾.

¿Qué ocurre si antes de la aceptación del tercero, éste o el estipulante mueren? En este último caso, el tercero podrá aceptar el beneficio válidamente; por su parte, los herederos del tercero pueden aceptar el beneficio siempre y cuando no se tratase de un beneficio personal⁽⁶⁷⁾.

(61) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. II, N° 1279.

(62) Cf. art. 734, Cód. Civil paraguayo.

(63) VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1ª, punto 6. La misma solución: Código Civil peruano (art. 1464), aunque dispone que si ello ocurre el contrato se extingue (art. 1467) lo que parece una conclusión exagerada y contraria al principio *favor contrati* (art. 218, inc. 3º, Cód. de Comercio argentino).

(64) ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 464; MAYO, Jorge A. *Código Civil*, BELLUSCIO-ZANNONI (Dirs.), Buenos Aires, Astrea, 1979, T. 2, p. 579. Es, también, la solución del Código Civil portugués (art. 448).

(65) VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1ª, punto 8.

(66) VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1ª, punto 10. En el mismo punto se agregó, sin embargo, que “es cuestión de interpretación determinar si por voluntad de las partes, naturaleza, objeto o alcance de la prestación la ventaja deba beneficiar a otro”. Conforme con esta ponencia: ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 464.

(67) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. II, N° 1278; MAYO, Jorge A. *Código Civil*, BELLUSCIO-ZANNONI (Dirs.), Buenos Aires, Astrea, 1979, T. 2, p. 578. También: Código Civil peruano (art. 1459). Esta última solución no es pacífica. En efecto, las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires)

Alterini ha sostenido, por su parte, que el estipulante puede revocar o modificar la estipulación si ésta debió ser cumplida luego de su muerte y el tercero fallece antes que él⁽⁶⁸⁾. Obviamente, la muerte del promitente en nada afecta el derecho del tercero a exigir el cumplimiento a sus herederos (art. 1195, Cód. Civil argentino).

Otra situación singular que puede acaecer es que el tercero beneficiario sea, a su vez, heredero del estipulante. En este caso, el tercero está legitimado para repudiar la herencia, sin que ello impida que acepte el beneficio, pues su derecho como beneficiario no proviene del orden sucesorio sino de la estipulación hecha por el estipulante fallecido⁽⁶⁹⁾.

Por lo demás, el beneficio puede ser otorgado al tercero en forma total o parcial. En este último caso, pueden ser varios los beneficiarios, y entre ellos puede estar el propio estipulante. El tercero beneficiado puede ser un incapaz e, incluso, una persona futura —como se dijo en el punto 9.2.— en la medida en que sea una persona jurídica (arg. art. 1806, Cód. Civil argentino). En cambio, no es posible designar como tercero beneficiado a una persona física que aun no exista.

La revocación del beneficio no importa, de ninguna manera, alterar el resto del contrato celebrado, el que se mantiene en toda su extensión⁽⁷⁰⁾.

9.3.2. Vínculo promitente/tercero

Veamos ahora los efectos derivados de la relación existente entre tercero y promitente, que, insisto, no es contractual. Es imprescindible

sostuvieron que si el fallecimiento del tercero se produjere antes de la aceptación, el promitente quedará obligado a cumplir la prestación a favor del estipulante y no de los herederos del beneficiario, salvo que en el contrato se hubiere pactado la solución contraria (comisión N° 3, recomendación 1ª, punto 14). En esta última posición: ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 464.

(68) ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 464, noción que ha quedado plasmada en el art. 984 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998. Es la solución que se desprende del Código Civil paraguayo cuando establece que la prestación debe ser hecha a favor de los herederos del tercero si éste muriese antes que el estipulante, excepto que el beneficio hubiere sido revocado o el estipulante hubiere dispuesto de otro modo (art. 735).

(69) PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 209.

(70) PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 261.

que el tercero acepte el beneficio⁽⁷¹⁾, que lo haga en tiempo oportuno⁽⁷²⁾, y que el promitente conozca tal aceptación para que se pueda exigir su cumplimiento⁽⁷³⁾. Antes de aceptar el beneficio, el tercero podrá libremente rechazarlo⁽⁷⁴⁾ e, incluso, el estipulante puede revocarlo⁽⁷⁵⁾, hasta por disposición testamentaria⁽⁷⁶⁾, y sin necesidad de contar con conformidad alguna del promitente⁽⁷⁷⁾. Incluso, debe reconocerse que la aceptación del beneficiario puede ser hecha luego de la muerte del estipulante, pero los herederos de este último pueden a su vez revocar válidamente el beneficio hasta tanto el beneficiario no lo acepte⁽⁷⁸⁾. Basta, a mi juicio, con que el tercero comunique su aceptación al promitente antes de que el estipulante transmita la eventual revocación, para que tenga derecho a exigir el cumplimiento⁽⁷⁹⁾. Lo que importa, entonces, es la fe-

(71) Es la solución expresa del Código Civil peruano (art. 1461). En cambio, para el Código Civil alemán se entiende que el tercero adquiere de forma inmediata el derecho a exigir la prestación (art. 328, inc. 1) aunque no formule una aceptación expresa, pues es necesario que rechace expresamente el beneficio para que se considere que nunca lo adquirió (art. 333). Algo similar pasa en el Código Civil italiano (art. 1411) donde el tercero adquiere el derecho por efecto de la estipulación, pero puede ser revocada o modificada por el estipulante hasta que el tercero no haga la declaración.

(72) Si la aceptación es hecha antes del momento en que válidamente puede aceptar, no podrá tenerse por aceptado el beneficio hasta que llegue ese momento. Y, por lo tanto, el estipulante puede revocar válidamente el beneficio hasta el momento en que adquiriera validez la aceptación (PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 268).

(73) Así los disponen por ejemplo, el art. 1257, párr. 2º, del Código Civil español y el art. 504 del Código Civil argentino.

(74) Es la solución del Código Civil paraguayano (art. 736).

(75) Las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires) consagraron esta idea al afirmar que “la adquisición del derecho por el tercero se produce desde el consentimiento y por su sólo efecto, quedando supeditado a la doble condición resolutoria de no ser aceptado y de ser revocado antes de la aceptación, la cual torna irrevocable el beneficio al hacer cierto que la condición no se cumplirá (art. 554, Cód. Civil argentino)”. Además, añadieron la posibilidad de que la condición sea suspensiva, lo que ocurre cuando así expresamente lo convinieren las partes o cuando el beneficiario no exista al momento del contrato (comisión Nº 3, recomendación 1ª, punto 4).

(76) La referencia a la disposición testamentaria ha sido receptada por los Códigos Civiles italiano (art. 1412) y alemán (art. 332).

(77) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, Nº 519.

(78) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, Nº 522.

(79) Yaseahavisto que ésta es la solución de los códigos civiles español y argentino (nota 71). En cambio, los Códigos Civiles portugués (art. 447, inc. 3º) y peruano (art. 1458), exigen que la aceptación sea comunicada tanto al estipulante como al promitente.

cha del envío de las manifestaciones (art. 1154, Cód. Civ. argentino) para determinar si se aceptó el beneficio o se lo revocó con anterioridad⁽⁸⁰⁾.

El derecho del tercero a exigir el cumplimiento de la prestación debida importa, a su vez, conferirle el derecho a promover las acciones que le permitan proteger su crédito, exigir la ejecución forzosa de la prestación, y reclamar los daños que le pueda causar el incumplimiento o la demora en cumplir⁽⁸¹⁾. Por su parte, el promitente podrá consignar la prestación debida, si el tercero rechaza injustificadamente el ofrecimiento de pago⁽⁸²⁾.

Es necesario señalar que el derecho del beneficiario es transmisible por herencia. En otras palabras, muerto el beneficiario, sus herederos tienen derecho a aceptar el beneficio, con todo lo que ello implica, a menos que ese beneficio hubiera sido otorgado en consideración expresa a la persona del beneficiario designado⁽⁸³⁾.

Si el tercero no acepta el beneficio, el estipulante puede designar otro o exigir que el promitente cumpla su obligación con él mismo.

Es importante destacar que la aceptación no convierte al tercero en parte⁽⁸⁴⁾. Tanto es así, que el único derecho que tiene es el de exigir el cumplimiento de la obligación⁽⁸⁵⁾ (pudiendo ejercer todos los medios compulsivos que gozan los acreedores), pero nunca podrá pedir la resolución contractual⁽⁸⁶⁾. Además, el tercero jamás puede estar obligado a cumplir prestación alguna⁽⁸⁷⁾.

(80) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 523.

(81) PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 213.

(82) PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 215.

(83) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, N° 522.

(84) Prácticamente toda la doctrina comparte esta idea; sin embargo, debe reconocerse que también se ha dicho que luego de la aceptación el tercero es parte (PIANTONI, Mario A. "Contratos a favor de terceros", La Ley, 1980-A, 821).

(85) Se trata de una acción directa (VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1ª, punto 11). Este derecho es también reconocido por el Código Civil paraguayo siempre y cuando no exista convención en contrario (art. 733).

(86) ECHEVESTI, Carlos A. *Código Civil*, BUERES-HIGHTON (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 1998, T. 2A, p. 60.

(87) RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, N° 1165 c).

Asimismo, debemos tener presente que el promitente puede oponer al tercero todas las excepciones que tiene contra el estipulante, con excepción de la compensación, siempre y cuando sean derivadas del propio acto jurídico celebrado⁽⁸⁸⁾. He indicado que el promitente no puede compensar el crédito que tenga contra el estipulante con la deuda que tiene con el tercero, y ello es así porque el tercero no es su deudor, por lo que sería irrazonable que viniera a perder un derecho propio por una deuda que no es suya. En cambio, si el tercero fuera deudor del promitente por otra causa, este último podrá oponer la compensación⁽⁸⁹⁾, y cualquiera otra excepción que pudiera tener contra el tercero, siempre y cuando no derive del propio contrato a favor del tercero⁽⁹⁰⁾.

Por último, cabe señalar que: a) la quiebra del estipulante no afecta al beneficiario, por lo que los acreedores de aquél no tienen derecho alguno sobre la prestación adeudada por el promitente⁽⁹¹⁾, y; b) la muerte del estipulante no modifica el título por el que adquiere el derecho el beneficiario: seguirá siendo a título propio y no como heredero.

9.4. Otras aplicaciones

Para cerrar este párrafo, debo decir que si bien el contrato es la figura más común en esto de beneficiar a un tercero, ello también puede ocurrir en otro tipo de actos jurídicos. Así, el testamento o el legado permiten instituir un beneficio a favor de un tercero como ocurre con los cargos que suelen imponerse a los herederos y legatarios.

10. EL CONTRATO EN NOMBRE DEL TERCERO

Hay contrato en nombre de un tercero cuando alguien contrata por este tercero sin tener su representación ni autorización. El contrato así celebrado es genéticamente nulo, pues carece de todo valor y no obliga ni siquiera al que lo celebró (art. 1161, Cód. Civ. argentino).

(88) VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, comisión 3, recomendación 1^a, punto 13; PIANTONI, Mario A. "Contratos a favor de terceros", en *Revista la Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1980-A, 821, N° VI. Es también la solución de los Códigos Civiles portugués (art. 449), paraguayo (art. 733), peruano (art. 1469) e italiano (art. 1413). El Proyecto de Código Civil argentino de 1998 innova al añadir que también puede oponerle las que se funden en otras relaciones con el tercero (art. 985).

(89) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9^a edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. II, N° 1280.

(90) PÉREZ CONESA, Carmen, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, p. 251.

(91) Por ello no pueden embargarlo (MAYO, Jorge A. *Código Civil*, BELLUSCIO-ZANNONI (Dir.), Buenos Aires, Astrea, 1979, T. 2, p. 576).

Sin embargo, esa nulidad puede ser subsanada si el tercero ratifica expresamente el contrato o lo ejecuta. Incluso, la ratificación faculta al cocontratante y al propio tercero a exigirse recíprocamente el cumplimiento del contrato (arts. 1161 y 1162, Cód. Civ. argentino).

11. EL CONTRATO A CARGO DEL TERCERO

Existe la posibilidad de que se celebre un contrato en donde el cumplimiento quede a cargo de un tercero. ¿Qué validez tiene este acto jurídico? ¿Cuáles son sus consecuencias?

Nuestro Código Civil ha diferenciado dos supuestos, según se trate de la promesa del hecho de un tercero⁽⁹²⁾ o la entrega de una cosa que pertenece a un tercero. Está claro que en ningún caso es posible exigir al tercero el cumplimiento de una obligación que no asumió (art. 1195, Cód. Civ. argentino), pero, si cumple, el cumplimiento será válido y tendrá todos los efectos que tiene el cumplimiento de una obligación contractual.

¿Qué ocurre si el tercero se niega a prestar el servicio o a entregar la cosa? En este caso, parece lógico que exista una responsabilidad en cabeza de quien hizo la promesa, aunque deben diferenciarse distintas situaciones.

(i) El que promete la entrega de una cosa ajena y no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice; de modo que sólo si incumpliera culposamente esa obligación de medios deberá reparar los daños causados. En cambio, si hubiera garantizado la entrega de la cosa y ella no se produce, siempre debe indemnizar tales daños (art. 1177, Cód. Civil argentino).

La cuestión parece clara: quien ha comprometido la entrega de una cosa que pertenece a un tercero⁽⁹³⁾ puede haber asumido dos posturas, sea garantizar la entrega, sea prometer sólo los medios necesarios

(92) La promesa del hecho de un tercero también está prevista en el Código de Comercio argentino cuando establece que “el comerciante que promete el hecho de un tercero se obliga a ejecutarlo personalmente, o a pagar la indemnización correspondiente, si el tercero no verifica el hecho o el acto prometido” (art. 230).

(93) Siempre estamos hablando de la hipótesis en que se promete una cosa ajena como ajena, pues si de mala fe se pretendiera contratar sobre cosa ajena como si fuese propia, debe aplicarse el art. 1178 del Código Civil argentino que obliga al deudor a entregar la cosa bajo pena de incurrir en el delito de estelionato y de indemnizar los daños causados.

para que el acreedor reciba la cosa. En este último caso sólo existe una obligación de medios y solamente si se hubiere incumplido esa obligación deberá responder; pues queda claro que en ningún momento garantizó que la cosa iba a ser entregada. En cambio, en el otro supuesto ha garantizado la entrega, su obligación ya no es de medios sino de resultado, y si el resultado prometido no se alcanza, debe indemnizar los daños causados⁽⁹⁴⁾.

(ii) Extrañamente, en el supuesto de quien se obliga por un tercero ofreciendo el hecho de éste, Vélez se limitó a establecer que debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato (art. 1163, Cód. Civil argentino). Acá no se distingue entre el caso de quien garantizó el cumplimiento y el que no lo hizo, lo que permitiría sostener que en ambos supuestos debe indemnizar. Sin embargo, entiendo que lo que no es diferente debe ser reconocido y debe aplicarse analógicamente la solución del art. 1177 ya visto⁽⁹⁵⁾. Incluso, cabe establecer una tercera posibilidad: la de que se haya garantizado sólo la ratificación por el tercero. En este caso, no se garantiza el cumplimiento, por lo que lograda la aceptación el promitente queda liberado del cumplimiento⁽⁹⁶⁾.

Estas tres diferentes hipótesis han sido contempladas por el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 cuando, regulando el contrato a cargo de tercero en el art. 981, dispone que: *a) el promitente queda obligado a realizar los actos útiles para que el tercero acepte su promesa; b) si el promitente garantiza que la promesa será aceptada, y el tercero no la acepta, debe reparar los daños causados por esta negativa; y c) si el promitente también garantiza la ejecución debe reparar los daños causados por la inejecución del tercero.*

En todos los casos, el tercero se convierte en parte desde que ratifica la obligación que se le ha impuesto, y quien ha hecho la promesa queda liberado desde ese momento⁽⁹⁷⁾.

(94) LAVALLE COBO, Jorge E. *Código Civil*, BELLUSCIO-ZANNONI (Dirs.), Buenos Aires, Astrea, 1984, T. 5, p. 808.

(95) Esta también parece ser la posición de MOSSET ITURRASPE (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 356) y es la solución del Código Civil paraguayo (art. 731).

(96) El Código Civil paraguayo dispone que en caso de duda sobre si se prometió el cumplimiento o la ratificación por parte del tercero deberá entenderse sólo garantizada la ratificación (art. 730).

(97) Solución expresamente aceptada por el Código Civil brasileño (art. 440).

No está de más indicar que nuestro Código Civil prevé un supuesto concreto de contrato a cargo de un tercero y es el de la gestión de negocios (art. 2288 y ss.). En efecto, los cocontratantes del gestor sólo tienen derecho a reclamar al propio gestor hasta tanto el dueño del negocio no lo ratifique; contra este último, sólo podrán ejercer las acciones que contra él tenía el gestor (art. 2305, Cód. Civil argentino).

12. EL CONTRATO QUE DAÑA A UN TERCERO

No se trata del supuesto anteriormente visto en donde las partes convienen en que un tercero cumpla con una prestación determinada. Se trata de aquel contrato que, a causa de su celebración, genera un daño a un tercero. Es el caso del contrato de distribución en donde las partes establecen una zona de exclusividad para el distribuidor, que previamente había sido otorgada por el comitente a otra persona, o los contratos con fines monopólicos. Se genera, entonces, un doble supuesto de responsabilidad civil; por un lado, una responsabilidad contractual en cabeza de quien celebró ambos contratos por haber incumplido el primero (en el ejemplo del contrato de distribución, no haber respetado la zona de exclusividad otorgada anteriormente), y, por el otro lado, una responsabilidad extracontractual en cabeza del nuevo cocontratante (en el caso, el segundo distribuidor), por el daño causado al tercero agredido por el nuevo contrato, siempre que conociera que estaba provocando el daño⁽⁹⁸⁾.

Otra cuestión sumamente interesante está dada por las consecuencias que puede tener el incumplimiento de un contrato respecto de un tercero, en cuanto lesione sus intereses propios. No hago referencia en este caso a los supuestos de responsabilidad previstos expresamente por la ley, como ocurre con la responsabilidad de los integrantes de la cadena de comercialización frente al consumidor, que es un tercero respecto de aquéllos, sancionada por el art. 40 de la ley argentina N° 24.240, sino de los restantes casos que en la práctica se pueden dar.

De Lorenzo, en su importante estudio sobre esta cuestión⁽⁹⁹⁾, y a quien sigo en esta parte del trabajo, reconoce que el artículo 1107

(98) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Código Civil*, BUERES-HIGHTON (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2000, T. 3B, p. 613.

(99) Véase DE LORENZO, Miguel Federico, "Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato", en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2007, 240.

del Código Civil argentino⁽¹⁰⁰⁾ sólo funciona con respecto a las partes vinculadas por el contrato, por lo que no puede constituirse en fundamento del reclamo de un tercero, víctima del incumplimiento contractual. Sin embargo, con acierto apunta a que si bien es cierto que los vínculos obligacionales creados por el contrato se circunscriben a las partes contratantes, por lo que los terceros no podrían exigir el cumplimiento, “ello no prejuzga sobre una eventual responsabilidad aquiliana del deudor”, en tanto la inejecución acarree un daño para el tercero.

En consecuencia, al tercero no le basta con acreditar el incumplimiento para reclamar una reparación. El tercero deberá probar que sus intereses han quedado dañados por tal incumplimiento o, con otras palabras, deberá acreditar los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, esto es la lesión de un interés propio que merece protección, el factor de atribución, el daño cierto y determinado y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Un ejemplo concreto de este problema puede verse en un interesante caso resuelto por los tribunales civiles de la Capital Federal. Un instituto educativo envía una carta a un aspirante a un cargo docente, mediante la cual se lo citaba a aceptar el cargo que se le había otorgado, bajo apercibimiento de renuncia. Ocurrió que la carta jamás le llegó al aspirante, pero como no contestó se lo tuvo por renunciado. El aspirante inició acción contra la institución y contra la empresa postal, por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento del contrato celebrado entre los demandados, por el cual se confería a la empresa postal el reparto de la correspondencia. La defensa de los demandados fue la invocación del principio de los efectos relativos del contrato, pero el tribunal resolvió acoger parcialmente el reclamo, en lo que hacía al daño moral⁽¹⁰¹⁾.

13. EL TERCERO QUE DAÑA UN CONTRATO QUE ÉL NO HA CELEBRADO

Como recuerda De Lorenzo, a mediados del siglo XIX, los tribunales ingleses debieron resolver un interesante caso (“Lumley c/Gye”). Lumley había contratado de manera exclusiva a una cantante de ópe-

(100) Que establece que los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneraran en delitos de derecho criminal.

(101) CNCiv., sala B, 23/8/2001, “Fiori, María Fernanda c/ Trans Bank SRL.”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2002, 589.

ra; sin embargo, Gye celebró otro contrato con la misma cantante, por una cifra superior, para que actuara en su teatro. El reclamo prosperó. Como se ve, Gye, al celebrar su contrato con la artista, dañó el anterior contrato que esta última había celebrado con Lumley como cantante exclusiva⁽¹⁰²⁾.

El acto, entonces, realizado por un tercero, que daña el contrato celebrado por otros dos sujetos, necesariamente debe ser castigado. En verdad, no es otra cosa que el respeto del principio *alterum non laedere*, receptado en el art. 43 de la Constitución Argentina.

De Lorenzo menciona entre otros supuestos de terceros que dañan un contrato que no han celebrado los siguientes: (i) la auditoría contable que suministra una información inexacta sobre la salud de cierta empresa que lleva a una persona a adquirir parte del paquete accionario a un precio muy superior a su valor real (lo que el autor llama “lesión positiva de la libertad contractual”); y (ii) la divulgación de información inexacta sobre cierta persona que induce a un tercero a no celebrar contrato alguno con esa persona (lo que da en llamar “lesión en negativo de la libertad contractual”)⁽¹⁰³⁾.

14. LA CESIÓN DEL CONTRATO

14.1. Cuestiones generales

Los contratos pueden ser cedidos total o parcialmente⁽¹⁰⁴⁾. El tema es importante porque, claro está, el cocontratante original que no participa en esa cesión (y, por lo tanto no es parte⁽¹⁰⁵⁾) queda lógicamente afectado por ella.

(102) Véase DE LORENZO, Miguel Federico, “Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2007, 240, N° II.3.

(103) DE LORENZO, Miguel Federico, “Contrato que daña a terceros, terceros que dañan al contrato”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2007, 240, N° II.3.

(104) La Parte General del Código europeo de contratos (también conocido como Proyecto de Pavía) dispone que cada una de las partes, si la relación lo permite expresamente, puede ceder, a título gratuito u oneroso, total o parcialmente, a un tercero (o a más sujetos) su propia posición contractual en un contrato cuyos efectos no han concluido todavía (art. 118, inc. 1).

(105) Cf. CNCom., sala A, 28/5/01, “San Juan, Juan C. c/Cooperativa de Crédito Vivienda y Provisión de Servicios Sociales Pilotos Aviadores de Líneas Aérea”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, T. 2002-II-síntesis, abeledoperrot online.

El Código Civil argentino carece de una regulación sistemática, a diferencia de los regímenes de otros países⁽¹⁰⁶⁾. Solamente existen normas dispersas relativas a la cesión de la locación de cosas por el locatario (arts. 1583 y ss.), de la locación de obra por el empresario o por el comitente (art. 1641), de la calidad de socio (arts. 1671 y ss.), y de la sustitución del mandatario (arts. 1924 y ss.), y, además, pueden advertirse omisiones importantes, como la ausencia de referencias a la cesión del boleto de compraventa.

Es claro que el tema es de una envergadura tal que merece un tratamiento integral que impediría omisiones como la apuntada en el párrafo anterior. En este sentido, el Proyecto de reforma del Código Civil argentino de 1998 diferenciaba con claridad los contratos transmisivos, en los que incluye la transmisión de derechos, deudas y herencia (arts. 1527 y ss.) de la transmisión de la posición contractual (arts. 1562 a 1570).

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, he de señalar que la cesión de un contrato es un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, ni es una simple adición de crédito más deuda. Es una modificación de la posición contractual, que va del originario contratante a un tercero⁽¹⁰⁷⁾. Es, entonces, un negocio jurídico por el cual se transmite a un tercero el conjunto de derechos y obligaciones que están adheridos a la calidad de parte y que se encuentran unidos a la posición contractual⁽¹⁰⁸⁾. Pero, al igual que las mencionadas cesiones, es necesario notificar al cedido a los fines de la oponibilidad de la cesión a los terceros⁽¹⁰⁹⁾.

Afirmar que se transmite un conjunto de derechos y obligaciones implica poner en evidencia que existen deberes recíprocos pendientes. Éste es un requisito imprescindible para que pueda cederse la posición contractual, pues, de lo contrario, estaríamos frente a una simple cesión de crédito o deuda. Además, debe tenerse presente que

(106) Así el Código Civil portugués los regula en sus arts. 424/7, el peruano en sus arts. 1435/9, el italiano en sus arts. 1406/10. Por su parte, el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 lo reguló en sus arts. 1562/70.

(107) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. "Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas", *La Ley*, 1990-D, 327, punto IV.

(108) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, p. 90.

(109) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, p. 96; CNCom., sala A, 28/5/01, "San Juan, Juan C. c/Cooperativa de Crédito Vivienda y Provisión de Servicios Sociales Pilotos Aviadores de Líneas Aérea", JA, 2002-II-síntesis, Abeledo-Perrot online.

no se pueden ceder posiciones contractuales en los que la obligación asumida sea *intuitae personae*⁽¹¹⁰⁾, o cuando las partes han pactado la incesibilidad del contrato⁽¹¹¹⁾.

El contratante cedido puede o no liberar al cedente⁽¹¹²⁾. En el primer caso, el cesionario sucede en la posición contractual al cedente, por lo que éste queda eximido de toda obligación y, a la vez, pierde su derecho; en el segundo caso, el cedido mejora su posición pues, al no liberar al primitivo deudor, suma uno nuevo (el cesionario) al que ya tenía (el cedente), quien sigue obligado en toda la extensión del deber originario⁽¹¹³⁾. Como se ve, no es necesario contar con la conformidad del cedido para la validez de la cesión, pero es necesaria esa conformidad para liberar al cedente. La Parte General del Código europeo de contratos (también conocido como Proyecto de Pavía) trae una solución algo diferente. En efecto, la regla parece ser la liberación del cedente, quien sólo continuaría obligado si el cedido declara que no quiere liberar al cedente⁽¹¹⁴⁾.

(110) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, p. 96.

(111) En un interesante caso se planteó la siguiente situación: En el contrato original se previó la posibilidad de que pudiera cederse la posición contractual a determinada persona, con la aceptación del cedido. Ocurrió que el contrato fue cedido a una persona que integraba un *holding* con la persona indicada como eventual cesionario y se notificó deficientemente al cedido, puesto que no se notificó a su representante legal, y éste nunca aceptó la cesión. El tribunal juzgó que el cesionario carecía de acción contra el cedido pues la pactada exigencia de su conformidad para dar validez a la cesión implicaba una cláusula de incesibilidad (CNCom., sala D, 14/8/09, "Grupo República S.A. c/Supermercados Tanti S.A.", La Ley, 2009-E, 685).

(112) De lo que se desprende que es necesario que el cedido manifieste expresamente su voluntad de desobligar al cedente, para que ello ocurra (II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988, comisión N° 3, punto 4).

(113) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 360.

(114) El Proyecto de Pavía dispone, por un lado, que la cesión de contrato puede efectuarse mediante un acuerdo entre cedente y cesionario, que produce efectos desde el momento que es notificado al cedido si éste ha dado su consentimiento previamente, o bien cuando el cedido comunique a ambos su aceptación (art. 119, inc. 1). Y, por otra lado, establece que si la cesión es eficaz, el cedente queda liberado de sus obligaciones frente al cedido, las cuales son asumidas en el mismo instante por el cesionario. El cedido puede, no obstante, en su adhesión preventiva, simultánea o sucesiva, declarar que no quiere liberar al cedente; en tal caso podrá actuar contra el cedente si el cesionario no cumple sus obligaciones, con tal que él mismo haya notificado al cedente el incumplimiento dentro de los quince días siguientes a aquel en que haya sido constatado, quedando obligado, en su defecto, a la reparación del daño (art. 120, inc. 1).

El hecho de que el cedido no libere al cedente no importa ningún menoscabo en los derechos del cesionario. En otras palabras, éste podrá exigir al cedido el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato original, oponerle la excepción de incumplimiento contractual y demandar la resolución del contrato o su nulidad, si correspondiere⁽¹¹⁵⁾. Igual derecho tiene el cedente no liberado por el cedido⁽¹¹⁶⁾.

Los códigos civiles de Italia (art. 1408) y Perú (art. 1437) imponen una obligación al contratante cedido, que deriva claramente del principio general de la buena fe: debe notificar al cedente no liberado el incumplimiento del cesionario dentro de un plazo relativamente breve⁽¹¹⁷⁾; y si no cumpliera con tal notificación, el cedente quedará liberado de responsabilidad.

He dicho, por último, que la cesión del contrato indudablemente afecta al contratante original cedido pues se está cambiando su cocontratante. Sin embargo, la afectación es menor. En efecto, sería inadmisibles que se pudiera eludir obligaciones contractualmente asumidas, con el simple recurso de ceder el contrato a otra persona (sea solvente o no lo sea). Por eso, salvo expresa liberación por parte del cedido, el cedente continúa obligado⁽¹¹⁸⁾.

14.2. Forma

Nuestra ley establece que la cesión de derechos debe ser hecha por escrito, excepto que el derecho cedido sea litigioso (exigiéndose hacerlo por escritura pública o por acta judicial) o constituya un título al portador, en cuyo caso basta con la tradición (arts. 1454 y 1455, Cód. Civil argentino). Como se advierte, no hay una referencia expresa a la cesión de un contrato. Al respecto sólo contamos con la norma del art. 1184, inc. 9º del Código Civil, que impone la necesidad de instrumentar por escritura pública la cesión de derechos o acciones proce-

(115) II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1988, comisión Nº 3, punto 3.

(116) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 361; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, p. 97.

(117) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, p. 98.

(118) CNCiv., sala L, 25/6/01, "Militello, Vicente S. c/Centro Integral Médico y otro", en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2001, 457.

dentes de actos consignados en escritura pública. De esta norma se desprende que la forma en que debe instrumentarse la cesión de una posición contractual depende de la forma que se exija para el propio contrato que se cede⁽¹¹⁹⁾.

Lo expuesto es de rigor cuando se cede el contrato voluntariamente. Sin embargo, hay casos en que nos enfrentamos a una cesión impuesta por la ley. Es el caso de la enajenación de un inmueble alquilado, que trae como consecuencia la subsistencia del contrato de locación por todo el plazo pactado (art. 1498, Cód. Civ. argentino), lo que impone al adquirente la obligación de respetar los derechos de uso y goce del locatario.

14.3. La garantía del cedente

El cedente garantiza la existencia y validez del contrato (arg. art. 1476, Cód. Civ. argentino)⁽¹²⁰⁾ pero no el cumplimiento por parte del cedido, salvo que haya asumido tal obligación convencionalmente (arg. art. citado)⁽¹²¹⁾. Incluso, tampoco responde por la solvencia del cedido⁽¹²²⁾. En el derecho comparado se ve una tendencia a ampliar la responsabilidad del cedente. El ya mencionado Proyecto de Pavía dispone, como regla, que la responsabilidad del cedente, tanto en cuanto a la validez del contrato cedido como en cuanto a su cumplimiento, depende de la naturaleza del contrato de cesión, y en todo caso de la voluntad de las partes (art. 120, inc. 5). Y añade que si en la cesión, las partes no han hecho referencia a ninguna figura contractual, ni ésta puede deducirse del contenido del acuerdo por vía de interpretación, se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes: (i) Si la cesión es a título

(119) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. I, N° 530. También es la solución de los Códigos Civiles portugués (art. 425) y peruano (art. 1436) y de la Parte General del Código europeo de contratos (art. 119, inc. 5). El II Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe) recomendó de *lege lata* que “en punto a la forma del contrato de cesión resultan de aplicación los principios del Código Civil para la cesión de créditos. En los supuestos en que fuese necesaria la escritura pública, el instrumento privado valdrá en los términos del art. 1185”.

(120) Similar solución: Códigos Civiles portugués (art. 426), peruano (art. 1438) e italiano (art. 1410); Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (art. 1566).

(121) Idéntica solución: Código Civil portugués (art. 426). En el mismo sentido, los Códigos peruano (art. 1438) e italiano (art. 1410) y el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (art. 1566) que aclara que el cedente responderá como fiador.

(122) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas”, La Ley, 1990-D, 327, punto X.

oneroso, el cedente responde de la invalidez e ineficacia del contrato cedido; y también, si es de buena fe, responde —en calidad de fiador— hasta el límite de la suma recibida por las obligaciones del cedido ya existentes, salvo que su incumplimiento sea debido a la conducta del cesionario. (ii) Si la cesión es a título gratuito, el cedente garantiza únicamente la validez del contrato cedido y responde de su cumplimiento solamente si lo ha prometido y es de buena fe (art. 120, inc. 6).

14.4. Derechos del cedido y del cesionario

Por su parte, el cedido tiene derecho a oponer al cesionario todas las defensas que pudiera haberle opuesto al cedente provenientes del contrato cedido (arts. 427, Cód. Civ. portugués; 1438, Cód. Civ. peruano; 1409, Cód. Civ. italiano; 1071)⁽¹²³⁾. En la misma línea está la Parte General del Código europeo de contratos, aunque prevé como excepción el hecho de que el cedido se hubiera reservado expresamente el derecho a oponer las excepciones fundadas en otras relaciones con el cedente (art. 120, inc. 4).

A su vez, el cesionario puede ejercer todos los derechos del cedente, como los de demandar el cumplimiento del contrato cedido, su resolución, plantar su nulidad y oponer la excepción de incumplimiento contractual⁽¹²⁴⁾.

14.5. Las garantías dadas por terceros

¿Qué ocurre con las garantías constituidas por terceras personas a favor del cedente? Estaríamos frente a un caso de novación subjetiva en donde todos los accesorios (que incluyen las garantías reales o personales) se extinguen, salvo reserva expresa de las partes (art. 803, Cód. Civil argentino) o se trate de los supuestos previstos por los arts. 807 y 816⁽¹²⁵⁾. Si se pretende conservar la fianza dada en el primer contrato debe requerirse siempre la conformidad del fiador⁽¹²⁶⁾.

(123) El Proyecto de Código Civil argentino de 1998 admite esta idea pero la amplía al establecer que también podrá oponer defensas que se funden en otras relaciones con el cedente, siempre que haya hecho reserva expresa sobre todas o alguna de ellas (art. 1566).

(124) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas”, en *La Ley*, 1990-D, 327, punto X.

(125) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª edición actualizada por Alejandro BORDA, Buenos Aires, La Ley, T. I, Nº 883 y ss. El Código Civil peruano dispone tajantemente que tales garantías no pasan al cesionario sin la autorización expresa de las personas que las constituyeron (art. 1439).

(126) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, p. 97.

15. EL SUBCONTRATO

El subcontrato es un nuevo contrato por el cual el subcontratista asume facultades del subcontratante, pero en ningún caso se extingue el primer contrato. Se trata de una unión de contratos con dependencia unilateral⁽¹²⁷⁾. Desde luego, la íntima vinculación entre ambos contratos trae sus consecuencias.

Así, no es posible celebrar un subcontrato cuando el contrato principal es *intuitae personae* o existe una prohibición legal o convencional para la subcontratación. Además, el subcontrato está condicionado en su existencia al contrato base, más allá de que deban añadirse los efectos propios del nuevo contrato; por ello, el subcontratista no puede adquirir derechos o contraer obligaciones mayores que los del subcontratante. Cabe reconocer en favor del contratante original no subcontratante una acción directa contra el subcontratista; y, a la vez, cabe reconocer al acreedor del subcontratista la facultad de accionar contra el deudor del contrato principal, dada la coincidencia de objetos y dependencia unilateral⁽¹²⁸⁾. También debe reconocerse al subcontratante una acción contra el cocontratante original en resguardo de los intereses de su subcontratista⁽¹²⁹⁾.

(127) ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 465.

(128) Corte Suprema (disidencia del Dr. Lorenzetti), 30/9/08, "Murillo, Héctor Octavio c/Compibal S.R.L. y otro", La Ley, 331, 2149; La Ley Online.

(129) Así lo resolvió un tribunal mendocino que debió intervenir en el siguiente conflicto: un sanatorio y un médico celebraron un contrato verbal, a través del cual, el profesional se obligaba a prestar ciertos servicios a pacientes del PAMI a cambio de una suma mensual más un monto convenido por cada prestación. El médico decidió cumplir su obligación a través de un equipo de profesionales que él mismo contrató. A este equipo le pagaba el propio médico contratante. En un momento determinado, el sanatorio dejó de pagar, pero los médicos continuaron cumpliendo con la obligación asumida hasta que se les comunicó que el contrato original cesaba. El médico pretendió cobrar las prestaciones cumplidas por él y por su equipo de profesionales, lo que fue rechazado en Primera Instancia sobre la base de que estos profesionales no formaban parte del contrato original, ni eran representados por el médico en el pleito. La Cámara, en cambio, acogió el reclamo. En lo que acá interesa, se decidió que el contrato celebrado entre el médico y los profesionales de su equipo constituye un subcontrato, que se caracteriza por ser un contrato derivado y dependiente de otro anterior, de su misma naturaleza, que surge a la vida, como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decidió a contratar con un tercero la realización de aquéllas, basado en el contrato anterior del cual es parte. El subcontrato permite al subcontratante a ejercer los derechos que tiene el subcontratista, actuando en su nombre e interés contra el contratante original (C1ª Civ. y Com. Minas Paz y Trib., Mendoza,

Para concluir, resulta conveniente recordar el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 pues incluye un capítulo especial dedicado al subcontrato (arts. 1035/8), en donde se establece que, como regla, el subcontratista dispone de las acciones emergentes del subcontrato contra el subcontratante, y de las acciones que correspondían al subcontratante contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente de cumplimiento las obligaciones de éste respecto del subcontrante (art. 1037). A su vez, la parte que no celebró el subcontrato mantiene contra el subcontratante las acciones emergentes del contrato principal, y también las que le corresponden a este último contra el subcontratista, pudiendo ejercerlas en nombre e interés propio (art. 1038).

Esta regulación no contradice las normas hoy vigentes por lo que pueden ser utilizadas para determinar las acciones existentes.

16. FINAL

A lo largo de este trabajo, he procurado poner de relieve la inmensa importancia que tiene el tema de los efectos del contrato. Por un lado, la trascendente cuestión de la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato; por otro lado, el impacto del contrato no sólo entre las partes (los que lo celebraron y sus sucesores), sino también respecto de los que podemos llamar terceros interesados (los acreedores) y los terceros extraños. Y respecto de estos últimos, tanto cuando el contrato los beneficia, les impone obligaciones, los perjudica e, incluso, cuando ellos dañan el contrato celebrado por otros.

Como se ve, una temática variadísima que merece en cada aspecto un tratamiento individual.

CRITERIOS SOBRE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS CON RELACIÓN A TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA DE 1976

Por Ramiro MORENO BALDIVIESO⁽¹⁾

SUMARIO: 1. El efecto relativo de los contratos. 1.1. Aproximación General. 2. Naturaleza y tratamiento jurídico en el Código Civil boliviano de 1831. 3. Diferencias con el Nuevo Código Civil boliviano de 1976. 4. Conclusiones.

1. EL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS

1.1. Aproximación General

Dentro de la teoría general del contrato debemos señalar que se destacan numerosas situaciones jurídicas de orden normativo generadas por los contratos una vez que éstos se perfeccionan y dan inicio a aquella llamada “relación jurídica de carácter patrimonial”, por la cual las partes que intervienen quedan reatadas a su cumplimiento con tal categoría de vinculación que se asimila a la ley, según algunos autores, y otros, que solamente se basan en la moral y la equidad lo que exige el respeto a la palabra dada.

En la vigencia y desenvolvimiento de esa relación jurídica-contratual y en el devenir *ex-post* del contrato, surgen los denominados efectos que éstos producen, y sin lugar a dudas, constituyen una de las partes medulares de la teoría contractual referida tanto en su aspecto subjetivo, como también a los elementos de identificación de esos efectos.

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia. Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia, Miembro Académico Correspondiente Extranjero de la Academia de Jurisprudencia de Colombia y de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación de México. Director Principal del Estudio Moreno Baldivieso Abogados, La Paz, Bolivia.

De este modo podemos señalar que dichos efectos están relacionados con diversos principios normativos, es decir, que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes (proveniente de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual), con aquella regla de que el contrato surte efectos entre las partes y no perjudica ni beneficia a terceros en aplicación del brocardo romano: *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*; con la oponibilidad y con la conceptualización de “tercero en su expresión más genuina”. Deben tomarse en cuenta además, otras situaciones tales como: el contrato en daño de tercero, el contrato sobre el patrimonio del tercero, el contrato a favor del tercero, el contrato a cargo del tercero, y el contrato que incide sobre la situación del tercero⁽²⁾. Estas últimas concepciones legales no son objeto de análisis del presente trabajo, aunque, mantienen íntima relación con lo que manifestaré a lo largo del presente ensayo.

Lo que nos interesa para el análisis particular del tema es aquel principio fundamental que proviene desde el Derecho Romano⁽³⁾, en el sentido de que el Contrato tiene eficacia entre las partes que no perjudica ni beneficia a tercero. Se puede afirmar que es la actuación material de la regla del “*inter alios acta*”, también conocido como “*el efecto relativo de los contratos*”, que en términos sencillos consiste en limitar el vínculo obligatorio sólo a aquellas personas que con su voluntad concurren a la celebración del contrato. Tomando en cuenta desde luego algunas excepciones extendidas a situaciones jurídicas que tienen que ver con la naturaleza del contrato o con las disposiciones que expresamente señala la ley⁽⁴⁾.

(2) MESSINEO, Francisco, *Manual de Derecho Civil Mercantil*, ps. 504 y 505.

(3) PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil. Teoría General de Los Contratos*, p. 98, Ed. José M. Cajica Jr. Hace referencia POTTIER indicando que en este punto seguía una regla formulada por PAULO a propósito de los pactos (Digesto, Lib.II, Tít. 14, frg. 25.4).

(4) Así el Código Civil boliviano en su artículo 520 señala: “(Ejecución de buena fe integración del contrato). El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la ley, o a falta de ésta según los usos o la equidad”.

El artículo 1195 del Código Civil argentino también se refiere a que definitivamente a que los efectos del contrato no alcanzan a aquellos de naturaleza personal “Art. 1195. *Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros*”.

El tema de la relatividad de los contratos, según algunos autores y es el caso de Marcel Planiol, hay que enfocarlo desde dos puntos de vista: la relatividad en cuanto a las cosas y en cuanto a las personas. Por la primera, se debe entender que las convención sólo puede producir efectos sobre lo que las partes han querido, es decir que corresponde más a la esfera de la interpretación al tratar de buscar la verdadera intención que las partes tuvieron al momento de contratar. Por la segunda, se manifiesta de manera concreta el principio *res inter alios acta, aliis neque nocere neque predesse potest*, alcanzando por tanto sus efectos sólo a las partes que celebraron el acto, el cual según el mismo Planiol con toda rigurosidad, exige que hayan estado “presentes en su celebración” y que, hayan “manifestado su aceptación” sino también alcanza a aquellas personas que hayan estado representadas por otras, tal el caso del mandatario, el tutor, etc.⁽⁵⁾

De manera concordante es necesario tomar en cuenta el efecto extensivo que produce el contrato más allá de sus elementos intervinientes y que para la mayoría de las legislaciones civiles y los doctrinarios, tienen cabida los causahabientes que evoca a los herederos a título universal, a título particular y el acreedor quirografario, exceptuando cuando con relación a éstos se trata de derechos y obligaciones que no son transmisibles; en los contratos *intuito personae*, en los de trabajo, los de venta en renta vitalicia y los que tienen que ver con jubilaciones, el pago de pensiones o bonos que solamente benefician al titular y que se extinguen por causa de muerte.

Dentro de este contexto llama también la atención la afirmación hecha por el profesor chileno Pizarro Wilson, quien manifiesta que una de las consecuencias del efecto relativo se relaciona con las fronteras entre la responsabilidad contractual y aquella extra-contractual⁽⁶⁾. Si el contrato sólo puede beneficiar/perjudicar a las partes que intervinieron en su celebración, en casos de incumplimiento

(5) *Ibidem*, p. 99.

(6) Indica dicho autor: Partiendo de la imposibilidad del contrato de obligar a otras personas distintas a aquellas que concurrieron con su voluntad a la celebración del contrato, la doctrina y jurisprudencia deducen como condición de aplicación de la responsabilidad contractual que el contrato debe haber sido celebrado entre el responsable del daño —el deudor—, y el acreedor víctima de dicho incumplimiento. El ámbito de la responsabilidad contractual queda restringido a las partes contratantes. Esta idea constituye una aplicación tradicional del principio del efecto relativo de los contratos inspirado en el voluntarismo. Son las partes, y por ende, pueden reclamarse responsabilidad contractual en forma recíproca, aquellos que han consentido en la celebración del contrato.

genera entre ellos responsabilidad contractual, pero que se puede decir de los llamados terceros sean absolutos o relativos; éstos pueden verse afectados por el incumplimiento del último de la cadena, es decir, en los contratos reflexivos, donde no se puede reclamar de manera recíproca y si no, puede dar lugar al surgimiento de responsabilidad extra-contractual. Estos contratos pueden dar lugar a que indirectamente ocasionen un perjuicio a terceros que no han intervenido en el contrato. El autor argentino Fernando J. López de Zavalía hace un interesante análisis sobre aquellas personas que se encuentran en la posición de ser materialmente interesados y que a su entender experimentan un perjuicio material indirecto, mencionando que en tal situación se encuentran los acreedores de las partes del contrato para quienes afirma que “para ellos la regla es exactamente la inversa: los contratos pueden perjudicar a terceros” y sentencia indicando que de verdad a diario los contratos perjudican a terceros⁽⁷⁾.

En definitiva si podemos afirmar que el contrato en cuanto el deudor incrementa su patrimonio, el acreedor se encuentra más protegido y para los posibles casos de incumplimiento, existen mayores posibilidades para que el acreedor sea satisfecho en su acreencia y, también para el deudor este tendrá mayores medios para cumplir con su deuda.

Sin embargo, por cualquier circunstancia no atribuible a la voluntad del deudor, se considerará que su patrimonio está perdiendo valor, lógicamente existirán mayores probabilidades de que éste incumpla con el deudor porque su patrimonio inicial ya no será el mismo que el patrimonio actual disminuido por circunstancias —como señalamos por factores ajenos a su voluntad—, porque si se tratara de situaciones en las que el deudor voluntariamente realiza acciones para empobrecerse o de disminuir su garantía patrimonial puesto que ésta es la garantía común de sus acreedores, entonces la acción corresponde la acción pauliana o revocatoria tendiente a anular todas las acciones en contra del deudor.

2. NATURALEZA Y TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO DE 1831

Luego de declaración de la Independencia de Bolivia el 6 de agosto de 1825, y dejando de lado la legislación española, Bolivia durante la

(7) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Parte General*, 3ª ed., p. 306.

presidencia del Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana, contó con el primer Código Civil de los países Iberoamericanos a partir del 28 octubre de 1830, con vigencia efectiva desde el 2 de abril de 1831⁽⁸⁾. El Código Civil boliviano denominado también Código Santa Cruz de 1831 estuvo vigente hasta el 6 de agosto de 1975, fecha en la que fue abrogado mediante decreto-ley 12.760, y siguiendo la tradición en materia de codificación civil, el Nuevo Código Civil boliviano entró en vigencia el día 2 de abril de 1976.

Las fuentes principales del abrogado Código Civil boliviano de 1831 fueron, el Código de Napoleón, las leyes de Partidas, las leyes españolas vigentes en América y el Derecho Canónico. Sin lugar a dudas la fuente principal fue el Código de Napoleón de 1804 de donde los codificadores bolivianos extrajeron y tradujeron la mayoría de sus instituciones, principalmente aquéllas referidas a las obligaciones y contratos. Desde luego, muchas de las deficiencias que contenía el Código Civil Santa Cruz de 1831, en sus inicios fueron subsanadas a través de las reformas introducidas mediante ley de 27 de diciembre de 1882, referentes a la filiación, reconocimiento de hijos naturales, investigación de la maternidad, derecho sucesorio, se estableció la prescripción treintenar, llegándose a incrementar el número de artículos con relación al Código original.

Los codificadores bolivianos siguiendo el plan del Código Civil de Napoleón de 1804, dividieron al Código Civil Santa Cruz, en un Título Preliminar y tres Libros. El Título Preliminar se refería a la Publicación, efectos y aplicación de las leyes en general (del art. 1º al 5º). El Libro 1º, referido a las Personas (del art. 6º al 265). El Libro 2º referido a los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad (del art. 267 al 436), y finalmente el Libro 3º referido a las diferentes maneras de adquirir la propiedad (del art. 437 al 1571).

Siguiendo algunas tendencias modernas, el nuevo Código Civil, no tiene Título Preliminar, entrando directamente a tratar en el Libro Primero, todo el régimen de las Personas; esto motivó muchas críticas, pues los juristas bolivianos estaban acostumbrados a tener una explicación conceptual-filosófica como la que tienen habitualmente los Códigos de la envergadura de uno civil. Sin embargo, las Bases y Plan General para la redacción del Proyecto de Código Civil boliviano con-

(8) Argentina el Código Civil entró en rigor el 1º de enero de 1871, Chile en 1855 de cuyo modelo adoptaron Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, El Salvador y Honduras, todas con posterioridad a 1831.

sideraron no incluir un título preliminar o una parte general, “por considerar que era una modalidad extraña a nuestro medio, no acostumbrado todavía a las generalizaciones y elaboraciones abstractas”⁽⁹⁾.

El Código Civil Santa Cruz de 1831 con relación al Contrato señalaba en su art. 692 lo siguiente: “El contrato es una convención por la que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas a dar, hacer o a no hacer alguna cosa”. Esta definición fiel a la de su predecesor histórico, el art. 1101 del Código de Napoleón, corresponde a la concepción clásica de que el contrato es una especie de obligación que tenía por única finalidad la creación de obligaciones, es decir que el contrato sólo crea obligaciones y por ello se refiere a las prestaciones. Este concepto del contrato llevaba confusión con el objeto de la obligación que son las prestaciones tanto positivas como negativas (dar-hacer-no hacer). Sabemos que el contrato es una convención, pero ésta la consideraba como el género y al contrato como la especie.

En lo relativo a los efectos de los Contratos, los arts. 756, 757 y 713 del Código Civil Santa Cruz constituyeron la base de la construcción doctrinal de los efectos de los contratos. En efecto, el art. 756 consagraba la regla de *res inter alios acta*, señalando que: “los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes”, y no dañan ni aprovechan a tercero. Como se trataba de la tendencia clásica expresada por Pothier relativa a los efectos de los contratos, la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia, se mantuvo uniforme.

Como se puede observar en este art. 756, no se hace referencia a ninguno de los terceros que sin haber intervenido en el contrato o haber sido partes en el mismo, sus efectos les alcanzan, tal el caso de los herederos o causahabientes a título universal o particular. Sin embargo, el art. 713 del mismo cuerpo legal en lo relativo al Capítulo del Consentimiento, establece que: Art. 713: “El que estipula por sí estipula por sus herederos a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza de la convención”. Lo curioso resultaba que esta extensión del contrato hacia terceros no estaba referida entre los efectos del con-

(9) En efecto, la Comisión no incluyó con ese argumento un Título Preliminar; personalmente consideró un error el no haber incluido en el nuevo Código dicho Título Preliminar, pues a lo largo de más de 145 años que estuvo vigente el Código Santa Cruz, ayudó mucho a la comprensión del sentido de la ley y se elaboraron posiciones doctrinas al respecto. El argumento de la eliminación del Título Preliminar fue hasta cierto punto baladí, pues la Comisión consideraba, como muchos Códigos modernos que no era necesario sin tomar en cuenta la utilidad que tuvo la de los juristas.

trato respecto de terceros que se encontraban regulados —como ya mencionamos— a partir de los arts. 756 y 757 del citado cuerpo legal.

Esta omisión precisamente fue suplida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en varios Autos Supremos tal los casos de los Auto Supremos citados *infra* núm. 526, núm. 22 y núm. 550, p. 15⁽¹⁰⁾.

El precepto de que el contrato vincula no sólo lo que expresamente se pactó en el mismo, sino también a todas aquellas consecuencias que según su naturaleza sean conforme a lo expresado en la misma o que resulte de la naturaleza del contrato, tampoco se encontraba contemplado en el Código Civil Santa Cruz de 1831. Una aproximación a esto viene a resultar el art. 757 de dicho cuerpo legal que señalaba: “Sin embargo, los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor a excepción de todos los que son exclusivamente personales”.

En definitiva el Código Civil Santa Cruz con todas las críticas que recibió, podemos afirmar que cumplió en demasía su misión, pues baste recordar las limitaciones que tuvo al inicio, desde la traducción deficiente hasta la ausencia de experiencia como redactores de normas de parte de los que conformaron la Comisión redactora de 1830, pues ello de acuerdo con la Bases y Plan General para la Redacción del Proyecto de Código Civil boliviano, “eran abogados prácticos que permanecieron ajenos, hasta donde se sabe, a los problemas básicos de la codificación. Durante su vigencia consolidó las instituciones del derecho civil boliviano que se recibió de la colonia y con las reformas de 1880, encontró identidad con el pensamiento jurídico de esa época.

(10) Auto Supremo de la Corte Suprema de Justicia, señaladas en la Gaceta Judicial núm. 442, p. 713, “El cumplimiento de un contrato sólo puede exigirse a las personas obligadas en él, sin que tenga efecto adverso, ni favorable para un tercero conforme al art. 756 del Código Civil.

- Gaceta Judicial núm. 526 p. 10, “El contrato celebrado sin la concurrencia del Monasterio sólo puede surtir sus efectos entre las partes contratantes y sus causahabientes sin dañar ni aprovechar al monasterio”.

- Gaceta Judicial núm. 852, p. 5: “La estipulación entre X y Z no puede surtir efecto, sino entre las partes contratantes y no con relación al indicado Y, que no intervino en ella en observancia el art. 756 del c. c.”

- Gaceta Judicial núm. 22, p. 207: “Aun en la hipótesis de que hubiera sido... mandatario de... La acción de mandato para la rendición de cuentas y otros efectos consiguientes al mandato, es directa como las demás acciones personales contra el mandatario y sus herederos y no contra un tercero.

- Gaceta Judicial núm. 550, p. 15: “La renuncia de un medio de defensa personal, si bien liga al que lo hizo y a sus herederos no puede ser alegada contra terceras personas que no derivan su derecho del renunciante.

Por otra parte y sin duda también resistió a varios intentos de reformas integrales como la de 1845, el de 1856, el de Demetrio Toro de 1919 y el del Dr. Ángel Osorio y Gallardo de 1943.

3. DIFERENCIAS CON EL NUEVO CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO DE 1976

El 6 de agosto de 1975 mediante decreto-ley 12.760 se aprobó y promulgó el nuevo Código Civil en sus Cuatro Libros y 1570 señalando su vigencia en todo el territorio de la República el día 2 de abril de 1976. Este nuevo cuerpo legal tomó como fuente principal el Código Civil italiano de 1942, lo que vino a significar un cambio fundamental de orientación doctrinaria pues muchas de las instituciones del código abrogado ya no respondían a las necesidades modernas con que el derecho civil se venía desarrollando.

Este Código está dividido en su plan en 5 Libros de la siguiente manera: Libro Primero De las Personas con 73 artículos, del 1º al 73; el Libro Segundo De los bienes, de la propiedad y de los derechos reales sobre cosa ajena, con 217 artículos, del 74 al 290; el Libro Tercero De las Obligaciones con 709 artículos, del 291 al 999; el Libro Cuarto De las sucesiones por causa de muerte, con 279 artículos, del 1000 al 1278; y el Libro Quinto, Del ejercicio, protección y extinción de los derechos, con 291 artículos, del 1279 al 1570. Este Código entró en vigencia el 2 de abril de 1976 y no ha sido reformado, modificado ni enmendado hasta la fecha⁽¹¹⁾.

Los codificadores del nuevo Código Civil dejaron de lado la fuente original que comandaba en el abrogado Código Santa Cruz y optaron por una reforma integral del mismo, para lo cual tomaron como modelo fundamental para el nuevo Código Civil, el Código Civil italiano de 1942. Debido a que este código no cuenta con una exposición de motivos, como tampoco los codificadores dieron ninguna explicación sobre la inserción de algunas instituciones que no estaban anteriormente contempladas en el Código Santa Cruz, la construcción de instituciones como las del contrato, representó desde luego una novedad

(11) En 1997 el Ministerio de Justicia dispuso la constitución de una comisión encargada de la Revisión y Actualización del Código Civil compuesta por los Drs. Oscar Frerking Salas y Pastor Ortiz Mattos de la ciudad de Sucre, y los Drs. Mario Cordero Miranda y Enrique Díaz Romero de la ciudad de La Paz, como consultores para llevar adelante dicho cometido. Dicha comisión concluyó su trabajo en 1999, Encontrándose en la actualidad para consideración del Poder Legislativo para su tratamiento y posterior aprobación.

aunque con variantes que no provienen exclusivamente de su nueva fuente italiana.

En el tema que nos ocupa, el efecto relativo de los contratos se los encuentra tratado en dos artículos, 523 y 524, y sobre los cuales se asienta toda la teoría de dichos efectos relativos⁽¹²⁾. En efecto, sólo son las partes contratantes por regla general las afectadas por los contratos; sólo a éstas les vincula y obliga, lo quisieron al momento de contratar y esto es precisamente la relatividad del contrato o los efectos relativos del contrato. No se puede esperar que haya una expansión del contrato hacia aquellas personas que no intervinieron en su celebración, y por tanto, los terceros no pueden verse afectados, salvo con carácter de excepción que ocurra un cambio en la relación jurídica e ingrese otra persona —un tercero— a ocupar el lugar de alguno de ellos en la relación jurídica como lo tiene expresado Manuel Albaladejo⁽¹³⁾.

Si el contrato sólo realiza una afectación entre las partes que concurren a su celebración, conviene determinar quiénes son partes del mismo. Para Fernando J. López de Zavalía cabe distinguir entre parte formal y parte sustancial. Parte formal es quien emite la declaración de voluntad. Parte sustancial es el titular de la esfera de intereses que el contrato tiende a regular⁽¹⁴⁾. El también autor argentino Eduardo L. Gregorini Clusellas, señala que pueden ser parte de un contrato: a) quien otorga el contrato a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; b) quien es representado por un otorgante, que actúa en su nombre en interés ajeno, y c) quien manifiesta la voluntad contractual,

(12) Dichos artículos establecen lo siguiente: Art. 523. “(Eficacia respecto a terceros). Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no dañan ni aprovechan a un tercero, sino en los casos previstos por la ley. Art. 524. (Presunción). Se presume que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes, a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza del contrato.”

(13) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*, vol. I, 10ª ed., p. 447: “El contrato inicialmente produce efectos sólo entre los contratantes que lo celebran. Ahora bien, cuando el puesto de estos (o de uno de ellos) pasa a ocupar otra persona (por ejemplo, su heredero, o quien *inter vivos* sea causahabiente de uno de los celebrantes), ésta entre en la relación jurídica contractual en vez de aquel cuyo lugar ocupa, y entonces se puede decir que el contrato —siempre que los derechos y obligaciones que de él procedan no sean intransmisibles por naturaleza, por pacto o por disposición de la ley— produce efectos entre las sucesores de quienes lo otorgaron (Cód. Civil español, art. 1.257)

(14) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos, Parte General*, 3ª ed, p. 304.

aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación⁽¹⁵⁾

Es interesante anotar lo que establece el art. 524 cuando por vía de “presunción” (*nomen juris* con el que se da inicio a este artículo) abarca la expansión del contrato a aquellas partes que no concurrieron a su celebración, y que, sin embargo, se ven afectadas por los efectos que éstos producen y prescribe de manera enfática, que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes. De acuerdo con la forma como puede presentarse la situación jurídica-contractual, no considero que puedan actuar los efectos de los contratos por la vía de la presunción. No es lo adecuado otorgarle al efecto expansivo de la proyección de la relación obligacional, a la presunción; aunque expresamente lo señale dicho artículo en examen, como también en su *nomen juris*, por lo que debemos concluir en sentido de que este artículo consagra la excepción de la relatividad de los contratos no solamente a los herederos sino también a toda clase de causahabientes.

Este hecho de incluir tanto a los herederos como a los causahabientes es una situación todavía muy discutida en las legislaciones de los países y la doctrina de los diferentes autores. Así en el Código Civil argentino en su art. 1195 se refiere a los herederos y sucesores universales y no menciona a causahabientes, que como se tiene, éstos pueden ser a título universal o particular y en este último caso se encuentran los legatarios.

Llama la atención que el art. 524 del nuevo Código Civil boliviano haya involucrado no sólo a los herederos sino a los causahabientes, o sea, que éstos si son a título particular se ven inclusive afectados por los efectos del contrato, cuando en la realidad y desde nuestra perspectiva estrictamente jurídica un heredero a título particular, legatario, no puede verse ni beneficiado ni perjudicado por el contrato. Como manifestamos líneas arriba no existe una explicación jurídica junto al Código como una exposición de motivos, así como tampoco en las Bases para un Nuevo Código Civil boliviano de la razón a esta inclusión a los causahabientes.

Señalábamos *ut supra* que las fuentes del abrogado Código Civil Santa Cruz fue preponderantemente el Código Civil de Napoleón y en la parte que corresponde a los efectos relativos de los efectos de los

(15) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Derecho de los contratos 2, Parte General*, p. 924.

contratos, este Código en su art. 1122, se refiere tanto a los herederos como causahabientes, mientras que en el abrogado Código de Santa Cruz, solamente se hace referencia a los herederos y no a los causahabientes⁽¹⁶⁾. De esta situación podemos colegir que si bien el art. 524 fue tomado del Código Civil francés, los redactores vieron por conveniente no incluir a los causahabientes probablemente porque entendían que los causahabientes a título particular pudieran verse afectados por los efectos de los contratos, lo cual no lo consideraron conveniente, de ahí que podemos afirmar que el abrogado Código Civil Santa Cruz, no siguió ni adoptó en esta institución a su predecesor al Código Civil francés.

Por otra parte y dentro de este análisis tan particular, el nuevo Código Civil de Bolivia de 1976 que como manifestábamos también tiene fuente italiana por el cambio efectuado por los redactores desde 1972, introdujeron vía de presunción que la extensión de los efectos del contrato se extienden hacia los herederos y hacia los causahabientes. Confrontando el Código Civil italiano en su art. 1372, no hace mención ni a los herederos ni a los causahabientes⁽¹⁷⁾. Por lo que mal se puede afirmar que el codificador boliviano haya tomado como fuente expresa para insertar el art. 524 en el Código Civil vigente en Bolivia. Más por el contrario, se tiene la impresión de que la fuente del citado art. 524 es el Código Civil francés en su art. 1122 que dice:

“se reputará que una persona ha estipulado por sí mismo y por sus herederos y causahabientes, a menos que no sea expresado lo contrario o no resulta de la naturaleza del acuerdo”.

Por su parte, el art. 524 del Código Civil boliviano de 1976 establece: Art. 524, “Presunción. Se presume que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes, a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza del contrato”.

El tratadista boliviano Dr. Carlos Morales Guillén al comentar el citado art. 524 manifiesta que este artículo es la excepción a la regla del *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* a que hace referencia el art. 523, en forma de presunción, es decir que admi-

(16) Código Civil francés, Art. 1122: “Se reputará que una persona ha estipulado por sí mismo y por sus herederos y causahabientes, a menos que no sea expresado lo contrario o no resulta de la naturaleza del acuerdo”.

(17) Código Civil italiano, Art. 1372 II: “El contrato no produce efectos respecto a terceros sino en los casos previstos por ley (1239, 1300 y ss., 1411, 1678, 1737)”.

te prueba en contrario⁽¹⁸⁾. No se tiene una explicación con relación a cuál fue el propósito del codificador boliviano de otorgarle la calidad de presunción, cuando en los Códigos en los cuales pudieron haberse inspirado (francés/italiano), no se hace mención a que la regla de quien contrata para sí, contrata para sí y para sus herederos, y causahabientes. Sería que la presunción se refiera cuando el mismo artículo señala: “a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza del contrato”. Considero que más que una presunción lo anterior viene a constituir una excepción a la regla de la relatividad, ya que la presunción conceptualmente tal como es conocida desde el punto de vista jurídico, es producto de la inferencia de un hecho conocido a un hecho desconocido, situación que podría llevar al juzgador a confusión al momento de aplicar estrictamente la regla del *inter alios acta*.

Esta aproximación vía excepción a los efectos relativos de los contratos, puede ser considerada más conveniente debido a que una cosa es de manera directa afirmar que quien contrata lo hace para sí, para sus herederos y causahabientes, y otra es supeditarla a una presunción, o sea que se presume que quien contrata lo hace también para sus herederos, pudiendo ser ésta una presunción, desde mi punto de vista, *juris tantum*, pues, si la ley establece que “a menos que lo contrario sea expresado de la naturaleza del contrato”, está expresando que nos encontramos frente a una excepción y no ante una presunción. Lamentablemente no tenemos fallos jurisprudenciales en el sentido de que los jueces bolivianos hayan aplicado la extensión de los efectos relativos del contrato a los herederos y causahabientes, por lo cual me abstengo de realizar mayores comentarios.

Otro aspecto que considero digno de ser mencionado y que ya fuera tomado en cuenta precedentemente, es el hecho de que el legislador boliviano incorporó adicionalmente de los herederos, a los causahabientes, pero sin especificar de qué clase de causahabientes pudieran tratarse. Sí serían causahabientes a título particular como los legatarios, o aquellos que apartándonos de la materia de sucesiones se refiera a temas contractuales en los cuales, por ejemplo, el comprador es causahabiente del vendedor, situación que no parece tener mucha coherencia ya que los efectos relativos de los contratos trata de establecer una proyección a aquellas situaciones provenientes precisamente del Derecho de Sucesiones, por lo que más se estaría refiriendo a los causahabientes a título particular.

(18) MORALES GUILLÉN, Carlos, *Código Civil boliviano concordado y anotado*, p. 379.

La inclusión de los causahabientes en el Nuevo Código Civil boliviano de 1976, lo hace de una manera muy general pudiéndose entender que éstos comprenden tanto a los causahabientes a título universal o a título particular y en su caso, como señala Marcel Planiol, debe tomarse en cuenta también a los acreedores quirografarios, siguiendo la línea de pensamiento jurídico francés, puesto que éstos en algún momento también pueden verse afectados por el contrato.

4. CONCLUSIONES

1. Con base al anteriormente expuesto y tomando en cuenta de que en Bolivia hubo cambio de fuente jurídica fundamental en el Código Civil que originariamente y a partir de 1831 durante la presidencia del Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana, se tomó como base el Código Civil Napoleón. Con la promulgación y vigencia del Nuevo Código Civil boliviano de 1976, se tomó como su fuente principal, el Código Civil italiano de 1942 habiendo representado un conjunto de situaciones jurídicas que no estaban contempladas como es natural en el antiguo pensamiento jurídico del Código Civil de 1831.

2. En materia de los efectos relativos de los contratos y en aplicación del principio de que éstos surten efectos solamente entre las partes contratantes y no benefician ni perjudican a terceros, el Código Civil de 1831, si bien tuvo una sistematización desordenada, sin embargo, fue la jurisprudencia la que se encargó de establecer de manera cabal el concepto del *inter inter alios acta*, habiéndose aplicado de manera conveniente el principio del *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

3. El Código Civil boliviano de 1976 incorporó como terceros tanto a los herederos como a los causahabientes, dentro de una presunción para que los efectos de los contratos les pudiera alcanzar, es decir, que el efecto expansivo de los contratos, va más allá de los herederos e incluye a los causahabientes.

4. La principal fuente del nuevo Código Civil boliviano de 1976 que constituye el Código Civil italiano, no menciona en los artículos pertinentes, es decir en los artículos 1372, 1239, 1300, 1411, 1678, 1737, ni a los herederos ni a los causahabientes.

5. El Código Civil francés en su art. 1122, incluye tanto a los herederos y causahabientes en la extensión de los efectos relativos de los contratos y constituiría la fuente del cual los codificadores bolivianos del nuevo Código Civil francés hayan tomado y lo habrían incluido en el art. 524, pero con una diferencia respecto de éste, es decir que lo in-

cluyeron como una presunción, cuando en el Código fuente (francés), se encuentra como excepción a la regla del *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

6. Se puede afirmar que el Código Civil boliviano de 1976 en lo referente a los efectos relativos de los contratos extensivos a terceros como son los herederos, ha incluido también a los causahabientes sin especificar si son a título particular o a otro título.

7. No existen precedentes jurisprudenciales que de manera clara hayan dado una aplicación para explicar cómo un causahabiente y qué clase de causahabiente pudiese ser afectado por los efectos de un contrato.

La Paz, 19 de noviembre de 2010.

ANEXOS

1. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT

2. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 (VERSIÓN EN ESPAÑOL)

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT

3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS
COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

4. CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO)
ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA

5. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)

6. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (MINISTERIO DE JUSTICIA - GOBIERNO DE ESPAÑA)

7. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP)

I. PRINCIPIOS UNIDROIT - SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT

ÍNDICE

	Pág.
Preámbulo (Propósito de los Principios)	1717
CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 1.1 (Libertad de contratación)	1718
Artículo 1.2 (Libertad de forma).....	1718
Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos)	1718
Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo).....	1718
Artículo 1.5 (Exclusión o modificación de los Principios por las partes)	1718
Artículo 1.6 (Interpretación e integración de los Principios).....	1719
Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)	1719
Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. <i>Venire contra factum proprium</i>).....	1719
Artículo 1.9 (Usos y prácticas)	1719
Artículo 1.10 (Notificación)	1719
Artículo 1.11 (Definiciones).....	1720
Artículo 1.12 (Modo de contar los plazos fijados por las partes)	1720
CAPÍTULO 2: FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES	
SECCIÓN 1: FORMACIÓN	
Artículo 2.1.1 (Modo de perfección)	1721
Artículo 2.1.2 (Definición de la oferta)	1721
Artículo 2.1.3 (Retiro de la oferta)	1721
Artículo 2.1.4 (Revocación de la oferta).....	1721
Artículo 2.1.5 (Rechazo de la oferta).....	1722
Artículo 2.1.6 (Modo de aceptación)	1722
Artículo 2.1.7 (Plazo para la aceptación).....	1722
Artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo).....	1722

	Pág.
Artículo 2.1.9 (Aceptación tardía. Demora en la transmisión)	1722
Artículo 2.1.10 (Retiro de la aceptación)	1723
Artículo 2.1.11 (Aceptación modificada).....	1723
Artículo 2.1.12 (Confirmación por escrito)	1723
Artículo 2.1.13 (Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular).....	1723
Artículo 2.1.14 (Contrato con términos “abiertos”).....	1724
Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe).....	1724
Artículo 2.1.16 (Deber de confidencialidad).....	1724
Artículo 2.1.17 (Cláusulas de integración)	1724
Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular)	1725
Artículo 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar)	1725
Artículo 2.1.20 (Cláusulas sorpresivas).....	1725
Artículo 2.1.21 (Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar).....	1725
Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios).....	1725

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

Artículo 2.2.1 (Ámbito de aplicación de esta sección)	1726
Artículo 2.2.2 (Constitución y alcance de la facultad del representante)	1726
Artículo 2.2.3 (Representación aparente).....	1726
Artículo 2.2.4 (Representación oculta)	1727
Artículo 2.2.5 (Representante actuando sin poder o excediéndolo).....	1727
Artículo 2.2.6 (Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo) lo).....	1727
Artículo 2.2.7 (Conflicto de intereses)	1727
Artículo 2.2.8 (Sub-representación).....	1728
Artículo 2.2.9 (Ratificación)	1728
Artículo 2.2.10 (Extinción del poder)	1728

CAPÍTULO 3: VALIDEZ

Artículo 3.1 (Cuestiones excluidas).....	1729
Artículo 3.2 (Validez del mero acuerdo).....	1729
Artículo 3.3 (Imposibilidad inicial).....	1729
Artículo 3.4 (Definición del error).....	1729
Artículo 3.5 (Error determinante)	1729
Artículo 3.6 (Error en la expresión o en la transmisión).....	1730
Artículo 3.7 (Remedios por incumplimiento).....	1730
Artículo 3.8 (Dolo)	1730
Artículo 3.9 (Intimidación)	1730

	Pág.
Artículo 3.10 (Excesiva desproporción).....	1731
Artículo 3.11 (Terceros)	1731
Artículo 3.12 (Confirmación)	1731
Artículo 3.13 (Pérdida del derecho a anular el contrato)	1732
Artículo 3.14 (Notificación de anulación)	1732
Artículo 3.15 (Plazos)	1732
Artículo 3.16 (Anulación parcial).....	1732
Artículo 3.17 (Efectos retroactivos).....	1733
Artículo 3.18 (Daños y perjuicios).....	1733
Artículo 3.19 (Carácter imperativo de estas disposiciones).....	1733
Artículo 3.20 (Declaraciones unilaterales)	1733

CAPÍTULO 4: INTERPRETACIÓN

Artículo 4.1 (Intención de las partes).....	1733
Artículo 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos)	1734
Artículo 4.3 (Circunstancias relevantes).....	1734
Artículo 4.4 (Interpretación sistemática del contrato)	1734
Artículo 4.5 (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones).....	1734
Artículo 4.6 (Interpretación <i>contra proferentem</i>).....	1735
Artículo 4.7 (Discrepancias lingüísticas).....	1735
Artículo 4.8 (Integración del contrato)	1735

CAPÍTULO 5: CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS SECCIÓN 1: CONTENIDO

Artículo 5.1.1 (Obligaciones expresas e implícitas).....	1735
Artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas)	1736
Artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes)	1736
Artículo 5.1.4 (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)	1736
Artículo 5.1.5 (Determinación del tipo de obligación).....	1736
Artículo 5.1.6 (Determinación de la calidad de la prestación)	1737
Artículo 5.1.7 (Determinación del precio).....	1737
Artículo 5.1.8 (Contrato de tiempo indefinido)	1737
Artículo 5.1.9 (Renuncia por acuerdo de partes).....	1737

SECCIÓN 2: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1 (Estipulación a favor de terceros).....	1738
Artículo 5.2.2 (Identificación del beneficiario)	1738

	Pág.
Artículo 5.2.3 (Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)	1738
Artículo 5.2.4 (Excepciones)	1738
Artículo 5.2.5 (Revocación)	1738
Artículo 5.2.6 (Renuncia)	1738

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1 (Momento del cumplimiento)	1739
Artículo 6.1.2 (Cumplimiento en un solo momento o en etapas)	1739
Artículo 6.1.3 (Cumplimiento parcial)	1739
Artículo 6.1.4 (Secuencia en el cumplimiento)	1739
Artículo 6.1.5 (Cumplimiento anticipado)	1740
Artículo 6.1.6 (Lugar del cumplimiento)	1740
Artículo 6.1.7 (Pago con cheque u otro instrumento)	1740
Artículo 6.1.8 (Pago por transferencia de fondos)	1740
Artículo 6.1.9 (Moneda de pago)	1741
Artículo 6.1.10 (Moneda no expresada)	1741
Artículo 6.1.11 (Gastos del cumplimiento)	1741
Artículo 6.1.12 (Imputación de pagos)	1742
Artículo 6.1.13 (Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)	1742
Artículo 6.1.14 (Solicitud de autorización pública)	1742
Artículo 6.1.15 (Gestión de la autorización)	1743
Artículo 6.1.16 (Autorización ni otorgada ni denegada)	1743
Artículo 6.1.17 (Autorización denegada)	1743

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)	1743
Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1744
Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1744

CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 7.1.1 (Definición del incumplimiento)	1745
Artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte)	1745
Artículo 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento)	1745
Artículo 7.1.4 (Subsanación del incumplimiento)	1745
Artículo 7.1.5 (Período suplementario para el cumplimiento)	1746
Artículo 7.1.6 (Cláusulas de exoneración)	1746
Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) (force majeure)	1747

SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

Artículo 7.2.1 (Cumplimiento de obligaciones dinerarias).....	1747
Artículo 7.2.2 (Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)	1747
Artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa).....	1748
Artículo 7.2.4 (Pena judicial)	1748
Artículo 7.2.5 (Cambio de remedio)	1748

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN

Artículo 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato)	1748
Artículo 7.3.2 (Notificación de la resolución)	1749
Artículo 7.3.3 (Incumplimiento anticipado)	1749
Artículo 7.3.4 (Garantía adecuada de cumplimiento)	1749
Artículo 7.3.5 (Efectos generales de la resolución)	1750
Artículo 7.3.6 (Restitución)	1750

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

Artículo 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)	1750
Artículo 7.4.2 (Reparación integral)	1750
Artículo 7.4.3 (Certeza del daño)	1751
Artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño)	1751
Artículo 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)	1751
Artículo 7.4.6 (Prueba del daño por el precio corriente)	1751
Artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)	1752
Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño)	1752
Artículo 7.4.9 (Intereses por falta de pago de dinero)	1752
Artículo 7.4.10 (Intereses sobre el resarcimiento)	1753
Artículo 7.4.11 (Modalidad de la compensación monetaria)	1753
Artículo 7.4.12 (Moneda en la que se fija el resarcimiento)	1753
Artículo 7.4.13 (Pago estipulado para el incumplimiento)	1753

CAPÍTULO 8: COMPENSACIÓN

Artículo 8.1 (Condiciones de la compensación)	1753
Artículo 8.2 (Compensación de deudas en moneda extranjera)	1754
Artículo 8.3 (Notificación de la compensación)	1754
Artículo 8.4 (Contenido de la notificación)	1754
Artículo 8.5 (Efectos de la compensación)	1754

	Pág.
CAPÍTULO 9: CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS	
SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS	
Artículo 9.1.1 (Definiciones)	1755
Artículo 9.1.2 (Exclusiones)	1755
Artículo 9.1.3 (Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)	1755
Artículo 9.1.4 (Cesión parcial)	1755
Artículo 9.1.5 (Cesión de créditos futuros)	1755
Artículo 9.1.6 (Créditos cedidos sin especificación individual)	1756
Artículo 9.1.7 (Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)	1756
Artículo 9.1.8 (Costes adicionales del deudor)	1756
Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión)	1756
Artículo 9.1.10 (Notificación al deudor)	1756
Artículo 9.1.11 (Cesiones sucesivas)	1757
Artículo 9.1.12 (Prueba adecuada de la cesión)	1757
Artículo 9.1.13 (Excepciones y derechos de compensación)	1757
Artículo 9.1.14 (Derechos relativos al crédito cedido)	1757
Artículo 9.1.15 (Obligaciones del cedente)	1758
SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES	
Artículo 9.2.1 (Modalidades de la transferencia)	1758
Artículo 9.2.2 (Exclusión)	1758
Artículo 9.2.3 (Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia).....	1758
Artículo 9.2.4 (Consentimiento anticipado del acreedor)	1759
Artículo 9.2.5 (Liberación del deudor originario)	1759
Artículo 9.2.6 (Cumplimiento a cargo de un tercero)	1759
Artículo 9.2.7 (Excepciones y derechos de compensación)	1759
Artículo 9.2.8 (Derechos relativos a la obligación transferida)	1759
SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS	
Artículo 9.3.1 (Definiciones).....	1760
Artículo 9.3.2 (Exclusión)	1760
Artículo 9.3.3 (Exigencia del consentimiento de la otra parte)	1760
Artículo 9.3.4 (Consentimiento anticipado de la otra parte)	1760
Artículo 9.3.5 (Liberación del cedente)	1761
Artículo 9.3.6 (Excepciones y derechos de compensación)	1761
Artículo 9.3.7 (Créditos cedidos con el contrato)	1761

CAPÍTULO 10: PRESCRIPCIÓN

Artículo 10.1 (Ámbito de aplicación de este Capítulo)	1761
Artículo 10.2 (Períodos de prescripción)	1762
Artículo 10.3 (Modificación de los períodos de prescripción por las partes)	1762
Artículo 10.4 (Nuevo período de prescripción por reconocimiento)	1762
Artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial)	1762
Artículo 10.6 (Suspensión por procedimiento arbitral)	1763
Artículo 10.7 (Medios alternativos para la resolución de controversias)	1763
Artículo 10.8 (Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)	1763
Artículo 10.9 (Efectos del vencimiento del período de prescripción)	1764
Artículo 10.10 (Derecho de compensación)	1764
Artículo 10.11 (Restitución)	1764



1. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO – UNIDROIT

Preámbulo

(Propósito de los Principios) Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos⁽¹⁾.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

(1) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos...].”

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].”

CAPÍTULO 1 DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.1

(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Artículo 1.2

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

Artículo 1.3

(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

Artículo 1.4

(Normas de carácter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Artículo 1.5

(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

Artículo 1.6

(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

Artículo 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo 1.8

(Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)
Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

Artículo 1.9

(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Artículo 1.10

(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

Artículo 1.11

(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

- “tribunal” incluye un tribunal arbitral;

- si una de las partes tiene más de un “establecimiento,” su “establecimiento” será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

- “deudor” o “deudora” es la parte a quien compete cumplir una obligación, y “acreedor” o “acreedora” es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;

- “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

Artículo 1.12

(Modo de contar los plazos fijados por las partes)

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.

(2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

CAPÍTULO 2 FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1 FORMACIÓN

Artículo 2.1.1

(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

Artículo 2.1.2

(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Artículo 2.1.3

(Retiro de la oferta)

(1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.

(2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 2.1.4

(Revocación de la oferta)

(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

(a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o

(b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

Artículo 2.1.5

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

Artículo 2.1.6

(Modo de aceptación)

(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

(2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

(3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

Artículo 2.1.7

(Plazo para la aceptación) La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Artículo 2.1.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

Artículo 2.1.9

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

Artículo 2.1.10

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

Artículo 2.1.11

(Aceptación modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Artículo 2.1.12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

Artículo 2.1.13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular) Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

Artículo 2.1.14

(Contrato con términos “abiertos”)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

(a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o

(b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

Artículo 2.1.15

(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 2.1.16

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Artículo 2.1.17

(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o

complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

Artículo 2.1.18

(Modificación en una forma en particular)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

Artículo 2.1.19

(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

Artículo 2.1.20

(Cláusulas sorpresivas)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Artículo 2.1.2

(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

Artículo 2.1.22

(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se

entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

SECCIÓN 2

APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

Artículo 2.2.1

(Ámbito de aplicación de esta sección)

(1) Esta sección regula la facultad de una persona (“el representante”) para afectar las relaciones jurídicas de otra persona (“el representado”) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado.

(2) Esta sección sólo regula las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por el otro.

(3) Esta sección no regula la facultad del representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

Artículo 2.2.2

(Constitución y alcance de la facultad del representante)

(1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tácito.

(2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido.

Artículo 2.2.3

(Representación aparente)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consenti-

miento del representado, el representante asume la posición de parte contratante.

Artículo 2.2.4

(Representación oculta)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, podrá ejercitar también contra este último las acciones que tenga en contra del representante.

Artículo 2.2.5

(Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo)

(1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.

Artículo 2.2.6

(Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)

(1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo.

(2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

Artículo 2.2.7

(Conflicto de intereses)

(1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía

o debiera haber sabido, el representado puede anular el contrato. El derecho a la anulación se somete a los Artículos 3.12 y 3.14 a 3.17.

(2) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato

(a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o

(b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y éste nada ha objetado en un plazo razonable.

Artículo 2.2.8

(Sub-representación)

Un representante tiene la facultad implícita para designar un sub-representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente. Las disposiciones de esta sección se aplican a la sub-representación.

Artículo 2.2.9

(Ratificación)

(1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento.

(2) El tercero puede, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, no podrá hacerlo después.

(3) Si, al momento de actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, éste puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.

Artículo 2.2.10

(Extinción del poder)

(1) La extinción del poder no es efectiva en relación a un tercero a menos que éste la conozca o debiera haberla conocido.

(2) No obstante la extinción de su poder, un representante continúa facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado.

CAPÍTULO 3 VALIDEZ

Artículo 3.1

(Cuestiones excluidas)

Estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por:

- (a) falta de capacidad;
- (b) inmoralidad o ilegalidad.

Artículo 3.2

(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

Artículo 3.3

(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

Artículo 3.4

(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

Artículo 3.5

(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas,

y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

Artículo 3.6

(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

Artículo 3.7

(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

Artículo 3.8

(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

Artículo 3.9

(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

Artículo 3.10

(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2).

Artículo 3.11

(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato.

Artículo 3.12

(Confirmación)

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación.

Artículo 3.13*(Pérdida del derecho a anular el contrato)*

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

Artículo 3.14*(Notificación de anulación)*

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

Artículo 3.15*(Plazos)*

(1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.

(2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del Artículo 3.10, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

Artículo 3.16*(Anulación parcial)*

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

Artículo 3.17

(Efectos retroactivos)

(1) La anulación tiene efectos retroactivos.

(2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. Si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra parte.

Artículo 3.18

(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, 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.

Artículo 3.19

(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

Artículo 3.20

(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

**CAPÍTULO 4
INTERPRETACIÓN****Artículo 4.1**

(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

Artículo 4.2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

(2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Artículo 4.3

(Circunstancias relevantes) Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

- (a) las negociaciones previas entre las partes;
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
- (f) los usos.

Artículo 4.4

(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

Artículo 4.5

(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Artículo 4.6

(Interpretación contra proferentem)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

Artículo 4.7

(Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

Artículo 4.8

(Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- (a) la intención de las partes;
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial;
- (d) el sentido común.

CAPÍTULO 5 CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1 CONTENIDO

Artículo 5.1.1

(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

Artículo 5.1.2

(Obligaciones implícitas) Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
- (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial.
- (d) el sentido común.

Artículo 5.1.3

(Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

Artículo 5.1.4

(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Artículo 5.1.5

(Determinación del tipo de obligación) Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

- (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
- (b) el precio y otros términos del contrato;
- (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
- (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

Artículo 5.1.6

(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada sobre la base de éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

Artículo 5.1.7

(Determinación del precio)

(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.

(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.

(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.

(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Artículo 5.1.8

(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

Artículo 5.1.9

(Renuncia por acuerdo de partes)

(1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor.

(2) La oferta de renunciar a título gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente después de conocerla.

SECCIÓN 2 ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1

(Estipulación a favor de terceros)

(1) Las partes (el “promitente” y el “estipulante”) pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el “beneficiario”).

(2) La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo.

Artículo 5.2.2

(Identificación del beneficiario)

El beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza pero no necesita existir cuando se celebre el contrato.

Artículo 5.2.3

(Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)

El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una cláusula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario.

Artículo 5.2.4

(Excepciones)

El promitente puede oponer al beneficiario toda excepción que el promitente pueda oponer al estipulante.

Artículo 5.2.5

(Revocación)

Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras éste no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos.

Artículo 5.2.6

(Renuncia)

El beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue.

CAPÍTULO 6 CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1 CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1

(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

(a) si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;

(b) si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;

(c) en cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

Artículo 6.1.2

(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

Artículo 6.1.3

(Cumplimiento parcial)

(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Artículo 6.1.4

(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

(2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

Artículo 6.1.5

(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Artículo 6.1.6

(Lugar del cumplimiento)

(1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:

(a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;

(b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.

(2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

Artículo 6.1.7

(Pago con cheque u otro instrumento) (1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

(2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

Artículo 6.1.8

(Pago por transferencia de fondos)

(1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.

(2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

Artículo 6.1.9

(Moneda de pago)

(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

(a) dicha moneda no sea convertible libremente; o

(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1) (b) de este Artículo.

(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.

(4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

Artículo 6.1.10

(Moneda no expresada)

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

Artículo 6.1.11

(Gastos del cumplimiento)

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 6.1.12*(Imputación de pagos)*

(1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.

(2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.

(3) A falta de imputación conforme a los párrafos (1) o (2) de este Artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:

- (a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;
- (b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;
- (c) la obligación que es más onerosa para el deudor;
- (d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

Artículo 6.1.13*(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)*

El Artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

Artículo 6.1.14*(Solicitud de autorización pública)*

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

- (a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal Estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y
- (b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

Artículo 6.1.15

(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.

(2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

Artículo 6.1.16

(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

(2) No se aplicará lo previsto en el párrafo (1) de este Artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

Artículo 6.1.17

(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.

(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

SECCIÓN 2 EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)

Artículo 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a

cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

Artículo 6.2.2

(*Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship)*) Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3

(*Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)*)

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

CAPÍTULO 7 INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1 INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 7.1.1

(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

Artículo 7.1.2

(Interferencia de la otra parte) Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

Artículo 7.1.3

(Suspensión del cumplimiento)

(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.

(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

Artículo 7.1.4

(Subsanación del incumplimiento)

(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

(a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;

(b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;

(c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y

(d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.

(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.

(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

Artículo 7.1.5

(Período suplementario para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.

(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

Artículo 7.1.6

(Cláusulas de exoneración) Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra par-

te razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

Artículo 7.1.7

(Fuerza mayor) (force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

SECCIÓN 2 DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

Artículo 7.2.1

(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

Artículo 7.2.2

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

(a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;

(b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;

(c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;

(d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o

(e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

Artículo 7.2.3

(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa) El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

Artículo 7.2.4

(Pena judicial)

(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.

(2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

Artículo 7.2.5

(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

SECCIÓN 3 RESOLUCIÓN

Artículo 7.3.1

(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

Artículo 7.3.2

(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

Artículo 7.3.3

(Incumplimiento anticipado) Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.4

(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del

cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.5

(Efectos generales de la resolución)

(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.

(2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

Artículo 7.3.6

(Restitución)

(1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al efecto de la resolución.

SECCIÓN 4 RESARCIMIENTO

Artículo 7.4.1

(Derecho al resarcimiento)

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

Artículo 7.4.2

(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier

pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

Artículo 7.4.3

(Certeza del daño)

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

(2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.

(3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

Artículo 7.4.4

(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

Artículo 7.4.5

(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

Artículo 7.4.6

(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

Artículo 7.4.7

(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

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

Artículo 7.4.8

(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

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

Artículo 7.4.9

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

Artículo 7.4.10

(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

Artículo 7.4.11

(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.

(2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

Artículo 7.4.12

(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

Artículo 7.4.13

(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

CAPÍTULO 8 COMPENSACIÓN

Artículo 8.1

(Condiciones de la compensación)

(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”) si en el momento de la compensación:

- (a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;
- (b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

(2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado.

Artículo 8.2

(Compensación de deudas en moneda extranjera)

Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte sólo podrá pagar en una moneda determinada.

Artículo 8.3

(Notificación de la compensación)

El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte.

Artículo 8.4

(Contenido de la notificación)

(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere.

(2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente.

Artículo 8.5

(Efectos de la compensación)

- (1) La compensación extingue las obligaciones.
- (2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa.
- (3) La compensación surte efectos desde la notificación.

CAPÍTULO 9

CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

SECCIÓN 1

CESIÓN DE CRÉDITOS

Artículo 9.1.1

(Definiciones)

“Cesión de créditos” es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el “cedente”) a otra (el “cesionario”) de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el “deudor”), incluyendo una transferencia a modo de garantía.

Artículo 9.1.2

(Exclusiones)

Esta sección no se aplica a las transferencias sometidas a las reglas especiales que regulan transferencias:

(a) de instrumentos como títulos de crédito, títulos representativos de dominio, instrumentos financieros, o

(b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa.

Artículo 9.1.3

(Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)

Un crédito relativo a una prestación no dineraria sólo puede ser cedido si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

Artículo 9.1.4

(Cesión parcial)

(1) Un crédito relativo al pago de una suma de dinero puede ser cedido parcialmente.

(2) Un crédito relativo a una prestación no dineraria puede ser cedido parcialmente sólo si es divisible y si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

Artículo 9.1.5

(Cesión de créditos futuros)

Un crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que cuando llegue a existir dicho crédito pueda ser identificado como al que la cesión se refiere.

Artículo 9.1.6

(Créditos cedidos sin especificación individual)

Pueden cederse varios créditos sin que sean identificados individualmente, siempre que tales créditos, en el momento de la cesión o cuando lleguen a existir, puedan ser identificados como a los que la cesión se refiere.

Artículo 9.1.7

(Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)

(1) Un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor.

(2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligación, según las circunstancias, sea de carácter esencialmente personal.

Artículo 9.1.8

(Costes adicionales del deudor) El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costes adicionales causados por la cesión.

Artículo 9.1.9

(Cláusulas prohibiendo la cesión)

(1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

(2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

Artículo 9.1.10

(Notificación al deudor)

(1) El deudor se libera pagando al cedente mientras no haya recibido del cedente o del cesionario una notificación de la cesión.

(2) Después que el deudor recibe tal notificación, sólo se libera pagando al cesionario.

Artículo 9.1.11

(Cesiones sucesivas)

Si un mismo crédito ha sido cedido por el cedente a dos o más cesionarios sucesivos, el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas.

Artículo 9.1.12

(Prueba adecuada de la cesión)

(1) Si la notificación de la cesión es dada por el cesionario, el deudor puede solicitar al cesionario que dentro de un plazo razonable suministre prueba adecuada de que la cesión ha tenido lugar.

(2) El deudor puede suspender el pago hasta que se suministre prueba adecuada.

(3) La notificación no surte efectos a menos que se suministre prueba adecuada de la cesión.

(4) Prueba adecuada de la cesión incluye, pero no está limitada a, cualquier escrito emanado del cedente e indicando que la cesión ha tenido lugar.

Artículo 9.1.13

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente.

(2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensación de que disponga contra el cedente hasta el momento en que ha recibido la notificación de la cesión.

Artículo 9.1.14

(Derechos relativos al crédito cedido)

La cesión de un crédito transfiere al cesionario:

(a) todos los derechos del cedente a un pago o a otra prestación previstos por el contrato en relación con el crédito cedido, y

(b) todos los derechos que garantizan el cumplimiento del crédito cedido.

Artículo 9.1.15

(Obligaciones del cedente) El cedente garantiza al cesionario, excepto que algo distinto se manifieste al cesionario, que:

(a) el crédito cedido existe al momento de la cesión, salvo que el crédito sea un derecho futuro;

(b) el cedente está facultado para ceder el crédito;

(c) el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero;

(d) el deudor no tiene excepción alguna;

(e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensación alguna respecto del crédito cedido y no darán tal notificación;

(f) el cedente reembolsará al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificación de la cesión.

**SECCIÓN 2
TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES****Artículo 9.2.1**

(Modalidades de la transferencia) Una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación puede ser transferida de una persona (el “deudor originario”) a otra (el “nuevo deudor”) sea:

(a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor, conforme al Artículo 9.2.3, o

(b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, por el cual el nuevo deudor asume la obligación.

Artículo 9.2.2

(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las transferencias de obligaciones sometidas a reglas especiales que regulan transferencias de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

Artículo 9.2.3

(Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia)
La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor

Artículo 9.2.4

(Consentimiento anticipado del acreedor)

(1) El acreedor puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si el acreedor ha dado su consentimiento anticipadamente, la transferencia de la obligación surte efectos cuando una notificación de la transferencia se da al acreedor o cuando el acreedor la reconoce.

Artículo 9.2.5

(Liberación del deudor originario)

(1) El acreedor puede liberar al deudor originario.

(2) El acreedor puede también retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente.

Artículo 9.2.6

(Cumplimiento a cargo de un tercero)

(1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona que ésta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal.

(2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor.

Artículo 9.2.7

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podía oponer contra el acreedor.

(2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningún derecho de compensación disponible al deudor originario contra el acreedor.

Artículo 9.2.8

(Derechos relativos a la obligación transferida)

(1) El acreedor puede oponer contra el nuevo deudor, respecto de la obligación transferida, todos sus derechos al pago o a otra prestación bajo el contrato.

(2) Si el deudor originario es liberado en virtud del Artículo 9.2.5(1), queda también liberada cualquier garantía otorgada para el cumplimiento de la obligación por cualquier otra persona que no sea el nuevo deudor, a menos que esa otra persona acuerde que la garantía continuará disponible al acreedor.

(3) La liberación del deudor originario también se extiende a cualquier garantía del deudor originario otorgada al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación, a menos que la garantía sea sobre un bien que sea transferido como parte de una operación entre el deudor originario y el nuevo deudor.

SECCIÓN 3 CESIÓN DE CONTRATOS

Artículo 9.3.1

(Definiciones)

“Cesión de contrato” es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el “cedente”) a otra (el “cesionario”) de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la “otra parte”).

Artículo 9.3.2

(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa.

Artículo 9.3.3

(Exigencia del consentimiento de la otra parte)

La cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte.

Artículo 9.3.4

(Consentimiento anticipado de la otra parte)

(1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce.

Artículo 9.3.5

(Liberación del cedente)

- (1) La otra parte puede liberar al cedente.
- (2) La otra parte puede también retener al cedente como deudor en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente.
- (3) En cualquier otro caso, el cedente y el cesionario responden solidariamente.

Artículo 9.3.6

(Excepciones y derechos de compensación)

- (1) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.13.
- (2) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.7.

Artículo 9.3.7

(Derechos cedidos con el contrato)

- (1) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.14.
- (2) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.8.

**CAPÍTULO 10
PRESCRIPCIÓN****Artículo 10.1**

(Ámbito de aplicación de este capítulo)

- (1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la expiración de un período de tiempo, denominado “período de prescripción”, según las reglas de este capítulo.
- (2) Este capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte, como condición para la adquisición o ejercicio de su derecho, que efectúe una notificación a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento jurídico.

Artículo 10.2*(Períodos de prescripción)*

(1) El período ordinario de prescripción es tres años, que comienza al día siguiente del día en que el acreedor conoció o debiera haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser ejercido.

(2) En todo caso, el período máximo de prescripción es diez años, que comienza al día siguiente del día en que el derecho podía ser ejercido.

Artículo 10.3*(Modificación de los períodos de prescripción por las partes)*

(1) Las partes pueden modificar los períodos de prescripción.

(2) Sin embargo, ellas no podrán:

(a) acortar el período ordinario de prescripción a menos de un año;

(b) acortar el período máximo de prescripción a menos de cuatro años;

(c) prorrogar el período máximo de prescripción a más de quince años.

Artículo 10.4*(Nuevo período de prescripción por reconocimiento)*

(1) Cuando el deudor reconoce el derecho del acreedor antes del vencimiento del período ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo período ordinario de prescripción al día siguiente del reconocimiento.

(2) El período máximo de prescripción no comienza a correr nuevamente, pero puede ser superado por el comienzo de un nuevo período ordinario de prescripción conforme al Artículo 10.2(1).

Artículo 10.5*(Suspensión por procedimiento judicial)*

(1) El decurso del período de prescripción se suspende:

(a) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es

reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor;

(b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; o

(c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

Artículo 10.6

(Suspensión por procedimiento arbitral)

(1) El decurso del período de prescripción se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral, o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se considera comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

Artículo 10.7

(Medios alternativos para la resolución de controversias)

Las disposiciones de los Artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias.

Artículo 10.8

(Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)

(1) Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del período de prescripción según los Artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podía ni evitar ni superar, el período ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir.

(2) Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor, la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En este caso se aplica el período suplementario de un año, conforme al párrafo (1).

Artículo 10.9

(Efectos del vencimiento del período de prescripción)

(1) El vencimiento del período de prescripción no extingue el derecho.

(2) Para que el vencimiento del período de prescripción tenga efecto, el deudor debe invocarlo por vía de excepción.

(3) La existencia de un derecho siempre puede ser invocada por vía de excepción a pesar de haberse invocado el vencimiento del período de prescripción para el ejercicio de dicho derecho.

Artículo 10.10

(Derecho de compensación)

El acreedor puede ejercitar el derecho de compensación mientras el deudor no haya opuesto el vencimiento del período de prescripción.

Artículo 10.11

(Restitución)

Cuando ha habido prestación en cumplimiento de la obligación, no hay derecho a la restitución por el solo hecho de haber vencido el período de prescripción.

2. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 (VERSIÓN EN ESPAÑOL)

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT

ÍNDICE

	Pág.
Preámbulo (Propósito de los Principios)	1773
CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 1.1 (Libertad de contratación)	1774
Artículo 1.2 (Libertad de forma).....	1774
Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos)	1774
Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo).....	1774
Artículo 1.5 (Exclusión o modificación de los Principios por las partes)	1774
Artículo 1.6 (Interpretación e integración de los Principios).....	1775
Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)	1775
Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. Venire <i>contra factum proprium</i>).....	1775
Artículo 1.9 (Usos y prácticas)	1775
Artículo 1.10 (Notificación)	1775
Artículo 1.11 (Definiciones).....	1776
Artículo 1.12 (Modo de contar los plazos fijados por las partes).....	1776
CAPÍTULO 2: FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES	
SECCIÓN 1: FORMACIÓN	
Artículo 2.1.1 (Modo de perfección)	1777
Artículo 2.1.2 (Definición de la oferta)	1777
Artículo 2.1.3 (Retiro de la oferta)	1777
Artículo 2.1.4 (Revocación de la oferta).....	1777
Artículo 2.1.5 (Rechazo de la oferta)	1778
Artículo 2.1.6 (Modo de aceptación)	1778
Artículo 2.1.7 (Plazo para la aceptación)	1778

	Pág.
Artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo).....	1778
Artículo 2.1.9 (Aceptación tardía. Demora en la transmisión)	1778
Artículo 2.1.10 (Retiro de la aceptación)	1779
Artículo 2.1.11 (Aceptación modificada).....	1779
Artículo 2.1.12 (Confirmación por escrito)	1779
Artículo 2.1.13 (Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular).....	1779
Artículo 2.1.14 (Contrato con términos “abiertos”)	1780
Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe).....	1780
Artículo 2.1.16 (Deber de confidencialidad).....	1780
Artículo 2.1.17 (Cláusulas de integración)	1781
Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular)	1781
Artículo 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar)	1781
Artículo 2.1.20 (Cláusulas sorpresivas).....	1781
Artículo 2.1.21 (Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)	1781
Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios).....	1782

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

Artículo 2.2.1 (Ámbito de aplicación de esta sección)	1782
Artículo 2.2.2 (Constitución y alcance de la facultad del representante)	1782
Artículo 2.2.3 (Representación aparente).....	1782
Artículo 2.2.4 (Representación oculta)	1783
Artículo 2.2.5 (Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo).....	1783
Artículo 2.2.6 (Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo).....	1783
Artículo 2.2.7 (Conflicto de intereses)	1784
Artículo 2.2.8 (Sub-representación).....	1784
Artículo 2.2.9 (Ratificación).....	1784
Artículo 2.2.10 (Extinción del poder).....	1784

CAPÍTULO 3: VALIDEZ

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 3.1.1 (Cuestiones excluidas).....	1785
Artículo 3.1.2 (Validez del mero acuerdo).....	1785
Artículo 3.1.3 (Imposibilidad inicial).....	1785
Artículo 3.1.4 (Carácter imperativo de las disposiciones).....	1785

SECCIÓN 2: CAUSALES DE ANULACIÓN

Artículo 3.2.1 (Definición del error).....	1785
Artículo 3.2.2 (Error determinante)	1786

	Pág.
Artículo 3.2.3 (Error en la expresión o en la transmisión).....	1786
Artículo 3.2.4 (Remedios por incumplimiento).....	1786
Artículo 3.2.5 (Dolo).....	1786
Artículo 3.2.6 (Intimidación).....	1787
Artículo 3.2.7 (Excesiva desproporción).....	1787
Artículo 3.2.8 (Terceros).....	1787
Artículo 3.2.9 (Confirmación).....	1788
Artículo 3.2.10 (Pérdida del derecho a anular el contrato).....	1788
Artículo 3.2.11 (Notificación de anulación).....	1788
Artículo 3.2.12 (Plazos).....	1788
Artículo 3.2.13 (Anulación parcial).....	1789
Artículo 3.2.14 (Efectos retroactivos).....	1789
Artículo 3.2.15 (Restitución).....	1789
Artículo 3.2.16 (Daños y perjuicios).....	1789
Artículo 3.2.17 (Declaraciones unilaterales).....	1790

SECCIÓN 3: ILICITUD

Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo).....	1790
Artículo 3.3.2 (Restitución).....	1790

CAPÍTULO 4: INTERPRETACIÓN

Artículo 4.1 (Intención de las partes).....	1791
Artículo 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos).....	1791
Artículo 4.3 (Circunstancias relevantes).....	1791
Artículo 4.4 (Interpretación sistemática del contrato).....	1792
Artículo 4.5 (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones).....	1792
Artículo 4.6 (Interpretación <i>contra proferentem</i>).....	1792
Artículo 4.7 (Discrepancias lingüísticas).....	1792
Artículo 4.8 (Integración del contrato).....	1792

CAPÍTULO 5: CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1: CONTENIDO

Artículo 5.1.1 (Obligaciones expresas e implícitas).....	1793
Artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas).....	1793
Artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes).....	1793
Artículo 5.1.4 (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos).....	1793
Artículo 5.1.5 (Determinación del tipo de obligación).....	1794
Artículo 5.1.6 (Determinación de la calidad de la prestación).....	1794
Artículo 5.1.7 (Determinación del precio).....	1794

	Pág.
Artículo 5.1.8 (Contrato de tiempo indefinido)	1795
Artículo 5.1.9 (Renuncia por acuerdo de partes)	1795

SECCIÓN 2: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1 (Estipulación a favor de terceros)	1795
Artículo 5.2.2 (Identificación del beneficiario)	1795
Artículo 5.2.3 (Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)	1795
Artículo 5.2.4 (Excepciones)	1795
Artículo 5.2.5 (Revocación)	1796
Artículo 5.2.6 (Renuncia)	1796

SECCIÓN 3: OBLIGACIONES CONDICIONALES

Artículo 5.3.1 (Tipos de condiciones)	1796
Artículo 5.3.2 (Efectos de las condiciones)	1796
Artículo 5.3.3 (Intromisión en el cumplimiento de la condición)	1796
Artículo 5.3.4 (Obligación de preservar los derechos)	1797
Artículo 5.3.5 (Restitución en caso de cumplimiento de una condición resolutoria)	1797

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1 (Momento del cumplimiento)	1797
Artículo 6.1.2 (Cumplimiento en un solo momento o en etapas)	1797
Artículo 6.1.3 (Cumplimiento parcial)	1798
Artículo 6.1.4 (Secuencia en el cumplimiento)	1798
Artículo 6.1.5 (Cumplimiento anticipado)	1798
Artículo 6.1.6 (Lugar del cumplimiento)	1798
Artículo 6.1.7 (Pago con cheque u otro instrumento)	1799
Artículo 6.1.8 (Pago por transferencia de fondos)	1799
Artículo 6.1.9 (Moneda de pago)	1799
Artículo 6.1.10 (Moneda no expresada)	1800
Artículo 6.1.11 (Gastos del cumplimiento)	1800
Artículo 6.1.12 (Imputación de pagos)	1800
Artículo 6.1.13 (Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)	1801
Artículo 6.1.14 (Solicitud de autorización pública)	1801
Artículo 6.1.15 (Gestión de la autorización)	1801
Artículo 6.1.16 (Autorización ni otorgada ni denegada)	1801
Artículo 6.1.17 (Autorización denegada)	1802

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)	1802
Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1802

Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)).....	Pág. 1803
--	--------------

CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 7.1.1 (Definición del incumplimiento)	1803
Artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte).....	1803
Artículo 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento)	1804
Artículo 7.1.4 (Subsanación del incumplimiento).....	1804
Artículo 7.1.5 (Período suplementario para el cumplimiento)	1804
Artículo 7.1.6 (Cláusulas de exoneración).....	1805
Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) (<i>force majeure</i>)	1805

SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

Artículo 7.2.1 (Cumplimiento de obligaciones dinerarias).....	1806
Artículo 7.2.2 (Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)	1806
Artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)	1806
Artículo 7.2.4 (Pena judicial)	1807
Artículo 7.2.5 (Cambio de remedio)	1807

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN

Artículo 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato)	1807
Artículo 7.3.2 (Notificación de la resolución)	1808
Artículo 7.3.3 (Incumplimiento anticipado)	1808
Artículo 7.3.4 (Garantía adecuada de cumplimiento).....	1808
Artículo 7.3.5 (Efectos generales de la resolución)	1808
Artículo 7.3.6 (Restitución en el caso de contratos de cumplimiento en un solo momento).....	1809
Artículo 7.3.7 (Restitución en el caso de contratos de cumplimiento prolongado)	1809

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

Artículo 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)	1809
Artículo 7.4.2 (Reparación integral).....	1809
Artículo 7.4.3 (Certeza del daño)	1810
Artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño)	1810
Artículo 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo) .	1810
Artículo 7.4.6 (Prueba del daño por el precio corriente).....	1810
Artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)	1811
Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño).....	1811

	Pág.
Artículo 7.4.9 (Intereses por falta de pago de dinero)	1811
Artículo 7.4.10 (Intereses sobre el resarcimiento)	1811
Artículo 7.4.11 (Modalidad de la compensación monetaria)	1812
Artículo 7.4.12 (Moneda en la que se fija el resarcimiento)	1812
Artículo 7.4.13 (Pago estipulado para el incumplimiento)	1812

CAPÍTULO 8: COMPENSACIÓN

Artículo 8.1 (Condiciones de la compensación)	1812
Artículo 8.2 (Compensación de deudas en moneda extranjera)	1813
Artículo 8.3 (Notificación de la compensación)	1813
Artículo 8.4 (Contenido de la notificación)	1813
Artículo 8.5 (Efectos de la compensación)	1813

CAPÍTULO 9: CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS

Artículo 9.1.1 (Definiciones)	1813
Artículo 9.1.2 (Exclusiones)	1814
Artículo 9.1.3 (Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)	1814
Artículo 9.1.4 (Cesión parcial)	1814
Artículo 9.1.5 (Cesión de créditos futuros)	1814
Artículo 9.1.6 (Créditos cedidos sin especificación individual)	1814
Artículo 9.1.7 (Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)	1815
Artículo 9.1.8 (Costes adicionales del deudor)	1815
Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión)	1815
Artículo 9.1.10 (Notificación al deudor)	1815
Artículo 9.1.11 (Cesiones sucesivas)	1815
Artículo 9.1.12 (Prueba adecuada de la cesión)	1816
Artículo 9.1.13 (Excepciones y derechos de compensación)	1816
Artículo 9.1.14 (Derechos relativos al crédito cedido)	1816
Artículo 9.1.15 (Obligaciones del cedente)	1816

SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

Artículo 9.2.1 (Modalidades de la transferencia)	1817
Artículo 9.2.2 (Exclusión)	1817
Artículo 9.2.3 (Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia)	1817
Artículo 9.2.4 (Consentimiento anticipado del acreedor)	1817
Artículo 9.2.5 (Liberación del deudor originario)	1818

	Pág.
Artículo 9.2.6 (Cumplimiento a cargo de un tercero).....	1818
Artículo 9.2.7 (Excepciones y derechos de compensación).....	1818
Artículo 9.2.8 (Derechos relativos a la obligación transferida).....	1818

SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS

Artículo 9.3.1 (Definiciones).....	1819
Artículo 9.3.2 (Exclusión).....	1819
Artículo 9.3.3 (Exigencia del consentimiento de la otra parte).....	1819
Artículo 9.3.4 (Consentimiento anticipado de la otra parte).....	1819
Artículo 9.3.5 (Liberación del cedente).....	1819
Artículo 9.3.6 (Excepciones y derechos de compensación).....	1820
Artículo 9.3.7 (Derechos cedidos con el contrato).....	1820

CAPÍTULO 10: PRESCRIPCIÓN

Artículo 10.1 (Ámbito de aplicación de este capítulo).....	1820
Artículo 10.2 (Períodos de prescripción).....	1820
Artículo 10.3 (Modificación de los períodos de prescripción por las partes).....	1820
Artículo 10.4 (Nuevo período de prescripción por reconocimiento).....	1821
Artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial).....	1821
Artículo 10.6 (Suspensión por procedimiento arbitral).....	1821
Artículo 10.7 (Medios alternativos para la resolución de controversias).....	1822
Artículo 10.8 (Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad).....	1822
Artículo 10.9 (Efectos del vencimiento del período de prescripción).....	1822
Artículo 10.10 (Derecho de compensación).....	1822
Artículo 10.11 (Restitución).....	1823

CAPÍTULO II: PLURALIDAD DE DEUDORES Y DE ACREEDORES

SECCIÓN I: PLURALIDAD DE DEUDORES

Artículo 11.1.1 (Definiciones).....	1823
Artículo 11.1.2 (Presunción de solidaridad).....	1823
Artículo 11.1.3 (Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios).....	1823
Artículo 11.1.4 (Excepciones y compensación).....	1823
Artículo 11.1.5 (Efectos del cumplimiento o de la compensación).....	1824
Artículo 11.1.6 (Efectos de la remisión o de la transacción).....	1824
Artículo 11.1.7 (Efectos del vencimiento o de la suspensión de la prescripción).....	1824
Artículo 11.1.8 (Efectos de las sentencias).....	1824
Artículo 11.1.9 (Reparto entre los deudores solidarios).....	1825
Artículo 11.1.10 (Alcance de la acción de regreso).....	1825
Artículo 11.1.11 (Derechos del acreedor).....	1825

	Pág.
Artículo 11.1.12 (Excepciones en las acciones de regreso)	1825
Artículo 11.1.13 (Imposibilidad de recuperar).....	1825

SECCIÓN 2: PLURALIDAD DE ACREEDORES

Artículo 11.2.1 (Definiciones).....	1826
Artículo 11.2.2 (Efectos de los créditos solidarios)	1826
Artículo 11.2.3 (Excepciones frente a los acreedores solidarios)	1826
Artículo 11.2.4 (Reparto entre los acreedores solidarios)	1826



2. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS
COMERCIALES INTERNACIONALES 2010
(VERSIÓN EN ESPAÑOL)

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN
DEL DERECHO PRIVADO – UNIDROIT

PREÁMBULO

(Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos⁽¹⁾.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

(1) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...].”

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

CAPÍTULO 1 **DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1.1

(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Artículo 1.2

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

Artículo 1.3

(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

Artículo 1.4

(Normas de carácter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Artículo 1.5

(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

Artículo 1.6

(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

Artículo 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo 1.8

(Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

Artículo 1.9

(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Artículo 1.10

(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

Artículo 1.11

(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

- “tribunal” incluye un tribunal arbitral;
- si una de las partes tiene más de un “establecimiento,” su “establecimiento” será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;
- “deudor” o “deudora” es la parte a quien compete cumplir una obligación, y “acreedor” o “acreedora” es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;
- “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

Artículo 1.12

(Modo de contar los plazos fijados por las partes)

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.

(2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

CAPÍTULO 2

FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1

FORMACIÓN

Artículo 2.1.1

(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

Artículo 2.1.2

(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Artículo 2.1.3

(Retiro de la oferta)

(1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.

(2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 2.1.4

(Revocación de la oferta)

(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

(a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o

(a) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

Artículo 2.1.5

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

Artículo 2.1.6

(Modo de aceptación)

(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

(2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

(3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

Artículo 2.1.7

(Plazo para la aceptación)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Artículo 2.1.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

Artículo 2.1.9

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hu-

quiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

Artículo 2.1.10

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

Artículo 2.1.11

(Aceptación modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contra oferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Artículo 2.1.12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

Artículo 2.1.13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

Artículo 2.1.14

(Contrato con términos “abiertos”)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

(a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o

(b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

Artículo 2.1.15

(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 2.1.16

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Artículo 2.1.17

(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

Artículo 2.1.18

(Modificación en una forma en particular)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

Artículo 2.1.19

(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

Artículo 2.1.20

(Cláusulas sorprendentes)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Artículo 2.1.21

(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

Artículo 2.1.22

(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

SECCIÓN 2**APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES****Artículo 2.2.1**

(Ámbito de aplicación de esta sección)

(1) Esta sección regula la facultad de una persona (“el representante”) para afectar las relaciones jurídicas de otra persona (“el representado”) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado.

(2) Esta sección sólo regula las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por el otro.

(3) Esta sección no regula la facultad del representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

Artículo 2.2.2

(Constitución y alcance de la facultad del representante)

(1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tácito.

(2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido.

Artículo 2.2.3

(Representación aparente)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante.

Artículo 2.2.4

(Representación oculta)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, podrá ejercitar también contra este último las acciones que tenga en contra del representante.

Artículo 2.2.5

(Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo)

(1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.

Artículo 2.2.6

(Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)

(1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo.

(2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

Artículo 2.2.7

(Conflicto de intereses)

(1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía o debiera haber sabido, el representado puede anular el contrato. El derecho a la anulación se somete a los Artículos 3.12 y 3.14 a 3.17.

(2) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato

(a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o

(b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y éste nada ha objetado en un plazo razonable.

Artículo 2.2.8

(Sub-representación)

Un representante tiene la facultad implícita para designar un sub-representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente. Las disposiciones de esta sección se aplican a la sub-representación.

Artículo 2.2.9

(Ratificación)

(1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento.

(2) El tercero puede, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, no podrá hacerlo después.

(3) Si, al momento de actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, éste puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.

Artículo 2.2.10

(Extinción del poder)

(1) La extinción del poder no es efectiva en relación a un tercero a menos que éste la conozca o debiera haberla conocido.

(2) No obstante la extinción de su poder, un representante continúa facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado.

CAPÍTULO 3 VALIDEZ

SECCIÓN 1 DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 3.1.1

(Cuestiones excluidas)

Este capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes.

Artículo 3.1.2

(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

Artículo 3.1.3

(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

Artículo 3.1.4

(Carácter imperativo de las disposiciones)

Las disposiciones relativas al dolo, la intimidación, la excesiva desproporción y la ilicitud del contrato que se incluyen en este capítulo son imperativas.

SECCIÓN 2 CAUSALES DE ANULACIÓN

Artículo 3.2.1

(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

Artículo 3.2.2

(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas,

y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

Artículo 3.2.3

(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

Artículo 3.2.4

(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

Artículo 3.2.5

(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

Artículo 3.2.6

(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

Artículo 3.2.7

(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.2.10(2).

Artículo 3.2.8

(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, la excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato.

Artículo 3.2.9

(Confirmación)

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación.

Artículo 3.2.10

(Pérdida del derecho a anular el contrato)

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

Artículo 3.2.11

(Notificación de anulación)

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

Artículo 3.2.12

(Plazos)

(1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.

(2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del Artículo 3.2.7, el plazo para notificar la anulación empezará a co-

rrer a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

Artículo 3.2.13

(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

Artículo 3.2.14

(Efectos retroactivos)

La anulación tiene efectos retroactivos.

Artículo 3.2.15

(Restitución)

(1) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibió sobre la base del contrato o a la parte del contrato que fue anulada.

(2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(3) Quien recibió el beneficio del cumplimiento no está obligado a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.

(4) Puede exigirse una compensación por los gastos razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido.

Artículo 3.2.16

(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, 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.

Artículo 3.2.17

(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

**SECCIÓN 3
ILICITUD****Artículo 3.3.1**

(Contratos que violan normas de carácter imperativo)

(1) La violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4 de estos Principios, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, tendrá los efectos, en el supuesto que los tuviera, que dicha norma establezca expresamente.

(2) Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios por incumplimiento que sean razonables atendiendo a las circunstancias.

(3) Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) la finalidad de la norma violada;
- (b) la categoría de personas que la norma busca proteger;
- (c) cualquier sanción que imponga la norma violada;
- (d) la gravedad de la violación;
- (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes;
- (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y
- (g) las expectativas razonables de las partes.

Artículo 3.3.2

(Restitución)

(1) Podrá proceder la restitución en el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3.3.1, siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias.

(2) Para determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3.3.1(3), con las adaptaciones necesarias.

(3) Si se reconoce la restitución, se aplicarán las reglas del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.

CAPÍTULO 4 INTERPRETACIÓN

Artículo 4.1

(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

Artículo 4.2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

(2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Artículo 4.3

(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

- (a) las negociaciones previas entre las partes;
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y

(f) los usos.

Artículo 4.4

(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

Artículo 4.5

(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Artículo 4.6

(Interpretación contra proferentem)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

Artículo 4.7

(Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

Artículo 4.8

(Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- (a) la intención de las partes;
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial;
- (d) el sentido común.

CAPÍTULO 5 CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1 CONTENIDO

Artículo 5.1.1

(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

Artículo 5.1.2

(Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
- (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial.
- (d) el sentido común.

Artículo 5.1.3

(Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

Artículo 5.1.4

(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Artículo 5.1.5

(Determinación del tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

(a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;

(b) el precio y otros términos del contrato;

(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;

(d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

Artículo 5.1.6

(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada sobre la base de éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

Artículo 5.1.7

(Determinación del precio)

(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.

(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.

(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.

(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Artículo 5.1.8

(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

Artículo 5.1.9

(Renuncia por acuerdo de partes)

(1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor.

(2) La oferta de renunciar a título gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente después de conocerla.

SECCIÓN 2 ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1

(Estipulación a favor de terceros)

(1) Las partes (el “promitente” y el “estipulante”) pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el “beneficiario”).

(2) La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo.

Artículo 5.2.2

(Identificación del beneficiario)

El beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza pero no necesita existir cuando se celebre el contrato.

Artículo 5.2.3

(Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)

El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una cláusula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario.

Artículo 5.2.4

(Excepciones)

El promitente puede oponer al beneficiario toda excepción que el promitente pueda oponer al estipulante.

Artículo 5.2.5

(Revocación)

Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras éste no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos.

Artículo 5.2.6

(Renuncia)

El beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue.

SECCIÓN 3 OBLIGACIONES CONDICIONALES

Artículo 5.3.1

(Tipos de condiciones)

Un contrato o una obligación contractual pueden ser condicionales si dependen de un evento futuro e incierto, de modo que el contrato o la obligación contractual sólo surte efectos (condición suspensiva) o deja de tenerlos (condición resolutoria) si acaece el evento.

Artículo 5.3.2

(Efectos de las condiciones)

A menos que las partes convengan otra cosa:

- a) el contrato o la obligación contractual surtirá efectos al cumplirse la condición suspensiva;
- b) el contrato o la obligación contractual cesará de tener efectos al cumplirse la condición resolutoria.

Artículo 5.3.3

(Intromisión en el cumplimiento de la condición)

1. Si el cumplimiento de una condición es impedido por una parte, en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición.

2. Si el cumplimiento de una condición es provocado por una parte, en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar el cumplimiento de la condición.

Artículo 5.3.4

(Obligación de preservar los derechos)

Antes del cumplimiento de la condición, una parte no puede, en violación del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial, comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que la condición se cumpliera.

Artículo 5.3.5

(Restitución en caso de cumplimiento de una condición resolutoria)

1. En el caso de cumplirse una condición resolutoria, se aplicarán las reglas sobre la restitución de los Artículos 7.3.6 y 7.3.7, con las adaptaciones necesarias.

2. Si las partes han convenido que una condición resolutoria tendrá un efecto retroactivo, se aplicarán las reglas sobre la restitución del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.

CAPÍTULO 6 CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1 CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1

(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

(a) si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;

(b) si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;

(c) en cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

Artículo 6.1.2

(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la presta-

ción pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

Artículo 6.1.3

(Cumplimiento parcial)

(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Artículo 6.1.4

(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

(2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

Artículo 6.1.5

(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Artículo 6.1.6

(Lugar del cumplimiento)

(1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debt cumuli:

(a) EC el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;

(b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.

(2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

Artículo 6.1.7

(Pago con cheque u otro instrumento)

(1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

(2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

Artículo 6.1.8

(Pago por transferencia de fondos)

(1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.

(2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

Artículo 6.1.9

(Moneda de pago)

(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

(a) dicha moneda no sea convertible libremente; o

(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede

reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1)(b) de este Artículo.

(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.

(4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

Artículo 6.1.10

(Moneda no expresada)

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

Artículo 6.1.11

(Gastos del cumplimiento)

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 6.1.12

(Imputación de pagos)

(1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.

(2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.

(3) A falta de imputación conforme a los parágrafos (1) o (2) de este Artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:

- (a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;
- (b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;
- (c) la obligación que es más onerosa para el deudor;

(d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

Artículo 6.1.13

(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)

El Artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

Artículo 6.1.14

(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

(a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal Estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y

(b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

Artículo 6.1.15

(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.

(2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

Artículo 6.1.16

(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

(2) No se aplicará lo previsto en el párrafo (1) de este Artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razona-

ble mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

Artículo 6.1.17

(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.

(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

SECCIÓN 2 EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

Artículo 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

Artículo 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

CAPÍTULO 7 INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1 INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 7.1.1

(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

Artículo 7.1.2

(Interferencia de la otra parte)

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

Artículo 7.1.3

(Suspensión del cumplimiento)

(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.

(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

Artículo 7.1.4

(Subsanación del incumplimiento)

(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

(a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;

(b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;

(c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla;
y

(d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.

(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.

(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

Artículo 7.1.5

(Período suplementario para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.

(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

Artículo 7.1.6

(Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

Artículo 7.1.7

(Fuerza mayor) (force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte

será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

SECCIÓN 2

DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

Artículo 7.2.1

(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

Artículo 7.2.2

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

- (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

Artículo 7.2.3

(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

Artículo 7.2.4

(Pena judicial)

(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.

(2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

Artículo 7.2.5

(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

**SECCIÓN 3
RESOLUCIÓN****Artículo 7.3.1**

(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

Artículo 7.3.2

(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

Artículo 7.3.3

(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.4

(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.5

(Efectos generales de la resolución)

(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.

(2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

Artículo 7.3.6

(Restitución en el caso de contratos de cumplimiento en un solo momento)

(1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido.

(2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.

(4) Puede exigirse una compensación por aquellos gastos que son razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido.

Artículo 7.3.7

(Restitución en el caso de contratos de cumplimiento prolongado)

(1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible.

(2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.3.6.

SECCIÓN 4 RESARCIMIENTO

Artículo 7.4.1

(Derecho al resarcimiento)

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

Artículo 7.4.2

(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo

en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

Artículo 7.4.3

(Certeza del daño)

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

(2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.

(3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

Artículo 7.4.4

(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

Artículo 7.4.5

(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

Artículo 7.4.6

(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere

precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

Artículo 7.4.7

(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

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

Artículo 7.4.8

(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

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

Artículo 7.4.9

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

Artículo 7.4.10

(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

Artículo 7.4.11

(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.

(2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

Artículo 7.4.12

(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

Artículo 7.4.13

(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

CAPÍTULO 8 COMPENSACIÓN

Artículo 8.1

(Condiciones de la compensación)

(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas ("la primera parte") puede compensar su obligación con la de su acreedor ("la otra parte") si en el momento de la compensación:

(a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;

(b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

(2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado.

Artículo 8.2

(Compensación de deudas en moneda extranjera)

Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte sólo podrá pagar en una moneda determinada.

Artículo 8.3

(Notificación de la compensación)

El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte.

Artículo 8.4

(Contenido de la notificación)

(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere.

(2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente.

Artículo 8.5

(Efectos de la compensación)

(1) La compensación extingue las obligaciones.

(2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa.

(3) La compensación surte efectos desde la notificación.

CAPÍTULO 9**CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y
CESIÓN DE CONTRATOS****SECCIÓN 1****CESIÓN DE CRÉDITOS****Artículo 9.1.1**

(Definiciones)

“Cesión de créditos” es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el “cedente”) a otra (el “cesionario”) de un derecho al

pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el “deudor”), incluyendo una transferencia a modo de garantía.

Artículo 9.1.2

(Exclusiones)

Esta sección no se aplica a las transferencias sometidas a las reglas especiales que regulan transferencias:

(a) de instrumentos como títulos de crédito, títulos representativos de dominio, instrumentos financieros, o

(b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa.

Artículo 9.1.3

(Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)

Un crédito relativo a una prestación no dineraria sólo puede ser cedido si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

Artículo 9.1.4

(Cesión parcial)

(1) Un crédito relativo al pago de una suma de dinero puede ser cedido parcialmente.

(2) Un crédito relativo a una prestación no dineraria puede ser cedido parcialmente sólo si es divisible y si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

Artículo 9.1.5

(Cesión de créditos futuros)

Un crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que cuando llegue a existir dicho crédito pueda ser identificado como al que la cesión se refiere.

Artículo 9.1.6

(Créditos cedidos sin especificación individual)

Pueden cederse varios créditos sin que sean identificados individualmente, siempre que tales créditos, en el momento de la cesión o cuando lleguen a existir, puedan ser identificados como a los que la cesión se refiere.

Artículo 9.1.7

(Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)

(1) Un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor.

(2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligación, según las circunstancias, sea de carácter esencialmente personal.

Artículo 9.1.8

(Costes adicionales del deudor)

El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costes adicionales causados por la cesión.

Artículo 9.1.9

(Cláusulas prohibiendo la cesión)

(1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

(2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

Artículo 9.1.10

(Notificación al deudor)

(1) El deudor se libera pagando al cedente mientras no haya recibido del cedente o del cesionario una notificación de la cesión.

(2) Después que el deudor recibe tal notificación, sólo se libera pagando al cesionario.

Artículo 9.1.11

(Cesiones sucesivas)

Si un mismo crédito ha sido cedido por el cedente a dos o más cesionarios sucesivos, el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas.

Artículo 9.1.12

(Prueba adecuada de la cesión)

(1) Si la notificación de la cesión es dada por el cesionario, el deudor puede solicitar al cesionario que dentro de un plazo razonable suministre prueba adecuada de que la cesión ha tenido lugar.

(2) El deudor puede suspender el pago hasta que se suministre prueba adecuada.

(3) La notificación no surte efectos a menos que se suministre prueba adecuada de la cesión.

(4) Prueba adecuada de la cesión incluye, pero no está limitada a, cualquier escrito emanado del cedente e indicando que la cesión ha tenido lugar.

Artículo 9.1.13

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente.

(2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensación de que disponga contra el cedente hasta el momento en que ha recibido la notificación de la cesión.

Artículo 9.1.14

(Derechos relativos al crédito cedido)

La cesión de un crédito transfiere al cesionario:

(a) todos los derechos del cedente a un pago o a otra prestación previstos por el contrato en relación con el crédito cedido, y

(b) todos los derechos que garantizan el cumplimiento del crédito cedido.

Artículo 9.1.15

(Obligaciones del cedente)

El cedente garantiza al cesionario, excepto que algo distinto se manifieste al cesionario, que:

(a) el crédito cedido existe al momento de la cesión, salvo que el crédito sea un derecho futuro;

(b) el cedente está facultado para ceder el crédito;

(c) el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero;

(d) el deudor no tiene excepción alguna;

(e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensación alguna respecto del crédito cedido y no darán tal notificación;

(f) el cedente reembolsará al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificación de la cesión.

SECCIÓN 2

TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

Artículo 9.2.1

(Modalidades de la transferencia)

Una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación puede ser transferida de una persona (el “deudor originario”) a otra (el “nuevo deudor”) sea:

(a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor, conforme al Artículo 9.2.3, o

(b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, por el cual el nuevo deudor asume la obligación.

Artículo 9.2.2

(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las transferencias de obligaciones sometidas a reglas especiales que regulan transferencias de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

Artículo 9.2.3

(Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia)

La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor

Artículo 9.2.4

(Consentimiento anticipado del acreedor)

(1) El acreedor puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si el acreedor ha dado su consentimiento anticipadamente, la transferencia de la obligación surte efectos cuando una notificación de la transferencia se da al acreedor o cuando el acreedor la reconoce.

Artículo 9.2.5

(Liberación del deudor originario)

(1) El acreedor puede liberar al deudor originario.

(2) El acreedor puede también retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente.

Artículo 9.2.6

(Cumplimiento a cargo de un tercero)

(1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona que ésta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal.

(2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor.

Artículo 9.2.7

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podía oponer contra el acreedor.

(2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningún derecho de compensación disponible al deudor originario contra el acreedor.

Artículo 9.2.8

(Derechos relativos a la obligación transferida)

(1) El acreedor puede oponer contra el nuevo deudor, respecto de la obligación transferida, todos sus derechos al pago o a otra prestación bajo el contrato.

(2) Si el deudor originario es liberado en virtud del Artículo 9.2.5(1), queda también liberada cualquier garantía otorgada para el cumplimiento de la obligación por cualquier otra persona que no sea el nuevo deudor, a menos que esa otra persona acuerde que la garantía continuará disponible al acreedor.

(3) La liberación del deudor originario también se extiende a cualquier garantía del deudor originario otorgada al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación, a menos que la garantía sea

sobre un bien que sea transferido como parte de una operación entre el deudor originario y el nuevo deudor.

SECCIÓN 3 CESIÓN DE CONTRATOS

Artículo 9.3.1

(Definiciones)

“Cesión de contrato” es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el “cedente”) a otra (el “cesionario”) de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la “otra parte”).

Artículo 9.3.2

(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa.

Artículo 9.3.3

(Exigencia del consentimiento de la otra parte)

La cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte.

Artículo 9.3.4

(Consentimiento anticipado de la otra parte)

(1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce.

Artículo 9.3.5

(Liberación del cedente)

(1) La otra parte puede liberar al cedente.

(2) La otra parte puede también retener al cedente como deudor en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el cedente y el cesionario responden solidariamente.

Artículo 9.3.6

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.13.

(2) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.7.

Artículo 9.3.7

(Derechos cedidos con el contrato)

(1) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.14.

(2) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.8.

**CAPÍTULO 10
PRESCRIPCIÓN****Artículo 10.1**

(Ámbito de aplicación de este capítulo)

(1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la expiración de un período de tiempo, denominado “período de prescripción”, según las reglas de este capítulo.

(2) Este capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte, como condición para la adquisición o ejercicio de su derecho, que efectúe una notificación a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento jurídico.

Artículo 10.2

(Períodos de prescripción)

(1) El período ordinario de prescripción es tres años, que comienza al día siguiente del día en que el acreedor conoció o debiera haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser ejercido.

(2) En todo caso, el período máximo de prescripción es diez años, que comienza al día siguiente del día en que el derecho podía ser ejercido.

Artículo 10.3

(Modificación de los períodos de prescripción por las partes)

(1) Las partes pueden modificar los períodos de prescripción.

(2) Sin embargo, ellas no podrán:

(a) acortar el período ordinario de prescripción a menos de un año;

(b) acortar el período máximo de prescripción a menos de cuatro años;

(c) prorrogar el período máximo de prescripción a más de quince años.

Artículo 10.4

(Nuevo período de prescripción por reconocimiento)

(1) Cuando el deudor reconoce el derecho del acreedor antes del vencimiento del período ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo período ordinario de prescripción al día siguiente del reconocimiento.

(2) El período máximo de prescripción no comienza a correr nuevamente, pero puede ser superado por el comienzo de un nuevo período ordinario de prescripción conforme al Artículo 10.2(1).

Artículo 10.5

(Suspensión por procedimiento judicial)

(1) El decurso del período de prescripción se suspende:

(a) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor;

(b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; o

(c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

Artículo 10.6

(Suspensión por procedimiento arbitral)

(1) El decurso del período de prescripción se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral, o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitra-

je o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se considera comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

Artículo 10.7

(Medios alternativos para la resolución de controversias)

Las disposiciones de los Artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias.

Artículo 10.8

(Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)

(1) Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del período de prescripción según los Artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podía ni evitar ni superar, el período ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir.

(2) Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor, la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En este caso se aplica el período suplementario de un año, conforme al párrafo (1).

Artículo 10.9

(Efectos del vencimiento del período de prescripción)

(1) El vencimiento del período de prescripción no extingue el derecho.

(2) Para que el vencimiento del período de prescripción tenga efecto, el deudor debe invocarlo por vía de excepción.

(3) La existencia de un derecho siempre puede ser invocada por vía de excepción a pesar de haberse invocado el vencimiento del período de prescripción para el ejercicio de dicho derecho.

Artículo 10.10

(Derecho de compensación)

El acreedor puede ejercitar el derecho de compensación mientras el deudor no haya opuesto el vencimiento del período de prescripción.

Artículo 10.11

(Restitución)

Cuando ha habido prestación en cumplimiento de la obligación, no hay derecho a la restitución por el solo hecho de haber vencido el período de prescripción.

**CAPÍTULO 11
PLURALIDAD DE DEUDORES Y DE ACREEDORES****SECCIÓN 1
PLURALIDAD DE DEUDORES****Artículo 11.1.1**

(Definiciones)

Cuando varios deudores están obligados frente a un acreedor por la misma obligación:

(a) las obligaciones son solidarias si cada deudor responde por la totalidad;

(b) Las obligaciones son separadas si cada deudor solo responde por su parte.

Artículo 11.1.2

(Presunción de solidaridad)

Cuando varios deudores estén obligados frente a un acreedor por la misma obligación, se presume la solidaridad, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

Artículo 11.1.3

(Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios)

Cuando los deudores estén obligados solidariamente, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos, hasta obtener el cumplimiento total.

Artículo 11.1.4

(Excepciones y compensación)

El deudor solidario contra quien el acreedor ejercite una acción, puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que le sean personales o que sean comunes a todos los codeudores, pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores.

Artículo 11.1.5

(Efectos del cumplimiento o de la compensación)

Si un deudor solidario cumple o compensa la obligación, o si el acreedor ejercita la compensación frente a un deudor solidario, los demás codeudores quedan liberados frente al acreedor en la medida del cumplimiento o de la compensación.

Artículo 11.1.6

(Efectos de la remisión o de la transacción)

(1) La remisión de la deuda respecto de un deudor solidario, o la transacción con un deudor solidario, libera a los demás deudores de la parte de dicho deudor, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(2) Una vez que los demás deudores sean liberados de la parte de dicho deudor, no podrán ejercitar frente a éste último la acción de regreso prevista en el Artículo 11.1.10.

Artículo 11.1.7

(Efectos del vencimiento o de la suspensión de la prescripción)

(1) La expiración del período de prescripción de los derechos del acreedor frente a un deudor solidario no afecta:

(a) Las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor; ni

(b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10.

(2) Si el acreedor inicia contra un deudor solidario uno de los procedimientos previstos en los Artículos 10.5, 10.6 o 10.7, el decurso de la prescripción también se suspende frente a los demás deudores solidarios.

Artículo 11.1.8

(Efectos de las sentencias)

(1) Una decisión de un tribunal acerca de la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor, no afecta:

(a) Las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor; ni

(b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10.

(2) Sin embargo, los demás deudores solidarios también pueden invocar dicha decisión, a menos que ésta se base en motivos perso-

nales de dicho deudor. En tal caso, las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10 se verán afectadas en lo pertinente.

Artículo 11.1.9

(Reparto entre los deudores solidarios)

Los deudores solidarios se obligan entre ellos por partes iguales, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

Artículo 11.1.10

(Alcance de la acción de regreso)

El deudor solidario que pagó más que su parte, puede reclamar la diferencia de cualquier otro deudor solidario hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos.

Artículo 11.1.11

(Derechos del acreedor)

(1) El deudor solidario a quien se aplique el Artículo 11.1.10 puede ejercitar igualmente los derechos del acreedor, incluidos aquellos que garantizan el cumplimiento, para recuperar la diferencia de los demás deudores solidarios hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos.

(2) El acreedor que no ha recibido el cumplimiento total, conserva sus derechos frente a los codeudores en la medida de lo no cumplido, con preferencia sobre los codeudores que ejerciten las acciones de regreso.

Artículo 11.1.12

(Excepciones en las acciones de regreso)

El deudor solidario contra quien un codeudor que ha cumplido la obligación ejercita una acción de regreso:

(a) puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que podrían haber sido invocados o ejercitados por el codeudor frente al acreedor;

(b) puede oponer todas las excepciones que le sean personales;

(c) no puede oponer las excepciones o los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores.

Artículo 11.1.13

(Imposibilidad de recuperar)

Cuando un deudor solidario que pagó más que su parte, a pesar de haber realizado todos los esfuerzos razonables, no puede recuperar la

contribución de otro deudor solidario, la parte de los demás deudores, incluyendo la del que ha pagado, aumentará proporcionalmente.

SECCIÓN 2

PLURALIDAD DE ACREEDORES

Artículo 11.2.1

(Definiciones)

Cuando varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de la misma obligación:

(a) los créditos son separados si cada acreedor solo puede exigir su parte;

(b) los créditos son solidarios si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación;

(c) los créditos son mancomunados si todos los acreedores deben exigir la prestación de forma conjunta.

Artículo 11.2.2

(Efectos de los créditos solidarios)

El cumplimiento total a favor de uno de los acreedores solidarios libera al deudor frente a los demás acreedores.

Artículo 11.2.3

(Excepciones frente a los acreedores solidarios)

(1) El deudor puede oponer a cualquier acreedor solidario todas las excepciones y los derechos de compensación que le sean personales en su relación con dicho acreedor o que pueda oponer a todos los acreedores, pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensación que le sean personales en su relación con uno o varios de los demás acreedores.

(2) Las disposiciones de los Artículos 11.1.5, 11.1.6, 11.1.7 y 11.1.8 se aplican a los acreedores solidarios, con las adaptaciones necesarias.

Artículo 11.2.4

(Reparto entre los acreedores solidarios)

(1) Los acreedores solidarios tienen entre ellos derecho a partes iguales, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(2) El acreedor que recibe más que su parte debe transferir el excedente a los demás acreedores, en la medida de sus respectivas partes.

3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

ÍNDICE

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN 1: ÁMBITO Y OBJETO DE LOS PRINCIPIOS

	Pág.
Artículo 1:101: Aplicación de los principios	1833
Artículo 1:102: Libertad contractual	1833
Artículo 1:103: Normas imperativas.....	1834
Artículo 1:104: Cuestiones de consentimiento en la aplicación de los principios.....	1834
Artículo 1:105: Usos y prácticas	1834
Artículo 1:106: Interpretación e integración	1834
Artículo 1:107: Aplicación analógica de los principios.....	1835

SECCIÓN 2: DEBERES GENERALES

Artículo 1:201: Buena fe contractual.....	1835
Artículo 1:202: Deber de colaboración	1835

SECCIÓN 3: TERMINOLOGÍA Y OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 1:301: Definiciones	1835
Artículo 1:302: Definición de lo razonable	1836
Artículo 1:303: Comunicaciones	1836
Artículo 1:304: Cómputo de los plazos	1837
Artículo 1:305: Imputabilidad e intención	1837

CAPÍTULO 2: FORMACIÓN

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato.....	1838
Artículo 2:102: Intención.....	1838
Artículo 2:103: Acuerdo suficiente	1838
Artículo 2:104: Términos no negociados de manera individual.....	1839
Artículo 2:105: Cláusula de integridad (<i>Merger clause</i>)	1839
Artículo 2:106: Estipulación de modificación por escrito	1839

Artículo 2:107: Promesas obligatorias sin aceptación	Pág. 1839
--	--------------

SECCIÓN 2: OFERTA Y ACEPTACIÓN

Artículo 2:201: Oferta	1840
Artículo 2:202: Revocación de la oferta.....	1840
Artículo 2:203: Rechazo.....	1840
Artículo 2:204: Aceptación.....	1840
Artículo 2:205: Momento de la conclusión del contrato	1841
Artículo 2:206: Plazo de aceptación	1841
Artículo 2:207: Aceptación tardía.....	1841
Artículo 2:208: Aceptación con modificaciones.....	1841
Artículo 2:209: Incompatibilidad entre condiciones generales.....	1842
Artículo 2:210: Confirmación escrita de un profesional.....	1842
Artículo 2:211: Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación	1843

SECCIÓN 3: RESPONSABILIDAD EN LAS NEGOCIACIONES

Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe.....	1843
Artículo 2:302: Quiebra de la confidencialidad.....	1843

CAPÍTULO 3: PODER DE REPRESENTACIÓN

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 3:101: Objeto del capítulo.....	1843
Artículo 3:102: Clases de representación.....	1844

SECCIÓN 2: REPRESENTACIÓN DIRECTA

Artículo 3:201: Poder expreso, implícito y aparente	1844
Artículo 3:202: Actuación del representante en el ejercicio de su poder	1844
Artículo 3:203: Representado no identificado.....	1845
Artículo 3:204: Representante que actúa sin poder o extralimitándose en él.....	1845
Artículo 3:205: Conflicto de intereses	1845
Artículo 3:206: Sustitución en la representación	1845
Artículo 3:207: Ratificación por parte del representado.....	1846
Artículo 3:208: Derechos de los terceros respecto de la confirmación del poder.....	1846
Artículo 3:209: Duración del poder	1846

SECCIÓN 3: REPRESENTACIÓN INDIRECTA

Artículo 3:301: Intermediarios que no actúan en nombre del representado	1847
---	------

	Pág.
Artículo 3:302: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el representado principal	1847
Artículo 3:303: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el tercero.	1847
Artículo 3:304: Exigencia de comunicación	1848

CAPÍTULO 4: VALIDEZ

Artículo 4:101: Cuestiones no reguladas	1848
Artículo 4:102: Imposibilidad inicial.....	1848
Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho	1848
Artículo 4:104: Inexactitud en las comunicaciones	1849
Artículo 4:105: Adaptación del contrato	1849
Artículo 4:106: Información incorrecta	1849
Artículo 4:107: Dolo.....	1850
Artículo 4:108: Intimidación.....	1850
Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta	1850
Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente	1851
Artículo 4:111: Terceros.....	1851
Artículo 4:112: Comunicación de la anulación.....	1852
Artículo 4:113: Plazos	1852
Artículo 4:114: Confirmación	1852
Artículo 4:115: Efectos de la anulación	1852
Artículo 4:116: Anulación parcial.....	1853
Artículo 4:117: Daños y perjuicios.....	1853
Artículo 4:118: Exclusión o restricción de las acciones	1853
Artículo 4:119: Acciones para casos de incumplimiento	1853

CAPÍTULO 5: INTERPRETACIÓN

Artículo 5:101: Reglas generales de interpretación.....	1854
Artículo 5:102: Circunstancias relevantes	1854
Artículo 5:103: Regla <i>contra proferentem</i>	1854
Artículo 5:104: Preferencia en favor de los términos negociados.....	1855
Artículo 5:105: Referencia al contrato como unidad	1855
Artículo 5:106: Interpretación útil	1855
Artículo 5:107: Discrepancias lingüísticas.....	1855

CAPÍTULO 6: CONTENIDO Y EFECTOS

Artículo 6:101: Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales	1855
---	------

	Pág.
Artículo 6:102: Términos implícitos	1856
Artículo 6:103: Simulación.....	1856
Artículo 6:104: Determinación del precio	1856
Artículo 6:105: Determinación unilateral por una de las partes.....	1856
Artículo 6:106: Determinación por un tercero	1856
Artículo 6:107: Referencia a un índice de determinación inexistente.....	1857
Artículo 6:108: Calidad en la ejecución	1857
Artículo 6:109: Contrato de duración indefinida	1857
Artículo 6:110: Estipulación en favor de tercero	1857
Artículo 6:111: Cambio de circunstancias	1857

CAPÍTULO 7: PAGO O CUMPLIMIENTO

Artículo 7:101: Lugar de cumplimiento	1858
Artículo 7:102: Momento del cumplimiento	1859
Artículo 7:103: Cumplimiento anticipado	1859
Artículo 7:104: Orden en el cumplimiento	1859
Artículo 7:105: Prestación alternativa	1859
Artículo 7:106: Ejecución por un tercero	1860
Artículo 7:107: Modo de pago.....	1860
Artículo 7:108: Moneda de pago.....	1860
Artículo 7:109: Imputación de pagos	1860
Artículo 7:110: Negativa a recibir un determinado bien	1861
Artículo 7:111: Negativa a recibir una suma de dinero.....	1862
Artículo 7:112: Gastos de cumplimiento	1862

CAPÍTULO 8: INCUMPLIMIENTO Y MEDIOS DE TUTELA EN GENERAL

Artículo 8:101: Medios de protección del crédito	1862
Artículo 8:102: Acumulación de medios de tutela	1863
Artículo 8:103: Incumplimiento esencial	1863
Artículo 8:104: Corrección de una prestación defectuosa	1863
Artículo 8:105: Garantías de ejecución	1863
Artículo 8:106: Comunicación concediendo un plazo adicional para el cumplimiento	1864
Artículo 8:107: Cumplimiento confiado a un tercero	1864
Artículo 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento	1864
Artículo 8:109: Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de tutela.....	1865

CAPÍTULO 9: REMEDIOS ESPECÍFICOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO

Artículo 9:101: Obligaciones pecuniarias	1865
Artículo 9:102: Obligaciones no pecuniarias.....	1865
Artículo 9:103: Conservación del derecho a la indemnización por daños y perjuicios.....	1866

SECCIÓN 2: EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Artículo 9:201: Derecho a suspender la ejecución de la prestación	1866
---	------

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Artículo 9:301: Derecho a resolver el contrato	1866
Artículo 9:302: Contratos de ejecución fraccionada.....	1867
Artículo 9:303: Comunicación de la resolución	1867
Artículo 9:304: Incumplimiento previsible.....	1867
Artículo 9:305: Efectos de la resolución	1868
Artículo 9:306: Bienes cuyo valor ha disminuido.....	1868
Artículo 9:307: Restitución de sumas de dinero.....	1868
Artículo 9:308: Restitución de bienes.....	1868
Artículo 9:309: Prestaciones no susceptibles de restitución	1868

SECCIÓN 4: REDUCCIÓN DEL PRECIO

Artículo 9:401: Derecho a reducir el precio	1868
---	------

SECCIÓN 5: DAÑOS Y PERJUICIOS, E INTERESES

Artículo 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios	1869
Artículo 9:502: Criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios	1869
Artículo 9:503: Previsibilidad.....	1869
Artículo 9:504: Pérdidas imputables a la parte perjudicada	1870
Artículo 9:505: Deber de mitigar el daño	1870
Artículo 9:506: Negocio de reemplazo	1870
Artículo 9:507: Precio corriente de mercado.....	1870
Artículo 9:508: Retraso en el pago de una cantidad de dinero.....	1870
Artículo 9:509: Indemnización pactada para el caso de incumplimiento ...	1871
Artículo 9:510: Moneda en que deben calcularse los daños.....	1871



3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN 1 ÁMBITO Y OBJETO DE LOS PRINCIPIOS

Artículo 1:101: Aplicación de los principios

(1) Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del derecho de los contratos en la Unión europea.

(2) Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos.

(3) También podrán aplicarse cuando las partes:

(a) Hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o hayan utilizado expresiones similares.

(b) No hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato.

(4) Los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable.

Artículo 1:102: Libertad contractual

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe⁽¹⁾ y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

(1) N. del T.: Los principios, en la versión inglesa, se refieren siempre a “good faith and fair dealing”. El sentido del “fair dealing”, como transparencia en los ne-

(2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Artículo 1:103: Normas imperativas

(1) Cuando el derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional.

(2) No obstante, deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

Artículo 1:104: Cuestiones de consentimiento en la aplicación de los principios

(1) La existencia y validez del acuerdo de las partes para adoptar o incorporar los presentes principios se determinará conforme a los mismos.

(2) No obstante, cualquiera de los contratantes podrá basarse en el derecho del país en el que posea su residencia habitual, para demostrar que no prestó su consentimiento para aplicar los principios, si de acuerdo con las circunstancias no resultara lógico que se determinen las consecuencias de su comportamiento conforme a los mismos.

Artículo 1:105: Usos y prácticas

(1) Las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas.

(2) Quedan asimismo sujetas a todo uso que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicable, salvo aquellos casos en los que su aplicación no fuera razonable.

Artículo 1:106: Interpretación e integración

(1) Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial deberá atenderse a la nece-

gocios, lealtad de las transacciones, honradez, confianza en los tratos,... no creemos que tenga un equivalente exacto en el lenguaje jurídico en castellano. Por eso, al traducir, nos hemos permitido limitar la expresión a la idea de la buena fe contractual o a "las exigencias de la buena fe", en paralelo al art. 1.7 CC español. La nota vale para todos aquellos artículos en que se menciona la buena fe.

sidad de favorecer la buena fe⁽²⁾, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación.

(2) Las cuestiones que tengan cabida en el campo de aplicación de estos principios pero que no estén expresamente resueltas en ellos, se solventarán en lo posible de acuerdo con las ideas en que se basan los principios. En su defecto, se aplicará la normativa que corresponda conforme a las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 1:107: Aplicación analógica de los principios

Los presentes principios se aplican, con las oportunas modificaciones, a los acuerdos de modificación o de extinción de un contrato, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención.

SECCIÓN 2 DEBERES GENERALES

Artículo 1:201: Buena fe contractual

(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

(2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Artículo 1:202: Deber de colaboración

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

SECCIÓN 3: TERMINOLOGÍA Y OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 1:301: Definiciones

En los presentes principios y salvo que el contexto requiera otra cosa:

(1) El término “acción” incluye también omisión.

(2) El término “tribunal” incluye los tribunales arbitrales.

(3) El concepto de una acción “intencional” incluye también un acto gravemente negligente⁽³⁾.

(2) N. del T.: V. nota 2.

(3) N. del T.: Los principios hacen una clara distinción entre lo intencional y lo meramente negligente. Al respecto, puede verse LANDO, Beale, *Principles*, cit., p. 122. También debemos hacer una mención al término “gravemente negligente” que hemos utilizado. El texto original dispone: “an ‘intentional’ act includes an act

(4) El término “incumplimiento” denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos.

(5) Un elemento o cuestión será “sustancial” cuando cualquier persona razonable que se hallara en la misma situación que las partes, debiera entender que iba a influir en el otro contratante en su decisión de aceptar las condiciones propuestas o de celebrar el contrato en sí ⁽⁴⁾.

(6) Las declaraciones por “escrito” incluyen las comunicaciones hechas por telegrama, télex, fax y correo electrónico, así como cualquier otro medio de comunicación que permita la grabación y lectura de su contenido a ambas partes contratantes.

Artículo 1:302: Definición de lo razonable

Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

Artículo 1:303: Comunicaciones⁽⁵⁾

(1) Una comunicación puede hacerse de cualquier forma adecuada a las circunstancias, ya sea por escrito o por cualquier otro medio.

done *recklessly*”. Se trata de un concepto de difícil traducción en el ámbito civil. Como indican LANDO, Beale, ob. cit., p. 125 nota 3, la idea que subyace en el texto es que el autor de la acción asume una especie de dolo eventual sobre las consecuencias de su comportamiento; como los principios equiparan en general la negligencia grave a la conducta “*reckless*” y dado que en castellano el dolo eventual es un concepto utilizado, sobre todo, en el ámbito penal, hemos optado por la expresión “acto gravemente intencional”.

(4) N. del T.: El texto inglés utiliza el adjetivo “material”; la versión francesa ha optado por la expresión “*substantielle*”. Al respecto, y sobre los matices que una y otra expresión comportan en ambas lenguas, ver LANDO, Beale, cit., p. 124, apartado E, final y p. 125, nota 5.

(5) N. del T.: “Comunicar” en el sentido de “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien alguna cosa” (2ª acepción diccionario R.A.E). El texto original inglés se refiere a “notice”. Aunque el término “notificación” resultaría más natural en el lenguaje jurídico e incluso en el lenguaje corriente, hemos optado por la expresión “comunicación”, porque la notificación sugiere la existencia de un documento en el que se hace constar la información, y los principios parten de la idea de que la “notice” puede hacerse por escrito o por cualquier otro medio (art. 1:303 (1)).

(2) A salvo los casos previstos en los apartados (4) y (5), una comunicación surte efecto cuando llega a su destinatario.

(3) Una comunicación llega a su destinatario cuando se le entrega, cuando se entrega en su establecimiento o en su dirección postal o, en caso de no tener establecimiento ni dirección postal, cuando se entrega en el lugar de su residencia habitual.

(4) Una comunicación convenientemente hecha o remitida a la otra parte como consecuencia del incumplimiento de ésta última o ante un probable incumplimiento de la misma, no deja de surtir efecto aun en situaciones de retraso, de inexactitudes en su transmisión o incluso cuando no llegara a su destino. Los efectos de la comunicación se entenderán producidos a partir del momento en que, en condiciones normales, habría llegado a su destino.

(5) Una comunicación no surte efecto alguno si su destinatario hubiera recibido previamente o al mismo tiempo una revocación de la misma.

(6) En el presente Artículo el término “comunicación” incluye promesas, declaraciones, ofertas, aceptaciones, demandas, solicitudes o cualquier otro contenido.

Artículo 1:304: Cómputo de los plazos

(1) Cuando una parte fije un plazo en un documento escrito para que su destinatario responda o lleve a cabo alguna cosa, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha señalada como fecha de emisión del documento. Si tal fecha no constara, el plazo empezará a contar en el momento en que el documento haya llegado a su destinatario.

(2) Los días festivos y los no laborables transcurridos en dicho período se incluyen en el cómputo. Sin embargo, si el plazo termina en un día festivo o no laborable en el lugar de la dirección del destinatario o en el lugar en que deba cumplirse un determinado acto obligatorio, dicho plazo se prorroga hasta el siguiente día laborable en dicho lugar.

(3) Cuando los plazos se expresan en días, semanas, meses o años, se empiezan a contar a las cero horas del día siguiente y terminan a las veinticuatro horas del último día del plazo; pero cuando la parte que fijó el plazo deba recibir una respuesta o cuando deba llevarse a cabo cualquier otro acto, deberá respetarse la hora habitual del cierre del negocio del último día del plazo en el lugar correspondiente.

Artículo 1:305: Imputabilidad e intención

Cuando un tercero que interviene en la celebración de un contrato con el acuerdo de una de las partes, que recibe de la parte el encargo

de cumplir las obligaciones derivadas del contrato o que cumple con el consentimiento de dicha parte,

(a) tiene conocimiento o prevé un hecho o debería haberlo conocido o previsto,

(b) o ha actuado de manera intencional o gravemente negligente o no conforme a las exigencias de la buena fe, tal conocimiento, previsibilidad o comportamiento se imputará a la citada parte.

CAPÍTULO 2 FORMACIÓN

SECCIÓN 1 DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato

(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando

(a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y

(b) alcanzan un acuerdo suficiente.

(2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.

Artículo 2:102: Intención

La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte.

Artículo 2:103: Acuerdo suficiente

Un acuerdo se considera suficiente:

(a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse.

(b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios.

(2) No obstante, si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto.

Artículo 2:104: Términos no negociados de manera individual

(1) Los términos de un contrato que no hayan sido objeto de negociación individual sólo podrán oponerse contra una parte que no tuviera conocimiento de ellos cuando la parte que los invoca hubiera adoptado medidas suficientes para que la otra parte repare en ellos antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión.

(2) La mera referencia en el texto del contrato a una cláusula, no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento.

Artículo 2:105: Cláusula de integridad (*Merger clause*)

(1) Si un contrato escrito contiene una cláusula negociada de manera individual que establece que en el texto constan todos los términos del contrato (cláusula de integridad), cualesquiera otras declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el escrito no forman parte del contrato.

(2) Una cláusula de integridad que no se haya negociado de manera individual, únicamente permite presumir que las partes pretendían que sus declaraciones, compromisos o acuerdos anteriores no formaran parte del contrato. La presente regla no puede excluirse ni restringirse.

(3) Las declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual.

(4) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar una cláusula de integridad si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable.

Artículo 2:106: Estipulación de modificación por escrito

(1) Un contrato escrito que disponga en una de sus cláusulas que toda modificación que se acuerde o el mutuo disenso deberán constar por escrito, únicamente permite presumir que cualquier acuerdo de modificación o resolución sólo vinculará jurídicamente si se ha hecho por escrito.

(2) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar dicha cláusula si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable.

Artículo 2:107: Promesas obligatorias sin aceptación

Una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación, es vinculante.

SECCIÓN 2 OFERTA Y ACEPTACIÓN

Artículo 2:201: Oferta

(1) Una propuesta equivale a una oferta cuando:

(a) su finalidad es convertirse en un contrato en caso de aceptación por la otra parte, y

(b) contiene términos lo suficientemente precisos para constituir un contrato.

(2) La oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas o al público.

(3) La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio.

Artículo 2:202: Revocación de la oferta

(1) La oferta puede revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato nazca en virtud de los apartados (2) ó (3) del Artículo 2:205.

(2) Una oferta hecha al público puede revocarse por los mismos medios empleados para hacer dicha oferta.

(3) Sin embargo, la revocación no surtirá efectos:

(a) si la oferta indica que es irrevocable,

(b) o fija un plazo determinado para su aceptación,

(c) o si su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta.

Artículo 2:203: Rechazo

Cuando el oferente recibe un rechazo de la oferta, ésta caduca.

Artículo 2:204: Aceptación

(1) Toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación.

(2) El silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos.

Artículo 2:205: Momento de la conclusión del contrato

(1) Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente.

(2) En el caso de una aceptación derivada de una conducta, el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta.

(3) Si el destinatario, en virtud de la oferta, de prácticas establecidas entre las partes o de un uso, puede aceptar dicha oferta mediante el cumplimiento de un acto sin necesidad de comunicarlo al oferente, el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de ese acto.

Artículo 2:206: Plazo de aceptación

(1) Para que la aceptación de una oferta tenga efecto, debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él.

(2) Si el oferente no hubiera dispuesto plazo alguno, la aceptación debe llegarle en un plazo razonable.

(3) Cuando se acepta una oferta cumpliendo un acto conforme al Artículo 2:205(3), dicho acto debe llevarse a cabo dentro del plazo fijado por el oferente para aceptar la oferta y, en defecto de plazo, en un plazo razonable.

Artículo 2:207: Aceptación tardía

(1) No obstante, una aceptación tardía valdrá como verdadera aceptación si el oferente, sin demora, comunica al destinatario que la admite como tal.

(2) Una carta u otro escrito que contenga una aceptación tardía y que demuestre que se envió en tales circunstancias que, de haber sido normalmente remitido, hubiera llegado a tiempo al oferente, surtirá efectos como verdadera aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe al destinatario que considera que su oferta ha caducado.

Artículo 2:208: Aceptación con modificaciones

(1) Toda respuesta del destinatario que estipule o implique nuevos o diferentes términos que alteren de manera esencial los términos de

la oferta constituye un rechazo de la oferta inicial y, a su vez, una nueva oferta.

(2) Una respuesta clara de aceptación de la oferta, aun cuando estipule o implique nuevos o diferentes términos, se entenderá como verdadera aceptación en tanto esas modificaciones no alteren de manera esencial los términos de la oferta. En tal caso, los nuevos términos o los términos modificados pasan a formar parte del contrato.

(3) No obstante, una respuesta de este tipo se considera un rechazo a la oferta si:

(a) La oferta limita expresamente la aceptación a los términos previstos en ella.

(b) El oferente se opone sin demora a los nuevos términos o a los términos modificados.

(c) O si el destinatario condiciona su aceptación al hecho de que el oferente acepte los nuevos términos o los términos modificados y el acuerdo del oferente no llegara al destinatario en un plazo razonable.

Artículo 2:209: Incompatibilidad entre condiciones generales

(1) Si las partes han llegado a un acuerdo, el contrato existe aun cuando la oferta y la aceptación se remitan a condiciones generales incompatibles. Las condiciones generales formarán parte del contrato en la medida en que coincida su contenido esencial.

(2) Sin embargo, no habrá contrato si alguna de las partes:

(a) hubiera indicado previamente, de manera explícita, y no por medio de las condiciones generales, que no se considerará obligada por un contrato basado en el apartado (1); o

(b) informa a la otra parte, sin demora, que no se considera obligada por tal contrato.

(3) Las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes.

Artículo 2:210: Confirmación escrita de un profesional

En el caso de un contrato celebrado entre profesionales que no se plasme en un documento final, si una de las partes envía a la otra sin demora y a modo de confirmación del contrato un escrito conteniendo nuevos o diferentes términos, éstos pasarán a formar parte del contrato salvo que:

(a) tales términos alteren de manera esencial el contenido del contrato, o

(b) el destinatario se oponga a ellos sin demora.

Artículo 2:211: Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación

Las reglas de la presente sección se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, incluso cuando el proceso de conclusión del contrato no pudiera analizarse en términos de oferta y aceptación.

SECCIÓN 3: RESPONSABILIDAD EN LAS NEGOCIACIONES

Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe

(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Artículo 2:302: Quiebra de la confidencialidad

Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.

CAPÍTULO 3 PODER DE REPRESENTACIÓN

SECCIÓN 1 DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 3:101: Objeto del capítulo

(1) El presente capítulo regula el poder de los representantes en sentido amplio y de cualesquiera otros intermediarios, para obligar a su representado en los contratos celebrados con un tercero.

(2) Este capítulo no regula el poder otorgado a un representante legal, ni el poder de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

(3) El presente capítulo no regula las relaciones internas entre el representante o intermediario y su representado.

Artículo 3:102: Clases de representación

(1) En los casos en que el representante actúe en nombre de su representado, se aplicarán las reglas sobre la representación directa (sección 2). Es irrelevante que la identidad del representado se conozca en el momento mismo en que actúa el representante o que se vaya a conocer ésta con posterioridad.

(2) Cuando un intermediario actúa por cuenta y representación de otro pero no en su nombre o cuando el tercero ignora y no tiene motivos para saber que el intermediario está actuando como representante, se aplicarán las reglas sobre la representación indirecta (sección 3).

SECCIÓN 2 REPRESENTACIÓN DIRECTA

Artículo 3:201: Poder expreso, implícito y aparente

(1) El representado puede otorgar al representante un poder expreso para actuar en su nombre, o puede resultar un poder implícito conforme a las circunstancias.

(2) El representante tiene poder para llevar a cabo todos los actos que, de acuerdo con las circunstancias, sean necesarios para el cumplimiento de su encargo.

(3) Se entenderá que una persona ha otorgado poder de representación a un representante aparente, cuando las declaraciones o la conducta de la primera permitan deducir razonablemente a terceros de buena fe que el representante aparente tenía poder para llevar a cabo un determinado acto.

Artículo 3:202: Actuación del representante en el ejercicio de su poder

Cuando un representante actúa en el marco de su poder conforme al Artículo 3:201, sus actos obligan directa y recíprocamente al representado y a los terceros. El representante no queda obligado con los terceros.

Artículo 3:203: Representado no identificado

Cuando un representante celebre un contrato en nombre de un representado cuya identidad deba revelarse con posterioridad y, tras el requerimiento del tercero, incumpla su deber de comunicar dicha identidad en un plazo razonable, quedará directamente obligado por el contrato.

Artículo 3:204: Representante que actúa sin poder o extralimitándose en él

(1) Cuando una persona actúa como representante sin tener poder de representación o extralimitándose en el ejercicio del mismo, sus actos no obligan al representado ni a los terceros.

(2) Si el representado no ratifica la actuación del representante como prevé el Artículo 3:207, el representante responde del pago de los daños causados al tercero, hasta devolverle a la situación en que se encontraría si el representante hubiera actuado conforme a su poder de representación. Esta norma no será de aplicación si el tercero sabía o no podía ignorar que el representante no gozaba del correspondiente poder.

Artículo 3:205: Conflicto de intereses

(1) Si el contrato celebrado por un representante coloca a éste ante un conflicto de intereses que el tercero conocía o no podía ignorar, el representado puede anular el contrato conforme a las disposiciones de los artículos 4:112 a 4:116.

(2) Se presume que hay conflicto de intereses:

(a) Cuando el representante hubiera actuado al mismo tiempo como representante del tercero; o

(b) Cuando el representante hubiera celebrado el contrato consigo mismo y en su propio nombre.

(3) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato:

(a) Si hubiera consentido o no pudiera ignorar tal actuación del representante, o

(b) Si el representante le hubiera comunicado la existencia de un conflicto de intereses y el representado no se hubiera opuesto al mismo en un plazo razonable.

Artículo 3:206: Sustitución en la representación

El representante tiene el poder implícito de designar a un representante suyo que cumpla aquellas funciones que no sean de carácter

estrictamente personal y aquellas otras en las que no parece razonable exigir un cumplimiento personal del propio representante. Las reglas de esta sección se aplican al sustituto del representante; los actos del sustituto del representante que entren en su esfera de poder y en la del representante que lo designó, obligan directamente al representado principal y a los terceros.

Artículo 3:207: Ratificación por parte del representado

(1) El representado puede ratificar los actos que haya llevado a cabo un representante sin poder o extralimitándose en él.

(2) Tras la ratificación, la actuación del representante se da por autorizada, sin perjuicio de los derechos de cualesquiera otras personas.

Artículo 3:208: Derechos de los terceros respecto de la confirmación del poder

Cuando las declaraciones o la conducta del representado hayan dado al tercero motivos para creer que un acto llevado a cabo por el representante se encontraba autorizado, pero el tercero tenga dudas acerca de la existencia del poder, podrá enviar al representado una confirmación escrita o solicitar de él una ratificación de dicha actuación. Si el representado no se opone ni contesta de inmediato a la demanda de ratificación, la actuación del representante se dará por autorizada.

Artículo 3:209: Duración del poder

(1) El poder de un representante subsiste hasta que el tercero tenga noticia o hubiera debido saber que:

(a) El representante, el representado o ambos han revocado o renunciado a ese poder.

(b) Los actos para los que se otorgó el poder han concluido o se ha extinguido el plazo para el que se otorgó el mismo.

(c) El representante resulta insolvente o, en caso de ser una persona física, fallece o resulta incapacitado. O

(d) El representado resulta insolvente.

(2) A los efectos del precedente apartado (1) (a) se entiende que el tercero tiene noticia de la extinción del poder del representante cuando se haya comunicado o hecho pública por las mismas vías por las que se comunicó o se hizo público el otorgamiento de dicho poder.

(3) No obstante, durante un plazo razonable, el representante está autorizado a llevar a cabo cualquier actuación necesaria para proteger los intereses del representante o de los herederos de éste.

SECCIÓN 3 REPRESENTACIÓN INDIRECTA

Artículo 3:301: Intermediarios que no actúan en nombre del representado

(1) Un intermediario y un tercero quedan obligados entre sí, cuando el intermediario actúa:

(a) por cuenta del representado y siguiendo sus instrucciones, pero no en su nombre, o

(b) siguiendo instrucciones de su principal, pero sin que el tercero lo sepa o lo pueda saber.

(2) El representado y el tercero quedan únicamente obligados cuando se den las condiciones previstas en los artículos 3:302 a 3:304.

Artículo 3:302: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el representado principal

Si el intermediario deviene insolvente o incurre en un incumplimiento esencial para con el representado o si se advierte de manera evidente, con carácter previo a la fecha del cumplimiento, que se producirá un incumplimiento esencial,

(a) a requerimiento del representado, el intermediario deberá comunicar el nombre y la dirección del tercero, y

(b) el representado podrá reclamar al tercero los derechos que el intermediario hubiera adquirido por cuenta del representado, sin perjuicio de las excepciones que el tercero pueda oponer al intermediario.

Artículo 3:303: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el tercero.

Si el intermediario deviene insolvente o incurre en un incumplimiento esencial para con el tercero o si se advierte de manera evidente, con carácter previo a la fecha del cumplimiento, que se producirá un incumplimiento esencial,

(a) a requerimiento del tercero, el intermediario debe comunicar el nombre y la dirección del representado, y

(b) el tercero puede ejercer contra el representado los derechos que tenga contra el intermediario, sin perjuicio de las excepciones que el intermediario pueda oponer al tercero y de las que pueda oponer el representado al intermediario.

Artículo 3:304: Exigencia de comunicación

Los derechos recogidos en los artículos 3:302 y 3:303 sólo pueden ejercerse si se comunica al intermediario y al tercero o al representado, respectivamente, la intención de ejercerlos. Desde el momento en que se reciba la comunicación, el tercero o el representado ya no tienen derecho a efectuar prestación alguna al intermediario.

CAPÍTULO 4 VALIDEZ

Artículo 4:101: Cuestiones no reguladas

El presente capítulo no trata de la nulidad⁽⁶⁾ derivada de ilicitud, de inmoralidad o de incapacidad.

Artículo 4:102: Imposibilidad inicial

Un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato.

Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho

(1) Una parte podrá anular⁽⁷⁾ un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

(a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,

(ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o

(6) **N. del T.:** En el sentido de invalidez.

(7) **N. del T.:** La versión inglesa se refiere a “avoid a contract” a lo largo de todo el capítulo. No hemos optado por otras soluciones, como la de “impugnar”, porque este término sugiere más bien la intervención de un órgano judicial o arbitral, o cualquier otra institución, ante los que el interesado reclame la anulabilidad del contrato. Y es importante tener en cuenta que los principios parten de la innecesariedad de la intervención de un órgano decisorio en estos casos. En tal sentido, art. 4:112 y, específicamente, el comentario al mismo en LANDO, Beale, cit., p. 274: “it is not necessary to seek a court order to avoid the contract”.

(iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y

(b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

(2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:

(a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o

(b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

Artículo 4:104: Inexactitud en las comunicaciones

Cualquier inexactitud cometida en la expresión o en la transmisión de una declaración se considerará un error de su autor o de la persona que envió la declaración, siendo de aplicación el Artículo 4:103.

Artículo 4:105: Adaptación del contrato

(1) Cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por la existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error. La otra parte debe indicar su voluntad de cumplir o ejecutar dicho cumplimiento sin dilación, una vez se le haya informado del sentido que la víctima del error había otorgado al contrato y antes de que ésta haya alegado dicha anulabilidad y actúe en función de ella.

(2) Tras dicha indicación o cumplimiento, se pierde el derecho a anular el contrato y queda sin efecto toda acción anterior al respecto.

(3) Cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo error, el juez o tribunal podrá restablecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error.

Artículo 4:106: Información incorrecta

Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del Artículo 4:117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del Artículo 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta.

Artículo 4:107: Dolo

(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.

(2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.

(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:

(a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;

(b) el coste de obtener dicha información;

(c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y

(d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

Artículo 4:108: Intimidación

Una parte puede anular el contrato cuando la otra ha conseguido que la primera preste su consentimiento por la amenaza inminente y grave de un hecho

(a) ilícito de por sí,

(b) o cuyo uso como medio para lograr la conclusión del contrato es ilícito, salvo que en las concretas circunstancias la primera de las partes hubiera tenido una solución alternativa razonable.

Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta

(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:

(a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexpérimentado o carente de capacidad negociadora, y

(b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.

(2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

(3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella.

Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente

(1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo.

(2) Este Artículo no se aplica:

(a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible.

(b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte.

Artículo 4:111: Terceros

(1) Cuando un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma:

(a) provoca un error al dar una información o conocía o debía conocer que existía un error,

(b) proporciona una información incorrecta,

(c) incurre en dolo,

(d) provoca intimidación,

(e) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta,

se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo en idénticas condiciones a las que se aplicarían si el comportamiento o la información fueran de la parte misma.

(2) Cuando cualquier otro tercero

(a) proporciona una información incorrecta,

(b) incurre en dolo,

(c) provoca intimidación,

(d) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta,

se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo, si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato.

Artículo 4:112: Comunicación de la anulación

La anulación requiere ser comunicada a la otra parte.

Artículo 4:113: Plazos

(1) La anulación debe comunicarse en un plazo razonable, conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar.

(2) Sin embargo, una parte puede anular una cláusula particular conforme al Artículo 4:110, si lo comunica en un plazo razonable desde que la otra parte hubiera alegado dicha cláusula.

Artículo 4:114: Confirmación

Si la parte que tenía derecho a anular un contrato lo confirma expresa o tácitamente, tras haber sabido que había una causa de anulabilidad o tras resultar libre para actuar, el contrato ya no podrá anularse.

Artículo 4:115: Efectos de la anulación ⁽⁸⁾

En caso de anulación, cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez

(8) N. del T.: Nos permitimos recordar que el texto original se refiere a “avoidance” y no a “nullity” o “invalidity”. Para ajustarnos en lo posible a la redacción inglesa, hemos optado por el término “anulación” del contrato. En cualquier caso, puesto que en este capítulo 4 se están tratando básicamente los “vicios de la voluntad”, creemos que nulidad podría ser un término perfectamente adecuado para la terminología jurídica castellana.

lo que hubiera recibido a cambio. Si la restitución en especie no es posible por cualquier motivo, deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido.

Artículo 4:116: Anulación parcial

Si la causa de anulabilidad sólo afecta a algunas cláusulas particulares del contrato, la anulación se limitará a dichas cláusulas, salvo que atendidas las circunstancias del caso, resultara absurdo mantener vigente el resto del contrato.

Artículo 4:117: Daños y perjuicios

(1) La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta.

(2) La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 o 4:114, puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del Artículo 4:106.

(3) Por lo demás y con los ajustes que correspondan, se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9.

Artículo 4:118: Exclusión o restricción de las acciones

(1) Las partes no pueden excluir ni restringir las acciones previstas en caso de dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta, ni el derecho de anular una cláusula abusiva que no se haya negociado de manera individual.

(2) Sí pueden excluirse o limitarse las acciones previstas en caso de error o de información incorrecta, salvo que dicha exclusión o limitación sea contraria a la buena fe.

Artículo 4:119: Acciones para casos de incumplimiento

La parte que tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones de este capítulo en circunstancias que le den también derecho a aplicar

acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos medios.

CAPÍTULO 5 INTERPRETACIÓN

Artículo 5:101: Reglas generales de interpretación

(1) Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas.

(2) Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera.

(3) Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias.

Artículo 5:102: Circunstancias relevantes

Para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente:

(a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares.

(b) El comportamiento de las partes, incluido el subsiguiente a la celebración del contrato.

(c) La naturaleza y objeto del contrato.

(d) La interpretación que las partes hubieran otorgado ya a cláusulas similares y las prácticas establecidas entre ellas.

(e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que hubieran podido recibir con anterioridad cláusulas similares.

(f) Los usos.

(g) Las exigencias de la buena fe.

Artículo 5:103: Regla *contra proferentem*

En caso de duda, los términos del contrato que no se hayan pactado de manera individual, se interpretarán preferiblemente contra la parte que los hubiera propuesto.

Artículo 5:104: Preferencia en favor de los términos negociados

Los términos pactados de manera individual tienen preferencia sobre los que no lo han sido.

Artículo 5:105: Referencia al contrato como unidad

Los términos de un contrato deben interpretarse a la luz de dicho contrato en su conjunto.

Artículo 5:106: Interpretación útil

Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen.

Artículo 5:107: Discrepancias lingüísticas

En caso de discrepancia entre las versiones de un contrato redactado en dos o más lenguas, cuando ninguna de ellas revista el carácter de versión oficial, tendrá preferencia la interpretación más acorde con la versión en que se redactó originalmente el contrato.

CAPÍTULO 6 CONTENIDO Y EFECTOS

Artículo 6:101: Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales

(1) Una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta:

(a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte.

(b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios.

(c) Y la experiencia profesional de cada una de las partes.

(2) Si una de las partes es un proveedor profesional e informa sobre la calidad o el uso de servicios, mercancías u otros bienes, ya sea al introducirlos en el mercado, ya sea al hacer publicidad de los mismos o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato, lo que declare al respecto será considerado fuente de una obligación contractual, a menos que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto.

(3) Informaciones como las mencionadas u otros compromisos formulados por un representante, por una persona que hace publicidad de los servicios, mercancías u otros bienes del proveedor profesional o por una persona que se ocupa de los primeros contactos para llevar a cabo el negocio, serán consideradas fuente de obligaciones contractuales a cargo del proveedor profesional, a no ser que éste ignorara o no tuviera motivos para conocer la información o el compromiso adquirido.

Artículo 6:102: Términos implícitos

Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de:

- a) La intención de las partes.
- b) La naturaleza y el objeto del contrato.
- c) Y la buena fe.

Artículo 6:103: Simulación

Cuando las partes concluyen un contrato aparente que encubre su verdadero acuerdo, entre las partes prevalecerá este último.

Artículo 6:104: Determinación del precio

En los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio razonable.

Artículo 6:105: Determinación unilateral por una de las partes

Aun cuando exista una estipulación en contra, si la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deja en manos de una de las partes y lo así determinado resultase manifiestamente irrazonable, el precio o elemento referido se sustituirá por otro razonable.

Artículo 6:106: Determinación por un tercero

(1) Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello.

(2) Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable.

Artículo 6:107: Referencia a un índice de determinación inexistente

Cuando el precio o cualquier otro elemento del contrato deba determinarse en función de un índice que no existe, que ha dejado de existir o que ya no es accesible, el índice de referencia se sustituirá por el índice equivalente más próximo.

Artículo 6:108: Calidad en la ejecución

Si el contrato no especifica la calidad de la prestación debida, la parte debe llevar a cabo, al menos, una prestación de calidad media.

Artículo 6:109: Contrato de duración indefinida

Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso de duración razonable.

Artículo 6:110: Estipulación en favor de tercero

(1) Cualquier tercero tendrá derecho a exigir el cumplimiento de una obligación contractual cuando las partes hayan acordado de manera expresa otorgarle este derecho o cuando dicho acuerdo se infiera del objeto del contrato o de las circunstancias del caso. No será necesario que el tercero quede identificado en el momento de la conclusión del acuerdo.

(2) Si el tercero renuncia a este derecho, se entenderá que nunca lo adquirió.

(3) El estipulante puede revocar el derecho del tercero comunicando esta decisión al promitente, salvo si:

(a) El tercero hubiera recibido una notificación del estipulante en la que le comunicara la irrevocabilidad de su derecho.

(b) O el promitente o el estipulante hubieran recibido una comunicación del tercero aceptando su derecho.

Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumpli-

miento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

CAPÍTULO 7 PAGO O CUMPLIMIENTO

Artículo 7:101: Lugar de cumplimiento

(1) Cuando el contrato no fije el lugar de cumplimiento de una obligación contractual, o este lugar no pueda determinarse con arreglo al contrato, el lugar de pago o cumplimiento será:

(a) En las obligaciones pecuniarias, el lugar del establecimiento del acreedor en el momento de la conclusión del contrato.

(b) En las obligaciones no pecuniarias el lugar del establecimiento del deudor en el momento de la conclusión del contrato.

(2) Cuando la parte tenga más de un establecimiento, el lugar del establecimiento al que se refiere el párrafo anterior será el que tenga un vínculo más próximo con el contrato, atendidas las circunstancias conocidas o consideradas por las partes en el momento de la conclusión del contrato.

(3) En el caso de que alguna de las partes no tenga establecimiento, su residencia habitual será considerado como su establecimiento.

Artículo 7:102: Momento del cumplimiento

Las partes han de cumplir sus obligaciones:

(a) Cuando el contrato disponga una fecha determinada o determinable, en la fecha pactada.

(b) Cuando el contrato fije un período determinado o determinable, en cualquier momento de dicho período, salvo que de las circunstancias del caso resulte que corresponde a la otra parte escoger el momento del pago.

(c) En los demás casos, en un plazo razonable desde el momento de la conclusión del contrato.

Artículo 7:103: Cumplimiento anticipado

(1) Las partes pueden negarse a aceptar una oferta de pago anterior al vencimiento de la obligación, excepto en los casos en que aceptar dicha oferta no perjudique sus intereses de manera significativa.

(2) El hecho de que una parte acepte un pago anticipado no afecta para nada a la fecha del cumplimiento de sus propias obligaciones.

Artículo 7:104: Orden en el cumplimiento

Siempre que las prestaciones de las partes puedan cumplirse de manera simultánea, las partes habrán de cumplirlas simultáneamente, salvo que las circunstancias indiquen otra cosa.

Artículo 7:105: Prestación alternativa

(1) Cuando la obligación pueda cumplirse a través de prestaciones alternativas, la elección corresponde a la persona que debe cumplirla, salvo que las circunstancias indiquen otra cosa.

(2) Si la parte que debía elegir no lo hace en el momento fijado por el contrato,

(a) si el plazo para elegir es esencial, el derecho a elegir la prestación pasa a la otra parte;

(b) si el plazo no es esencial, la otra parte puede comunicar que fija un plazo adicional de duración razonable en el que la parte con derecho de elección debe decidirse. Si ésta no se decidiera, el derecho a elegir pasa a la otra parte.

Artículo 7:106: Ejecución por un tercero

(1) Salvo que el contrato requiera una ejecución personal, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un tercero:

(a) Si el tercero actúa con el consentimiento del deudor.

(b) O si el tercero tiene un interés legítimo en la ejecución y el deudor no ha cumplido o resulta manifiesto que no cumplirá al tiempo del vencimiento de la obligación.

(2) El cumplimiento por un tercero conforme al apartado (1) libera al deudor.

Artículo 7:107: Modo de pago

(1) Una deuda de dinero puede pagarse por cualquiera de los medios habituales en el comercio.

(2) Cuando un acreedor, conforme al contrato o de manera voluntaria, acepta un cheque u otra orden o promesa de pago, se presume que únicamente lo acepta bajo la condición de que se haga efectivo. El acreedor no puede reclamar la obligación inicial de pago salvo que la orden o promesa no fueran satisfechas.

Artículo 7:108: Moneda de pago

(1) La partes pueden pactar que el pago se hará únicamente en una determinada moneda.

(2) En ausencia de pacto al respecto, toda suma de dinero expresada en una moneda distinta a la moneda de curso legal en el lugar del pago, podrá pagarse en la moneda de dicho lugar conforme al tipo de cambio allí vigente en el momento del vencimiento.

(3) Si en un caso como el previsto en el apartado anterior el deudor no hubiera pagado llegado el vencimiento, el acreedor puede pedir que se le pague en la moneda del lugar del pago aplicando bien el tipo de cambio vigente en el momento del vencimiento o bien el vigente en el momento del pago efectivo.

Artículo 7:109: Imputación de pagos

(1) A salvo las disposiciones del apartado (4), cuando una parte que tiene varias deudas de idéntica naturaleza ofrece un cumplimiento que no alcanza para extinguirlas todas, dicha parte puede declarar, al tiempo de hacerse el pago, a cuál de las deudas debe aplicarse el mismo.

(2) Si la parte que debe cumplir no formula tal declaración, la otra parte puede imputar el pago a la deuda de su elección en un plazo razonable. Esta parte debe informar a la parte deudora de su elección. Sin embargo, la imputación del pago a una determinada obligación será inválida cuando:

- (a) La deuda no estuviera vencida.
- (b) Fuera ilícita.
- (c) O fuera litigiosa.

(3) Si ninguna de las partes procediera a la imputación del pago, a salvo las disposiciones del apartado (4), el pago se aplicará a la obligación que satisfaga alguno de los siguientes criterios en el orden indicado:

- (a) La obligación vencida o la que venza en primer lugar.
- (b) La obligación que ofrezca menor nivel de garantías para el acreedor.
- (c) La obligación que resulte más onerosa al deudor.
- (d) La obligación más antigua.

Si no resulta aplicable ninguno de los criterios anteriores, el pago se imputará a prorrata entre todas las deudas.

(4) En las deudas de dinero, todo pago del deudor se ha de imputar, en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses y finalmente al capital, salvo que el acreedor disponga otra aplicación.

Artículo 7:110: Negativa a recibir un determinado bien

(1) La parte que quede en posesión de un bien mueble, distinto al dinero, debido a que la otra parte se ha negado a recibir o a recuperar su propiedad, debe ocuparse con diligencia de proteger y preservar dicha propiedad.

(2) La parte que queda con dicha posesión puede liberarse de su obligación de entrega o de devolución:

(a) Depositando el bien en manos de un tercero que, en términos razonables, deberá guardar las cosas debidas por cuenta de la otra parte; la parte que efectúa el depósito deberá comunicar este hecho a la otra parte.

(b) Procediendo a vender en términos razonables el bien tras comunicárselo a la otra parte, y entregando los beneficios netos de la venta a esta otra parte.

(3) En los casos en que, sin embargo, el bien en cuestión sea objeto de un rápido deterioro o cuando los gastos para su conservación resulten desmesuradamente elevados, la parte debe adoptar las medidas adecuadas para disponer de estos bienes de manera razonable. Puede liberarse de su obligación de entrega o de devolución mediante la entrega de los beneficios netos de la venta a la otra parte.

(4) La parte que quedó en posesión de la cosa tiene derecho a que se le reembolsen aquellos gastos que resulten razonables y que deriven de la venta, o a retener el importe de tales gastos de los beneficios obtenidos en dicha venta.

Artículo 7:111: Negativa a recibir una suma de dinero

Cuando una parte se niega a aceptar un ofrecimiento de pago en dinero correctamente realizado, la parte oferente, previa comunicación a la primera, puede liberarse de su obligación de pago, depositando el dinero conforme a la ley del lugar del pago y por cuenta de aquélla.

Artículo 7:112: Gastos de cumplimiento

Cada parte debe cargar con los gastos que suponga el cumplimiento de sus obligaciones.

CAPÍTULO 8 INCUMPLIMIENTO Y MEDIOS DE TUTELA EN GENERAL

Artículo 8:101: Medios de protección del crédito

(1) Siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al Artículo 8:108, el perjudicado⁽⁹⁾ puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9.

(2) Cuando el incumplimiento de una de las partes pueda justificarse con arreglo al Artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios.

(9) **N. del T.:** Cuando utilizamos la expresión “perjudicado” o “parte perjudicada”, la versión inglesa está haciendo referencia a “the aggrieved party”. Pese a que hablar de “parte perjudicada” y “parte que incumple” o “parte incumplidora” da lugar a una redacción algo farragosa, hemos preferido esta solución a, sencillamente, simplificar y hablar de acreedor y deudor, porque no siempre el perjudicado será el acreedor y viceversa. En efecto, cuando los principios matizan que se trata del acreedor y el deudor se utilizan los términos “creditor” y “debtor”. Cfr., p. ej., arts. 7:106 o 7:107.

(3) La parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte.

Artículo 8:102: Acumulación de medios de tutela

Los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tengan derecho.

Artículo 8:103: Incumplimiento esencial

El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato:

(a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.

(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.

(c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

Artículo 8:104: Corrección de una prestación defectuosa

Cuando una parte rechaza la oferta de cumplimiento de la otra parte porque no se ajusta al contrato, la parte que hizo dicha oferta puede proceder a un nuevo ofrecimiento de pago conforme, mientras la obligación no haya vencido o en tanto el retraso en el pago no suponga un incumplimiento esencial.

Artículo 8:105: Garantías de ejecución

(1) Una parte que, razonablemente, crea que la otra incumplirá sus obligaciones de manera esencial, puede exigirle que proceda a garantizar el correcto cumplimiento de las mismas y, entre tanto, puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones durante el tiempo en que persista en este convencimiento razonable.

(2) Si dichas garantías no se prestan en un plazo razonable y la parte que las exigió sigue creyendo de manera razonable que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte, la primera puede poner fin al contrato, comunicando de inmediato dicha resolución.

Artículo 8:106: Comunicación concediendo un plazo adicional para el cumplimiento

(1) En todos los casos de incumplimiento, el perjudicado puede conceder a la otra parte una prórroga para proceder al cumplimiento, comunicándole dicha decisión.

(2) En el transcurso de dicho plazo adicional, la parte perjudicada puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus correlativas obligaciones y reclamar el pago de daños y perjuicios, pero no puede utilizar ningún otro medio de tutela. Ante una comunicación de la otra parte informándole de que no cumplirá en dicho plazo o si, vencido el plazo adicional, la obligación debida siguiera sin verse cumplida, el perjudicado podrá recurrir a cualquiera de los medios previstos en el capítulo 9.

(3) Ante un retraso en el cumplimiento que no revista el carácter de esencial, si la parte perjudicada hubiera concedido a la otra parte una prórroga de duración razonable para proceder el pago, el perjudicado puede resolver el contrato al concluir el plazo previsto en la prórroga. Al comunicar la concesión de la prórroga, el perjudicado puede disponer que el contrato concluirá automáticamente si la otra parte no cumple en el plazo fijado. Si el plazo dispuesto es demasiado breve, la parte perjudicada sólo puede resolver el contrato o, en su caso, concluir éste de manera automática, cuando haya transcurrido un tiempo razonable desde el momento de la notificación.

Artículo 8:107: Cumplimiento confiado a un tercero

La parte que encomienda a un tercero el cumplimiento del contrato seguirá siendo responsable de dicho cumplimiento.

Artículo 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento

(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento sea tan sólo temporal, la exoneración prevista en este Artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que persista el impedimento. Sin embargo, si el retraso se tradujera en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo en tal sentido.

(3) La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento

y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación.

Artículo 8:109: Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de tutela

Los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento pueden excluirse o limitarse, salvo que resultase contrario a la buena fe alegar dicha exclusión o limitación.

**CAPÍTULO 9
REMEDIOS ESPECÍFICOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO**

**SECCIÓN 1
DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO**

Artículo 9:101: Obligaciones pecuniarias

(1) El acreedor tiene derecho a percibir el dinero que se le debe.

(2) Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le deba según el contrato salvo que:

(a) Hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivo esfuerzo o coste.

(b) O no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias.

Artículo 9:102: Obligaciones no pecuniarias

(1) La parte perjudicada tiene derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica ⁽¹⁰⁾ de las obligaciones no pecuniarias y a la reparación del cumplimiento defectuoso de las mismas.

(2) Sin embargo, el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando:

(a) El cumplimiento resulte ilícito o imposible.

(b) Dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables.

(10) **N. del T.:** También denominada ejecución in natura; en otras ocasiones, los autores se refieren a la pretensión de cumplimiento o a la acción de cumplimiento en forma específica. La expresión inglesa es la de “specific performance”.

(c) El cumplimiento consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal.

(d) O el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías.

(3) La parte perjudicada perderá su derecho a la pretensión de cumplimiento específico si no lo ejerce en un tiempo prudencial desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento.

Artículo 9:103: Conservación del derecho a la indemnización por daños y perjuicios

Aun cuando el derecho a la pretensión de cumplimiento resulte excluido conforme a esta sección, nada impide la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

SECCIÓN 2 EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Artículo 9:201: Derecho a suspender la ejecución de la prestación

(1) La parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias.

(2) Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma.

SECCIÓN 3 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO⁽¹¹⁾

Artículo 9:301: Derecho a resolver el contrato

(1) Una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte.

(11) **N. del T.:** Hemos optado por el término resolución y no el de rescisión, porque en el Derecho civil español, la rescisión en sentido propio se limita a los supuestos del art. 1291 CC e implica además una acción subsidiaria, conforme al art. 1294 CC.

(2) En caso de retraso, la parte perjudicada también puede resolver el contrato conforme al Artículo 8:106 (3).

Artículo 9:302: Contratos de ejecución fraccionada

En un contrato de ejecución fraccionada, la parte perjudicada puede ejercer su facultad resolutoria, conforme a esta sección, sobre aquella parte del contrato que se hubiera incumplido de manera esencial y respecto de la que pueda determinarse el porcentaje de contraprestación a que afecta dicho incumplimiento. El perjudicado únicamente podrá resolver el contrato en su totalidad si el incumplimiento resulta esencial para el conjunto del mismo.

Artículo 9:303: Comunicación de la resolución

(1) El ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte.

(2) La parte perjudicada pierde su derecho a resolver el contrato si no comunica que lo resuelve en un plazo razonable desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido el incumplimiento.

(3) (a) Si llegado el vencimiento de la obligación no ha habido ofrecimiento de pago, la parte perjudicada no necesita comunicar que resuelve el contrato antes de que se produzca un ofrecimiento en tal sentido. Si posteriormente se produce un ofrecimiento, la parte perjudicada perderá su facultad resolutoria si no ejercita su acción comunicándolo en un plazo razonable desde que haya tenido noticia del ofrecimiento o hubiera debido tenerla.

(b) Sin embargo, si la parte perjudicada sabe o tiene motivos para saber que la otra parte todavía tiene intención de ofrecer el pago en un plazo razonable y así ocurre, aquélla perderá su derecho de resolución del contrato cuando sin motivo hubiera dejado de comunicar a la otra parte que ya no aceptaría el pago.

(4) Si conforme al Artículo 8:108 una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación a consecuencia de un impedimento absoluto y definitivo, el contrato queda automáticamente resuelto, sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad.

Artículo 9:304: Incumplimiento previsible

Cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato.

Artículo 9:305: Efectos de la resolución

(1) La resolución del contrato libera a ambas partes de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones, pero de acuerdo con los artículos 9:306 a 9:308, no afecta a los derechos y obligaciones que se hubieran generado hasta el momento de la resolución.

(2) La resolución no afecta para nada a las estipulaciones previstas en el contrato para la solución de conflictos, ni a cualesquiera otras cláusulas que deban surtir efecto incluso tras la resolución.

Artículo 9:306: Bienes cuyo valor ha disminuido

La parte que resuelve un contrato puede devolver aquellos bienes que hubiera recibido de la otra parte con anterioridad cuando su valor para la primera parte se hubiera visto sensiblemente reducido como consecuencia del incumplimiento.

Artículo 9:307: Restitución de sumas de dinero

Al resolver el contrato, las partes tienen derecho a recuperar el dinero pagado por una prestación que no recibieron o que legítimamente se negaron a aceptar.

Artículo 9:308: Restitución de bienes

Al resolver el contrato, aquella parte que hubiera suministrado o entregado bienes cuya devolución sea posible y por los que no haya recibido pago u otra contraprestación, puede recuperar su propiedad.

Artículo 9:309: Prestaciones no susceptibles de restitución

Al resolver el contrato, si una parte hubiera llevado a cabo una prestación que no puede devolverse y por la que no hubiera recibido pago u otra contraprestación, tiene derecho a recibir un importe razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte.

**SECCIÓN 4
REDUCCIÓN DEL PRECIO****Artículo 9:401: Derecho a reducir el precio**

(1) Quien es parte en el contrato y acepta una oferta de cumplimiento no conforme con el mismo puede reducir el precio. Esta reducción será proporcional a la diferencia entre lo que haya disminuido el valor de la prestación en el momento en que se produjo el ofreci-

miento y el valor que hubiera tenido en ese momento un ofrecimiento conforme.

(2) La parte que tiene derecho a reducir el precio conforme al apartado anterior y que ya hubiera pagado una suma superior a dicho precio, puede recuperar el exceso reclamándose a la otra parte.

(3) La parte que reduce el precio no puede obtener al mismo tiempo una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero sigue teniendo derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de cualesquiera otras pérdidas que haya sufrido y que deban repararse conforme a la sección 5 de este capítulo.

SECCIÓN 5 DAÑOS Y PERJUICIOS, E INTERESES

Artículo 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios

(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del Artículo 8:108.

(2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen:

(a) Pérdidas no pecuniarias

(b) Futuras pérdidas previsibles y probables.

Artículo 9:502: Criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios

El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener.

Artículo 9:503: Previsibilidad

La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente.

Artículo 9:504: Pérdidas imputables a la parte perjudicada

Cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento.

Artículo 9:505: Deber de mitigar el daño

(1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables.

(2) El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al intentar mitigar el daño.

Artículo 9:506: Negocio de reemplazo

Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.

Artículo 9:507: Precio corriente de mercado

Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y no haya celebrado un negocio de reemplazo, pero exista un precio corriente de mercado para la prestación objeto del primer contrato, este perjudicado podrá resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.

Artículo 9:508: Retraso en el pago de una cantidad de dinero

(1) Cuando se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago. Dichos intereses se calcularán conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales a los grandes clientes en operaciones a corto plazo, para la moneda de pago convenida y en el lugar en que deba procederse al pago.

(2) La parte perjudicada podrá resarcirse además de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección.

Artículo 9:509: Indemnización pactada para el caso de incumplimiento

(1) Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte ésta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado.

(2) Sin embargo, y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

Artículo 9:510: Moneda en que deben calcularse los daños

Los daños y perjuicios se calcularán en la moneda que refleje con mayor precisión las pérdidas sufridas por el lesionado.

4. CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO)

ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA

ÍNDICE

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I: DISPOSICIONES PRELIMINARES

	Pág.
Art. 1: Definición.....	1881
Art. 2: Autonomía contractual	1881
Art. 3: Reglas generales y particulares aplicables a los contratos	1882
Art. 4: Reglas aplicables a los actos unilaterales	1882
Art. 5: Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato.....	1882

TÍTULO II: FORMACIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: TRATOS PRECONTRACTUALES

Art. 6: Deber de corrección.....	1883
Art. 7: Deber de información.....	1883
Art. 8: Deber de reserva.....	1884
Art. 9: Tratos con los consumidores fuera de establecimiento mercantil....	1884
Art. 10: Tratos en el comercio internacional-intercontinental	1884

SECCIÓN 2ª: CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

Art. 11: Oferta oral y su aceptación	1884
Art. 12: Oferta escrita y su aceptación.....	1885
Art. 13: Nociones de oferta y de invitación a hacer una oferta	1885
Art. 14: Eficacia de la oferta.....	1886
Art. 15: Revocación, rechazo o extinción de la oferta	1886
Art. 16: Aceptación	1886
Art. 17: Oferta irrevocable	1887
Art. 18: Muerte o incapacidad	1888
Art. 19: Adhesión de otras partes al contrato	1888
Art. 20: Actos unilaterales	1888
Art. 21: Presunción de conocimiento.....	1888

	Pág.
Art. 22: Oferta al público	1888
Art. 23: Promesa al público	1889
Art. 24: Actos concluyentes.....	1889

TÍTULO III: CONTENIDO DEL CONTRATO

Art. 25: Condiciones relativas al contenido	1889
Art. 26: Contenido útil.....	1889
Art. 27: Contenido posible	1890
Art. 28: Sobreveniencia de la posibilidad del contenido	1890
Art. 29: Cosas futuras.....	1890
Art. 30: Contenido lícito y no abusivo	1890
Art. 31: Contenido determinado o determinable.....	1891
Art. 32: Cláusulas implícitas	1891
Art. 33: Condiciones generales del contrato.....	1892

TÍTULO IV: FORMA DEL CONTRATO

Art. 34: Forma especial requerida bajo pena de nulidad	1892
Art. 35: Contratos para los que la forma escrita es requerida bajo pena de nulidad	1893
Art. 36: Forma especial requerida para la prueba del contrato	1893
Art. 37: Formas convencionales	1894
Art. 38: Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o de formularios .	1894

TÍTULO V: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Art. 39: Análisis del texto contractual y evaluación de los elementos extrínsecos al acto	1894
Art. 40: Expresiones ambiguas	1895
Art. 41: Expresiones oscuras	1895

TÍTULO VI: EFECTOS DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES PRELIMINARES

Art. 42: Efectos entre las partes y a favor de terceros	1895
Art. 43: Modificación y dejación sin efecto del contrato y derecho de desistimiento	1896
Art. 44: Factores extracontractuales	1896
Art. 45: Efectos obligatorios	1896
Art. 46: Efectos reales	1897
Art. 47: Enajenación a varios sujetos de la misma cosa o del mismo derecho de goce personal.....	1898
Art. 48: Obligación de no enajenar y de no hacerlo a precio diferente	1898

	Pág.
SECCIÓN 2ª: EFECTOS DEBIDOS A ELEMENTOS ACCIDENTALES	
Art. 49: Condición suspensiva	1898
Art. 50: Condición resolutoria	1899
Art. 51: Condición pendiente	1899
Art. 52: Cumplimiento de la condición.....	1899
Art. 53: Condiciones ilícitas e imposibles	1899
Art. 54: Condición simplemente potestativa	1900
Art. 55: Condición referida al pasado o al presente	1900
Art. 56: Término inicial y final	1900
Art. 57: Comienzo y fin de los efectos en ausencia de términos convencio- nales.....	1900
Art. 58: Cálculo del término	1901
Art. 59: Carga.....	1901
SECCIÓN 3ª: REPRESENTACIÓN	
Art. 60: Contrato concluido por el representante	1901
Art. 61: Representante aparente	1902
Art. 62: Concesión del poder	1902
Art. 63: Revocación del poder.....	1902
Art. 64: Representación sin poder	1903
Art. 65: Ratificación	1903
Art. 66: Capacidad de los sujetos.....	1904
Art. 67: Situaciones subjetivas	1904
Art. 68: Contrato consigo mismo y conflicto de intereses	1904
Art. 69: Representantes y colaboradores del empresario.....	1905
SECCIÓN 4ª: CONTRATO CON PERSONA A DESIGNAR	
Art. 70: Reserva de nominación y modalidades de la declaración.....	1905
Art. 71: Efectos de la declaración de nominación y de su falta	1906
SECCIÓN 5ª: CONTRATO A FAVOR DE TERCERO	
Art. 72: Atribución de un derecho a un tercero	1906
Art. 73: Poderes atribuidos a los terceros.....	1907
Art. 74: Disposiciones aplicables.....	1907
TÍTULO VII: EJECUCIÓN DEL CONTRATO	
SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES GENERALES	
Art. 75: Modalidades de ejecución.....	1908
Art. 76: Autorización del acreedor o de los terceros	1908

	Pág.
Art. 77: Ejecución parcial	1909
Art. 78: Prestación distinta de la que es debida y efectuada con bienes de los que el deudor no podía disponer	1909
Art. 79: Ejecución por un tercero.....	1909
Art. 80: Incapacidad del deudor y del acreedor	1910
Art. 81: Destinatario del pago	1910
Art. 82: Lugar de la ejecución	1911
Art. 83: Tiempo de la ejecución	1911
Art. 84: Imputación de pago	1912
Art. 85: Emisión del recibo y liberación de garantías	1913

SECCIÓN 2ª: EJECUCIÓN DE CIERTAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Art. 86: Ejecución de obligaciones pecuniarias	1913
Art. 87: Ejecución de las obligaciones cumulativas y alternativas.....	1914
Art. 88: Ejecución de obligaciones solidarias e indivisibles.....	1915

TÍTULO VIII: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES GENERALES

Art. 89: Noción de incumplimiento	1916
Art. 90: Deudor que declara no querer cumplir.....	1916
Art. 91: Deudor que no está en situación de cumplir	1916
Art. 92: Incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada	1917
Art. 93: Incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas	1917
Art. 94: Incumplimiento de una obligación de hacer	1918
Art. 95: Incumplimiento de una obligación de no hacer.....	1919
Art. 96: Mora del deudor	1919
Art. 97: Obligaciones que no pueden ser consideradas como incumplidas	1920
Art. 98: Violación eficaz.....	1920
Art. 99: Incumplimiento de los deberes de protección	1920
Art. 100: Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas.	1921
Art. 101: Prestación anticipada o efectuada en cantidad superior a la debida	1921
Art. 102: Prestación privada de interés para el acreedor	1921

SECCIÓN 2ª: MORA DEL ACREEDOR

Art. 103: Noción de mora del acreedor	1922
Art. 104: Mora del acreedor que se resuelve en un incumplimiento.....	1922
Art. 105: Acciones exigidas al deudor para que quede liberado.....	1922

SECCIÓN 3ª: EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Art. 106: Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabilidad	1923
Art. 107: Incumplimiento de importancia relevante	1924
Art. 108: Derecho del acreedor de suspender el cumplimiento en los contratos bilaterales.....	1924
Art. 109: Cumplimiento anticipado, o en cantidad superior o después de la expiración del término esencial	1925
Art. 110: Plazo suplementario y beneficio de pago mediante sucesivos plazos parciales.....	1925
Art. 111: Ejecución en forma específica.....	1926
Art. 112: Substituciones en forma específica y reparación	1927
Art. 113: Reducción del precio.....	1927
Art. 114: Derecho a la resolución del contrato	1928
Art. 115: Restitución	1929
Art. 116: Daños y perjuicios	1929
Art. 117: Derechos de los terceros de buena fe	1929

TÍTULO IX: CESIÓN DE CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: CESIÓN DE CONTRATO

Art. 118: Noción	1929
Art. 119: Modalidades según las cuales se puede efectuar la cesión.....	1930
Art. 120: Derechos y deberes de los sujetos.....	1931

SECCIÓN 2ª: CESIÓN DE CRÉDITO

Art. 121: Cesibilidad de los créditos	1932
Art. 122: Modalidades y efectos de la cesión	1933
Art. 123: Deberes de las partes	1934
Art. 124: Derechos de las partes	1934

SECCIÓN 3ª: CESIÓN DE DEUDA

Art. 125: Cesión por sucesión o por novación	1935
Art. 126: Modalidades por las que se puede efectuar la cesión	1936
Art. 127: Derechos y deberes de las partes	1937

TÍTULO X: EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL MISMO

SECCIÓN 1ª: HECHOS EXTINTIVOS Y QUE ENTRAÑAN PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 128: Hechos extintivos y que entrañan ineficacia.....	1938
--	------

Art. 129: Hechos que entrañan prescripción y caducidad	Pág. 1939
--	--------------

SECCIÓN 2ª: MODOS DE EXTINCIÓN DIFERENTES DEL CUMPLIMIENTO

Art. 130: Novación	1940
Art. 131: Remisión de deuda.....	1940
Art. 132: Compensación.....	1941
Art. 133: Confusión.....	1942

SECCIÓN 3ª: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 134: Prescripción	1943
Art. 135: Caducidad.....	1944
Art. 136: Cálculo de los plazos	1944

TÍTULO XI: OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS POSIBLES REMEDIOS

SECCIÓN 1ª: ANOMALÍAS

Art. 137: Inexistencia.....	1945
Art. 138: Situación consecuente con la inexistencia.....	1945
Art. 139: Tachaduras.....	1946
Art. 140: Nulidad.....	1946
Art. 141: Efectos de la nulidad	1947
Art. 142: Caducidad.....	1948
Art. 143: Confirmación del contrato nulo.....	1948
Art. 144: Nulidad parcial	1949
Art. 145: Conversión del contrato nulo	1949
Art. 146: Anulabilidad	1950
Art. 147: Efectos de la anulación	1951
Art. 148: Modalidades y plazos de anulación.....	1951
Art. 149: Mantenimiento y confirmación del contrato anulable	1952
Art. 150: Contrato concluido por un incapaz	1952
Art. 151: Contrato viciado por error	1953
Art. 152: Contrato viciado por violencia moral	1955
Art. 153: Ineficacia.....	1955
Art. 154: Inoponibilidad.....	1956
Art. 155: Simulación y reserva mental	1957

SECCIÓN 2ª: REMEDIOS

Art. 156: Rescisión por lesión.....	1958
-------------------------------------	------

	Pág.
Art. 157: Nueva negociación del contrato.....	1959
Art. 158: Confirmación o negación judicial de la resolución.....	1960
Art. 159: Desistimiento efectuado por un consumidor	1961
Art. 160: Restitución	1962
Art. 161: Protección de los terceros.....	1963
Art. 162: Condiciones de la responsabilidad contractual.....	1964
Art. 163: Daño patrimonial reparable	1965
Art. 164: Daño moral reparable	1965
Art. 165: Daño futuro y eventual.....	1966
Art. 166: Función y modalidades de la reparación	1966
Art. 167: Hecho del acreedor	1967
Art. 168: Evaluación equitativa del daño	1967
Art. 169: Reparación en las obligaciones pecuniarias	1968
Art. 170: Cláusula penal	1969
Art. 171: Modo de proceder y acumulación de remedios	1969
Art. 172: Medidas conservativas y negocios sumarios	1970
Art. 173: Arbitraje.....	1971



4. CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO)
ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA ⁽¹⁾

LIBRO PRIMERO

**TÍTULO I
DISPOSICIONES PRELIMINARES**

Art. 1

Definición

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas.

2. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo se forma también a través de actos concluyentes activos u omisivos siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente expresada, o a los usos o a la buena fe.

Art. 2

Autonomía contractual

1. Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijados en el presente Código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión europea, siempre que las partes no persigan únicamente el fin de dañar a otro.

2. En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la regulación del presente Có-

(1) Versión española de los profesores José Luis De los Mozos y Agustín Luna Serrano.

digo, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes y a la conexión entre diversos actos.

Art. 3

Reglas generales y particulares aplicables a los contratos

1. Los contratos tengan o no una denominación propia en este Código quedan sometidos a las reglas generales que son objeto del presente libro.

2. Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el Código se aplican por analogía a los que no la tienen.

Art. 4

Reglas aplicables a los actos unilaterales

Salvo disposición contraria de este Código o comunitaria o en vigor como regla imperativa en los Estados miembros de la Unión europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben ser observadas, en tanto en cuanto sean ellas compatibles, en relación a los actos unilaterales que tengan lugar en orden a la estipulación de un contrato o en el curso de la relación que de él deriva, aun cuando tenga por fin provocar su extinción o invalidación.

Art. 5

Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato

1. Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede ser concluido por una persona física que tenga diez y ocho años cumplidos, o bien que haya sido emancipado y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.

2. El contrato concluido por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz o que, aun a título transitorio, no está en condición de comprender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme lo dispone el art. 150.

3. Los elementos esenciales del contrato son:

a) El acuerdo de las partes.

b) El contenido.

4. No es necesaria una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente Código.

TÍTULO II FORMACIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª TRATOS PRECONTRACTUALES

Art. 6

Deber de corrección

1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe.

2. Obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.

3. Si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que esta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

Art. 7

Deber de información

1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo.

2. En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe responde ante la otra en la medida prevista en el párrafo cuarto del Artículo 6. Si el contrato ha sido concluido, queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de impugnar el contrato por error.

Art. 8*Deber de reserva*

1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones.

2. Aquella de las partes que no respete este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si, además, ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.

Art. 9*Tratos con los consumidores fuera de establecimiento mercantil*

1. El comerciante que propone la conclusión de un contrato a un consumidor fuera de su establecimiento mercantil está obligado a informar a este último por escrito de su derecho a desistir del contrato en la manera y en el curso de los plazos definidos en el art. 159.

2. En el presente Código, se entiende por consumidor a la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales.

3. La ausencia de la comunicación prevista en el párrafo primero del presente Artículo entraña a cargo del comerciante y a favor del consumidor las consecuencias previstas en el Artículo 159.

Art. 10*Tratos en el comercio internacional-intercontinental*

1. Salvo estipulación contraria, en el curso de las negociaciones para la estipulación de contratos internacionales-intercontinentales, las partes vienen obligadas a conformarse a los usos generalmente en vigor para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial y de los que ellas tienen o deben tener conocimiento.

2. Aquella de las partes que no cumple con los deberes mencionados en el párrafo anterior, es responsable frente a la otra, tal y como queda previsto en los artículos precedentes, en la medida en que son aplicables.

**SECCIÓN 2ª
CONCLUSIÓN DEL CONTRATO****Art. 11***Oferta oral y su aceptación*

1. La oferta oral de concluir un contrato, incluso en el caso de venir acompañada de un documento suministrado a la otra parte en su pre-

sencia, debe ser aceptada inmediatamente, salvo cuando lo contrario resulte de las conversaciones o de las circunstancias.

2. Si la oferta puede ser aceptada después o si es hecha por teléfono, el contrato se reputa concluido en el momento y en el lugar en que el autor de la oferta ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la aceptación.

Art. 12

Oferta escrita y su aceptación

1. Cuando una de las partes envía a la otra, por cualquier medio que sea, la oferta escrita de concluir un contrato, este último es reputado concluido en el momento y en el lugar en que el autor de la oferta la ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la aceptación.

2. Si la oferta es dirigida a varios sujetos determinados, el contrato es concluido en el momento y en el lugar donde el autor de la oferta ha conocido o debe considerarse que ha tenido conocimiento de la aceptación de parte de uno de ellos, salvo que se haya precisado en la oferta o se pueda razonablemente deducir de ésta o de las circunstancias que dicha oferta se ha extinguido si no es aceptada por todos los destinatarios o por un cierto número de ellos. En el segundo caso, el contrato queda concluido en el momento y en el lugar donde el autor de la oferta ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la última aceptación.

Art. 13

Nociones de oferta y de invitación a hacer una oferta

1. Una declaración dirigida a la conclusión de un contrato tiene valor de oferta si contiene todas las condiciones del contrato a estipular o indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, en modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse vinculado en caso de aceptación.

2. Una declaración que no responde a las condiciones del párrafo precedente o que, dirigida a personas indeterminadas, presenta el carácter de una comunicación publicitaria no constituye una oferta y no es, por tanto, susceptible de ser aceptada. Ella constituye una invitación a hacer una oferta, salvo si formula una promesa a favor del que cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada; en ese caso constituye una promesa al público a los fines y para los efectos previstos en el Artículo 23.

Art. 14*Eficacia de la oferta*

1. La oferta queda desprovista de efecto si no llega a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor, aun cuando el mismo haya declarado por escrito que es irrevocable o que ella deber ser reputada tal en virtud del Artículo 17.

2. Conserva su eficacia hasta que sea revocada, rechazada o extinguida.

Art. 15*Revocación, rechazo o extinción de la oferta*

1. La oferta puede ser revocada mientras su destinatario no haya expedido su aceptación.

2. La oferta, aun si es irrevocable, cesa de tener efectos a partir del momento que llega a su autor una declaración de rechazo de parte de su destinatario, aunque venga con una nueva oferta.

3. Salvo las disposiciones del Artículo 11, párrafo 1 y del Artículo 16, párrafo 5, una oferta, aun si es irrevocable, pierde su eficacia por extinción:

a) a la expiración del plazo indicado para la aceptación, si esta última no ha intervenido según las modalidades y en el respeto de las formas fijadas en la oferta o previstas por la ley o la costumbre.

b) si no se ha indicado plazo, por el transcurso de un cierto tiempo que se pueda considerar como razonable, habida cuenta la naturaleza del negocio o la costumbre, así como de la rapidez de los medios de comunicación a que se haya acudido.

4. El retraso con el que la oferta llega al destinatario, si es imputable al autor de la oferta, prorroga razonablemente el plazo, a cuyo término procede la extinción.

Art. 16*Aceptación*

1. La aceptación es constituida por una declaración o por un comportamiento que expresan claramente la voluntad de concluir el contrato en manera conforme a la oferta.

2. La aceptación produce sus efectos desde el momento en que el autor de la oferta toma conocimiento de ella.

3. El silencio y la inercia valen como aceptación solamente si:

a) ello ha sido previsto por las partes, o puede ser deducido de la existencia de relaciones intervinientes entre ellas, de las circunstancias o de la costumbre.

b) la oferta tiende a concluir un contrato del que deriven obligaciones únicamente para su autor.

4. En el caso previsto en la letra *b)* del párrafo anterior, el destinatario puede rechazar la oferta en el plazo exigido por la naturaleza del negocio o por la costumbre. En defecto de un tal rechazo, el contrato queda concluido.

5. El autor de la oferta, si da una confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar como concluido el contrato que sea objeto de una aceptación de la que él tiene conocimiento en una fecha ulterior al plazo previsto por el Artículo 15, párrafo tercero, o de una aceptación no adecuada a la forma o a las modalidades fijadas por la oferta.

6. Una aceptación no conforme a la oferta equivale a un rechazo y constituye una nueva oferta, salvo lo que se prevé en el párrafo siguiente.

7. Si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no aportan modificación sustancial a la oferta en la medida en que se refieran a aspectos marginales de la relación, y si el autor de la oferta no comunica con prontitud su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera concluido en el sentido más conforme a la aceptación.

8. La aceptación puede ser retirada, siempre que la declaración de retirada llegue al autor de la oferta, antes o al mismo tiempo que la aceptación misma.

Art. 17

Oferta irrevocable

1. Una oferta es irrevocable desde que su autor se ha obligado expresamente a mantenerla firme por un cierto lapso de tiempo, o si, sobre la base de precedentes relaciones entre las partes, de las negociaciones, del contenido de las cláusulas o de la costumbre, así se puede razonablemente reputar por tal. Salvo en el caso previsto en el Artículo 14, párrafo primero, la declaración de revocación de una oferta irrevocable carece de efecto.

2. Pasa lo mismo si la oferta es irrevocable como consecuencia de un acuerdo entre las partes.

Art. 18*Muerte o incapacidad*

En caso de muerte o de incapacidad del autor de la oferta o de su destinatario, la oferta o la aceptación no pierden eficacia, salvo que ello esté justificado por la naturaleza del negocio o por sus circunstancias.

Art. 19*Adhesión de otras partes al contrato*

Cuando otras partes puedan adherirse a un contrato y las modalidades de la adhesión no están determinadas, la adhesión ha de dirigirse al órgano que ha sido constituido para la ejecución del contrato, o en defecto de éste, a todos los contratantes originales.

Art. 20*Actos unilaterales*

Las declaraciones y los actos unilaterales recepticios producen los efectos que de ellos puedan derivar en virtud de la ley, de la costumbre y de la buena fe, a partir del momento en que llegan a conocimiento de la persona a la que van destinados, y aun cuando el emitente los declare irrevocables, pueden ser retirados hasta ese momento.

Art. 21*Presunción de conocimiento*

1. La oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos previstos en el Artículo precedente, son reputados conocidos por el destinatario en el instante en que son comunicados oralmente o cuando la declaración escrita es entregada en propia mano o que llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su domicilio habitual o al que ha elegido al efecto.

2. El destinatario puede probar que le ha sido imposible, sin su falta, tener conocimiento de de dichas manifestaciones.

Art. 22*Oferta al público*

1. La oferta al público, si contiene las condiciones esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como oferta, salvo cuando lo contrario resulta de las circunstancias o de la costumbre.

2. La revocación de la oferta al público, hecha bajo la misma forma que la oferta o bajo una forma equivalente, es eficaz aun respecto del que no haya tenido conocimiento de ella.

Art. 23

Promesa al público

1. La promesa dirigida al público, prevista en el Artículo 13, párrafo segundo, vincula al que la hace desde que se hace pública y se extingue a la expiración del plazo que en ella misma se indica o que pueda deducirse de su naturaleza o de su finalidad, o un año después de su emisión si no llega a tener lugar la situación en ella prevista.

2. La promesa al público puede ser revocada antes de que transcurran los plazos mencionados en el párrafo precedente bajo la misma forma que la promesa, pero en tal caso el que la revoque debe abonar una justa indemnización a los que por esta misma promesa han sido inducidos de buena fe a efectuar gastos, a menos, sin embargo, que pruebe que el resultado esperado no hubiera tenido lugar.

Art. 24

Actos concluyentes

Salvo lo que se halla previsto en las disposiciones precedentes, el contrato queda concluido por medio de comportamientos concluyentes, cuando todas las condiciones del contrato a estipular resulten de estos comportamientos, habida cuenta igualmente de los acuerdos y relaciones precedentes y de la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas al público, de normas legales, de disposiciones reglamentarias y de costumbres.

TÍTULO III CONTENIDO DEL CONTRATO

Art. 25

Condiciones relativas al contenido

El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito, determinado o determinable.

Art. 26

Contenido útil

El contenido del contrato es útil cuando corresponde a un interés aun no patrimonial de las dos partes o al menos a una de ellas.

Art. 27*Contenido posible*

El contenido es posible cuando el contrato es susceptible de ser ejecutado por no haber obstáculos objetivos de carácter material o jurídico que impidan de manera absoluta la realización del objeto perseguido.

Art. 28*Sobreveniencia de la posibilidad del contenido*

En el contrato sometido a una condición suspensiva o a término se reputa posible el contenido que deviene tal antes que se cumpla la condición o que expire el plazo.

Art. 29*Cosas futuras*

El contrato puede tener por contenido una prestación relativa a cosas futuras, salvo las prohibiciones particulares previstas por el presente Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales.

Art. 30*Contenido lícito y no abusivo*

1. El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las reglas obligatorias del presente Código o a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres.

2. El contenido del contrato que constituye un medio para eludir la aplicación de una regla imperativa es ilícito.

3. Es rescindible, como está previsto en el art. 156, todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de necesidad, de incapacidad de comprender y de querer, de inexperiencia o de dependencia económica o moral de la otra parte, hace prometer o realizar a ella misma o a terceros una prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contrapartida que ha proporcionado o prometido.

4. Dentro de las condiciones generales del contrato, previstas en el art. 33, carecen de efecto, si no están expresamente aprobadas por escrito, las cláusulas que establecen a favor del que las ha preparado limitaciones de responsabilidad, facultad de desistir del contrato o de suspender su ejecución, o que prevén a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con los terceros, pró-

rroga o tácita reconducción del contrato, cláusulas compromisorias o exclusión de la competencia de la autoridad judicial que corresponda.

5. En los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor, sin perjuicio de las reglas comunitarias, no tienen efecto las cláusulas que no han sido objeto de una negociación, si ellas crean, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, aun en el caso de que el profesional actúe de buena fe.

Art. 31

Contenido determinado o determinable

1. El contenido del contrato es determinado cuando el objeto de las prestaciones, así como las modalidades y los plazos de ejecución, pueden ser deducidos de la convención.

2. Si la determinación del contenido del contrato es deferida a una de las partes contratantes o a un tercero, es preciso considerar, en la duda, que debe ser efectuada sobre la base de una apreciación equitativa.

3. Si la determinación del contenido del contrato deferida a una de las partes contratantes o a un tercero no es efectuada antes de la expiración de un plazo razonable, o si es manifiestamente inicua o errónea, será efectuada por el juez.

4. Si la determinación es referida al solo arbitrio de un tercero, puede ser impugnada, si se prueba la mala fe de este último, con la finalidad de confiar su determinación al juez.

5. Si el contrato no indica la cualidad de la prestación, ni se precisa en que manera ha de ser determinada, se reputa debida una prestación de cualidad no inferior a la media, habida cuenta la costumbre.

6. Si no se ha convenido ni la contrapartida pecuniaria ni la manera de determinarla, se considera debido el montante previsto en los catálogos de precios oficiales donde el contrato haya de ser ejecutado, o, en su defecto, el que es generalmente aplicable en el lugar en cuestión.

Art. 32

Cláusulas implícitas

1. Aparte de las cláusulas expresas forman parte del contrato las que:

a) vienen impuestas por el presente Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales, incluso cuando reemplazan a cláusulas diferentes introducidas por las partes;

b) derivan del deber de la buena fe;

c) deben ser consideradas como tácitamente queridas por las partes sobre la base de precedentes relaciones de negocios, de los tratos, de las circunstancias y de las costumbres generales y locales;

d) deben considerarse necesarias a fin de que el contrato pueda producir los efectos queridos por las partes.

2. Con independencia de las disposiciones que rigen la forma, tienen relevancia entre las partes contratantes, en la medida en que de una cierta manera corresponden al texto contractual, las declaraciones que cada una de las partes ha hecho a la otra durante las negociaciones o en el momento de la conclusión del contrato a propósito de una situación o de una expectativa de hecho o de derecho, relativa a los sujetos, al contenido o a los fines del contrato, si estas declaraciones han podido determinar el acuerdo entre las partes; todo ello dejando a salvo la facultad de prevalerse de los remedios contenidos en los artículos 151 y 157.

3. En los contratos internacionales-intercontinentales, se presume, salvo acuerdo en contrario, que las partes han considerado también implícitamente aplicable en el marco de la relación concertada la costumbre generalmente observada para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial que ellas conocen o se considera que tienen o deben tener el deber de conocer.

Art. 33

Condiciones generales del contrato

Las condiciones generales del contrato preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas son eficaces respecto de la otra parte, si ha tenido o habría debido tener conocimiento de ellas usando de una diligencia ordinaria, salvo si las partes se han puesto de acuerdo, ellas mismas, sobre el hecho de no aplicarlas o de reemplazarlas, en todo o en parte, o si tales condiciones deben ser reputadas abusivas en virtud de las disposiciones del presente Código o de las disposiciones comunitarias o nacionales.

TÍTULO IV FORMA DEL CONTRATO

Art. 34

Forma especial requerida bajo pena de nulidad

1. Cuando para la conclusión de un contrato es requerida una forma bajo pena de nulidad, esta forma debe ser adoptada por las partes

en el momento en que manifiestan, aun si lo hacen a través de actos no simultáneos cuando esto sea admisible, su voluntad de llegar a un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato.

2. Los contratos reales se concluyen a través de la entrega efectiva de la cosa que tengan por objeto, salvo si en virtud de la voluntad de las partes o de la costumbre se ha de considerar que han querido concluir un contrato consensual atípico.

Art. 35

Contratos para los que la forma escrita es requerida bajo pena de nulidad

1. Deben, bajo pena de nulidad, ser concluidos por acto público o bajo firma privada los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o la transmisión y la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2. El párrafo precedente se aplica igualmente a los contratos preliminares correspondientes, salvo si los derechos nacionales en el lugar donde se encuentran los bienes inmuebles disponen otra cosa.

3. Quedan a salvo las reglas comunitarias y de los Estados miembros en cuyo territorio se hallan situados los bienes inmuebles que integren el objeto del contrato si éstas reglas se refieren a los bienes en cuestión.

4. El contrato de donación debe ser concluido por acto público bajo pena de nulidad, aun si tiene por objeto bienes muebles, salvo si éstos tienen un valor módico, habida cuenta las condiciones económicas del donante.

Art. 36

Forma especial requerida para la prueba del contrato

1. Si se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la conclusión efectiva de éste debe resultar de un acto que tenga tal forma, incluso en el caso de que tal acto no existiera en el momento en que las partes han manifestado la voluntad de concluir el contrato.

2. Se requiere la forma escrita para la prueba de los contratos de un valor superior a 5.000 Euros. Para su oponibilidad frente a terceros es preciso que el documento o los documentos tengan fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero tenía conocimiento de ellos.

3. Quedan a salvo las reglas comunitarias y las disposiciones de los Estados miembros de la Unión europea en las que, aunque sea exigida una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia sea demostrada por otros medios de prueba.

Art. 37*Formas convencionales*

Salvo si las disposiciones comunitarias o los Derecho nacionales en vigor en el lugar en el que se concluye el contrato disponen de otro modo, cuando las partes han convenido por escrito adoptar una forma determinada para la futura conclusión de un contrato, se presume que esta forma ha sido querida por ellas para que el contrato sea válido.

Art. 38*Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o de formularios*

1. En los contratos concluidos mediante la suscripción de fórmulas tipo o de formularios, previamente impresos o en todo caso preparados para reglamentar de modo uniforme relaciones contractuales determinadas, las cláusulas añadidas a la fórmula tipo o al formulario previamente preparado, prevalecen sobre las contenidas en la fórmula tipo o en el formulario en la medida en que son incompatibles con estas últimas, incluso cuando no hayan sido suprimidas.

2. Deben además ser observadas las disposiciones previstas en el Artículo 30, párrafo cuarto.

TÍTULO V INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Art. 39*Análisis del texto contractual y evaluación de los elementos extrínsecos al acto*

1. Cuando las declaraciones contractuales son de tal naturaleza que revelan de manera clara y unívoca la intención de los contratantes, el contenido del contrato debe ser deducido de su sentido literal, teniendo en cuenta el texto contractual en su conjunto y en concordancia con las diferentes cláusulas interpretando las unas por las otras.

2. En lugar del sentido común de los términos utilizados, es el sentido que los contratantes han expresamente declarado quererles atribuir lo que prevalece, o en su defecto, la acepción técnica o en vigor en los usos y costumbres mercantiles que sea conforme a la naturaleza del contrato.

3. Siempre que el examen del texto contractual suscite dudas que no sean susceptibles de ser superadas por una evaluación global del mismo, hecha respecto de las declaraciones o de los comportamientos

de las partes, aun posteriores a la estipulación del contrato pero en una cierta manera compatibles con su texto, este último debe ser interpretado conforme a la intención común de los contratantes, que se obtendrá asimismo recurriendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes.

4. En cualquier caso, la interpretación del contrato no debe llevar a un resultado que sea contrario a la buena fe o al buen sentido.

Art. 40

Expresiones ambiguas

1. Cuando, a pesar de la evaluación efectuada en virtud del párrafo tercero del Artículo 39, no es posible atribuir un sentido unívoco a las expresiones utilizadas por los contratantes, se observarán, por su orden, las disposiciones siguientes:

a) En la duda, el contrato o las cláusulas separadas deben ser interpretadas en el sentido que les confiera algún efecto más que en el que se lo impida producir.

b) Las cláusulas predisuestas por uno de los contratantes y que no han sido objeto de negociación se interpretan, en la duda, contra su autor.

Art. 41

Expresiones oscuras

Cuando, a pesar de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos precedentes, el contrato permanece oscuro, debe ser interpretado, si es a título gratuito, en el sentido menos gravoso para el que se obliga y, si es a título oneroso, en el sentido que mejor realice una composición equitativa de los intereses de las partes.

TÍTULO VI EFECTOS DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª DISPOSICIONES PRELIMINARES

Art. 42

Efectos entre las partes y a favor de terceros

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos a favor de terceros como se previene en las reglas del presente título.

Art. 43*Modificación y dejación sin efecto del contrato y derecho de desistimiento*

1. El contrato puede ser modificado, renegociado o dejado sin efecto por consentimiento mutuo de las partes o en los casos previstos por el Código y por las disposiciones nacionales o comunitarias.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el Artículo 57, párrafo segundo, el derecho a desistir unilateralmente del contrato puede ser acordado a favor de una de las partes contratantes, o a las dos, mediante pacto entre ellas, con los límites establecidos por este Código y por las disposiciones nacionales o comunitarias.

Art. 44*Factores extracontractuales*

Los efectos del contrato derivan no solamente de los pactos que intervienen entre las sino también de las disposiciones del presente Código, así como de las disposiciones nacionales o comunitarias, de los usos, de la buena fe y de la equidad.

Art. 45*Efectos obligatorios*

1. Del contrato pueden derivar obligaciones de dar, hacer o no hacer.

2. La obligación de entregar una cosa determinada comporta la de conservarla hasta la entrega y la de adoptar todas las medidas necesarias a su mantenimiento y preservación en el estado en el que se encontraba al momento de la conclusión del contrato, salvo el supuesto de la ejecución de obligaciones a cargo de la parte que la debe recibir o bien, en igual sentido, en caso de destrucción o pérdida de la cosa debida a caso fortuito o fuerza mayor.

3. Salvo pacto en contrario, la obligación de entregar una cosa comprende también la de entregar sus accesorios y todo lo que ha sido destinado a su uso permanentemente y se hayan considerado como tales al momento de la convención, así como los frutos indivisibles que la cosa ha producido después de que la convención haya tenido lugar, y a adoptar las medidas conducentes a poder hacerlo.

4. Si únicamente se ha determinado el género de las cosas a entregar, son consideradas como debidas las cosas del mismo género y de una calidad que no sea inferior a la media.

5. La parte que tema con justo título que el comportamiento de la otra parte contratante no sea conforme con los deberes explícita o implícitamente previstos en los párrafos precedentes y sea susceptible de comprometer sus derechos puede obtener del juez, aun antes de la expiración del plazo previsto para la ejecución, que sea tomada alguna de las medidas previstas en el art. 172.

6. El que ha prometido el hecho de un tercero o la asunción de una obligación a cargo de éste viene obligado a indemnizar a la otra parte contratante si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido.

7. El mismo deber de indemnizar a la otra parte contratante tiene el que ha declarado por escrito, en términos no equívocos, que se ha producido un hecho o una situación o que se producirán, si no se han producido o ya no se producirán.

Art. 46

Efectos reales

1. Salvo pacto expreso en contrario, el contrato estipulado para transmitir la propiedad de una cosa mueble, o para la constitución o la transmisión de un derecho real sobre la misma, produce efectos reales tanto entre las partes como frente a terceros, a partir del momento de la entrega de la cosa a quien tiene derecho a ella, a la persona encargada por él de recibirla, o al transportista que, sobre la base de un acuerdo, debe encargarse de la entrega.

2. En el caso previsto en el párrafo precedente, si el que transmite por contrato una cosa mueble o un derecho real sobre la misma, no es el propietario ni el titular, la otra parte contratante deviene propietario de la cosa o titular del derecho real, tal y como se halla previsto en el contrato, a partir del momento de la entrega, siempre que sea de buena fe.

3. Siguen siendo aplicables, para los bienes muebles registrables y para los inmuebles, las reglas relativas a los efectos reales en vigor en los diferentes Estados miembros en el momento de la adopción de este Código. En cualquier caso, para los bienes muebles registrables y para los bienes inmuebles los efectos reales únicamente se producen frente a todos en el momento en que se han cumplido las formalidades de publicidad prevenidas en el lugar en que se encuentra el bien inmobiliario o en el que debe ser entregado al derechohabiente el bien mueble registrado.

4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la destrucción o el deterioro de la cosa son a riesgo del adquirente a partir del

momento en que, él mismo, o la persona encargada de recibirla o de transportarla que, según acuerdo, debe cuidar de la entrega, han recibido la entrega de la cosa.

Art. 47

Enajenación a varios sujetos de la misma cosa o del mismo derecho de goce personal

1. Si por medio de contratos sucesivos un sujeto transmite a favor de otras tantas personas la propiedad de una cosa o un derecho real sobre ella, será reputado propietario el que de ellos haya obtenido de buena fe la posesión material, aun en el caso de que en los mismos contratos se excluya que los efectos reales derivan de la entrega de la cosa.

2. En caso de constitución de un derecho de goce personal concierne a una misma cosa en favor de varias personas, a través de varios contratos sucesivos, el goce recaerá en la persona que primero lo haya obtenido. Si ninguno de los contratantes ha obtenido el goce, tendrá preferencia aquel cuyo título sea de fecha más antigua, establecida con certeza.

Art. 48

Obligación de no enajenar y de no hacerlo a precio diferente

1. La obligación asumida por una de las partes de no enajenar la cosa recibida de la otra parte únicamente produce efecto entre los contratantes, abstracción hecha de la buena o mala fe del tercer adquirente. Esta obligación no tiene efecto si no queda circunscrita a unos límites de tiempo razonables y si no responde a un interés apreciable del que la enajena.

2. La disposición contenida en el párrafo precedente se aplica igualmente en el caso en que una de las partes ha asumido la obligación de no enajenar la cosa que le ha sido cedida a un precio diferente del previsto en el acuerdo.

SECCIÓN 2ª

EFFECTOS DEBIDOS A ELEMENTOS ACCIDENTALES

Art. 49

Condición suspensiva

1. Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas producen su efecto si un acontecimiento futuro e incierto llega o no a producirse.

2. En este caso, el contrato produce sus efectos a partir del momento en que la condición se cumple, salvo si las partes han convenido

expresamente que los efectos se retrotraigan al momento de la conclusión del contrato y si están de acuerdo sobre la manera en que ello se pueda realizar conforme a Derecho y a sus intereses específicos.

3. Aunque las partes hayan convenido sobre el efecto retroactivo de la condición, los frutos percibidos son debidos solamente a partir del momento en que la condición se cumple.

Art. 50

Condición resolutoria

1. Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas cesan de tener efecto si un acontecimiento futuro e incierto llega o no a producirse.

2. Los efectos del cumplimiento de la condición solamente se retrotraen al momento de la conclusión del contrato si las partes lo han convenido expresamente, como está previsto en el Artículo 49, párrafo segundo, y a reserva de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo.

Art. 51

Condición pendiente

En tanto que la condición no se cumpla, la parte contratante que ha asumido una obligación o constituido o transmitido un derecho real está obligada a comportarse conforme a la buena fe, de manera que no cause perjuicio a los derechos de la otra parte, la cual puede, en su caso, pedir al juez que tome alguna de las medidas previstas en el art. 172, bajo reserva de indemnización de perjuicios.

Art. 52

Cumplimiento de la condición

1. Siempre que no se haya fijado ningún término antes del cual la condición se deba cumplir, se reputa como no cumplida en el momento en que resulte evidente que será imposible su cumplimiento.

2. La condición se reputa cumplida o no cumplida desde el momento en que la parte contratante que tiene interés en ello impide o provoca su cumplimiento.

Art. 53

Condiciones ilícitas e imposibles

1. Es nulo el contrato sometido a una condición suspensiva o resolutoria contraria a las reglas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

2. La condición imposible hace nulo el contrato, si es suspensiva, y se reputa no escrita si es resolutoria.

3. Si la condición ilícita o imposible viene establecida en una cláusula separada del contrato, se observan las disposiciones de los párrafos precedentes en lo que concierne a la validez de la cláusula separada, a reserva de las disposiciones del Artículo 144 sobre nulidad parcial.

Art. 54

Condición simplemente potestativa

1. Es nulo el contrato sometido a una condición suspensiva cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad de una de las partes.

2. Si una condición suspensiva simplemente potestativa es puesta a una cláusula separada del contrato, hace nulo el conjunto del mismo, a reserva de la disposición del art. 144 sobre nulidad parcial.

Art. 55

Condición referida al pasado o al presente

Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efecto en el caso de que se haya realizado o no se haya llegado a realizar un acontecimiento pasado y en el caso de que haya llegado o no haya llegado a realizarse de presente un acontecimiento que ellas ignoran en el momento de concluir el contrato.

Art. 56

Término inicial y final

Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efecto a partir de una fecha cierta y hasta una fecha cierta. Asimismo, pueden referirse a acontecimientos que se realizarán con certeza en el futuro aunque en el momento de su realización no sea cierto.

Art. 57

Comienzo y fin de los efectos en ausencia de términos convencionales

1. Si las partes no se han puesto de acuerdo sobre el término inicial, el contrato produce efecto desde el momento de su conclusión, salvo que haya lugar a inferir de las circunstancias o de los usos y costumbres la existencia de un término inicial diferente.

2. Si en los contratos de ejecución continua o periódica las partes no han fijado el término final, cada una de ellas puede poner término al contrato a través de una comunicación dirigida a la otra parte, dándole un preaviso que sea conforme a la naturaleza del contrato, a la costumbre y a la buena fe.

Art. 58

Cálculo del término

1. Si el término inicial o final no viene referido a una fecha determinada o a un acontecimiento futuro, pero las partes se han referido a un período constituido por un número de días, de meses o de años, se observarán las disposiciones siguientes.

2. No se cuenta el día inicial del período indicado por las partes.

3. Los meses se calculan con independencia del número de días que les constituyan teniendo en cuenta el día correspondiente al del mes inicial.

4. Si el período es indicado en años se referirá al día y al mes correspondiente del año inicial.

Art. 59

Carga

1. En las liberalidades entre vivos o por causa de muerte, el obligado puede venir obligado a cumplir una carga hasta el límite del valor de la liberalidad.

2. Si el cumplimiento de la carga afecta a un interés público, puede ser también requerido, en caso de fallecimiento de la otra parte, por la autoridad pública.

3. Las disposiciones contenidas en los párrafos precedentes se aplican también, en los contratos estipulados a favor de terceros, en relación a éstos.

SECCIÓN 3ª REPRESENTACIÓN

Art. 60

Contrato concluido por el representante

1. El contrato concluido por un sujeto autorizado por el interesado para actuar en su nombre y por su cuenta produce directamente sus efectos frente al propio representado, si el representante ha obra-

do dentro de los límites de los poderes que le han sido conferidos y si el tercero que ha concluido el contrato ha tenido conocimiento de la relación de representación.

2. Las relaciones unilaterales efectuadas por y respecto de un representante, autorizado a efectuarlas y a recibirlas, producen directamente sus efectos frente al representado.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se aplican igualmente si el poder de representación es conferido por la ley o por la autoridad judicial.

Art. 61

Representante aparente

Cuando una persona no tiene poder para obrar en nombre e interés de otra, pero si ésta ha obrado de manera que induce a los terceros a contratar haciéndoles razonablemente creer que tiene tal poder, el contrato es concluido entre el representado aparente y la otra parte contratante.

Art. 62

Concesión del poder

1. El poder para representar a otra persona puede ser conferido mediante una declaración escrita u oral dirigida al representante o al tercero con el cual este último debe concluir el contrato. En el primer caso, el tercero que contrata con el representante puede exigir que éste justifique sus poderes y si la representación le ha sido conferida mediante apoderamiento escrito, que le remita una copia firmada por él a título de autenticación.

2. El poder debe ser conferido en la forma prescrita por la ley para el contrato que el representante vaya a concluir.

Art. 63

Revocación del poder

1. La declaración de la revocación del poder no tiene efecto si el representado ha determinado expresamente su irrevocabilidad, sin perjuicio de la indemnización de los daños que el tercero sufra por haber ignorado la irrevocabilidad, sin que ello haya tenido lugar por su falta.

2. Si el apoderamiento es igualmente conferido en interés del representante o de un tercero, no puede ser revocado sin el consentimiento del interesado, salvo si un motivo válido lo justifica.

3. Cuando el poder de representación es revocado o termina por cualquier otro motivo, el apoderamiento escrito debe ser restituido al representado.

4. La revocación del apoderamiento o la modificación de los poderes de representación no tienen efecto si no han hecho llegar a conocimiento de los terceros con los que el representante ha entrado o puede entrar en contacto, salvo prueba de que tenían conocimiento de ello en el momento de la conclusión del contrato. Las otras causas de extinción del poder de representación conferido por el interesado no son oponibles a los terceros que las han ignorado, cuando no ha tenido lugar por su falta.

Art. 64

Representación sin poder

1. La persona que contrata como representante, sin poderes o extralimitándose de los que le han sido conferidos, es responsable del perjuicio que el tercer contratante haya sufrido por haber creído de buena fe que concluía un contrato válido con quien presume que es el representado, salvo si el mismo tercero recurre a la facultad de considerar el contrato como concluido con el representante desprovisto de poderes.

2. Desde el momento que los terceros no recurren a la facultad de pedir la ejecución del contrato por parte del representante desprovisto de poderes, los daños y perjuicios mencionados en el apartado precedente son debidos, en función de la elección de la víctima del perjuicio, por razón del daño que se le habría evitado si el representante hubiera tenido poder, o bien si éste no hubiera declarado falsamente que lo tenía.

Art. 65

Ratificación

1. El interesado puede hacerse cargo de los efectos del contrato concluido en su nombre por el representante sin poderes dirigiendo al tercero una declaración de ratificación, que debe expresarse en las formas prescritas por la ley para la conclusión del contrato mismo. La ratificación debe tener lugar en un lapso de tiempo razonable, teniendo el tercero contratante la facultad de invitar al interesado a que se pronuncie sobre la eventual ratificación, concediéndole también un determinado plazo. A la expiración del mismo, en caso de silencio, la ratificación se reputa rechazada.

2. La ratificación tiene efecto retroactivo, salvo reserva de los derechos de los terceros de buena fe.

3. El poder de ratificación se transmite a los herederos.

Art. 66

Capacidad de los sujetos

En caso de representación voluntaria, para que sea válido el contrato concluido por el representante se exige simplemente que las facultades mentales de este último no se hallen alteradas por causas patológicas y que, a su vez, el representado tenga la capacidad de contratar mencionada en el Artículo 5 del presente Código, aparte de que no le afecten prohibiciones para concluirlo.

Art. 67

Situaciones subjetivas

1. El contrato concluido por el representante es susceptible de ser anulado cuando su voluntad adolezca de un vicio. Si el vicio concierne a elementos predeterminados por el representado, el contrato es susceptible de ser anulado si la voluntad de este último adolecía de alguno de ellos.

2. En el caso de que el estado de buena o mala fe, de conocimiento o ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, se tiene en cuenta cuanto afecta a la persona del representante, salvo que se trate de elementos predeterminados por el representado.

3. En ningún caso el representado de mala fe puede prevalerse del estado de ignorancia o de buena fe del representante.

4. Las reglas de este Artículo y las del anterior no se aplican a la persona encargada de ejercer una simple actividad de transmisión de la voluntad de otro.

Art. 68

Contrato consigo mismo y conflicto de intereses

1. Es susceptible de ser anulado el contrato que el representante concluya consigo mismo, sea por su propia cuenta o sea como representante de otra parte contratante, a menos que el representado le haya expresamente autorizado para ello o que el contenido del contrato sea determinado de modo que excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación no puede ser hecha efectiva más que por el representado.

3. El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a iniciativa del representado si el conflicto era conocido o susceptible de ser reconocido por el tercero.

Art. 69

Representantes y colaboradores del empresario

1. La persona encargada habitualmente por una empresa o por una sección de la misma de establecer contactos con los terceros, se presume provista del poder para concluir, en nombre y por cuenta del empresario los contratos relativos a la actividad de la empresa que pueden estipular quienes ejercen una función análoga en la misma zona.

2. Los colaboradores de los sujetos mencionados en el párrafo precedente y que establecen contactos con los terceros se presume que se hallan provistos del poder de concluir contratos relativos a los bienes que entregan directamente y de cobrar su importe, a menos que en los locales donde operan haya una persona encargada de la caja.

3. En el caso previsto en los dos párrafos precedentes, el tercero puede exigir en todo momento que el encargado o su colaborador le suministren la prueba de sus poderes.

SECCIÓN 4ª

CONTRATO CON PERSONA A DESIGNAR

Art. 70

Reserva de nominación y modalidades de la declaración

1. Hasta el momento de la conclusión del contrato, una parte se puede reservar la facultad de nombrar después la persona que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones que nacen del contrato. Tal facultad queda excluida en los contratos que no pueden ser concluidos por medio de representante o en aquellos en los que sea obligatoria la identificación de las partes contratantes en el momento de su conclusión.

2. La declaración del nombre del sujeto que ha de sustituir al contratante debe ser efectuada mediante una notificación a la otra parte en el plazo de ocho días a contar de la conclusión del contrato, si las partes no se han puesto de acuerdo sobre un plazo diferente. Se aplica la disposición contenida en el art. 21 del presente Código.

3. Esta declaración no tiene efecto si no va acompañada de la aceptación expresa de la persona nombrada o si no existe apoderamiento efectuado con anterioridad al contrato.

4. Si el contrato ha sido constituido bajo una forma determinada, aun cuando no venga prescrita por la ley, la declaración del nombre de la persona designada, lo mismo que la declaración de aceptación de parte de esta última y al igual que el apoderamiento emitido por ésta, no tienen efecto si no revisten la misma forma.

5. Si el Derecho nacional del lugar donde el contrato ha sido concluido o donde será ejecutado prescriben una cierta forma de publicidad, debe ser igualmente adoptada para los actos a que se alude en el párrafo precedente. Para los actos relativos a los bienes muebles registrables o a los inmuebles, se aplica el Artículo 46.3 del presente Código en relación con los efectos que allí se indican.

Art. 71

Efectos de la declaración de nominación y de su falta

1. Si la declaración del nombre de la persona designada ha sido efectuada válidamente, ésta adquiere en exclusiva los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato, con efecto a contar desde el momento en que el contrato ha sido estipulado.

2. A la persona designada como sustituta y al contratante que le ha nombrado se aplican las disposiciones del Artículo 67 del presente Código.

3. Si la declaración de nominación de la persona designada como sustituta no ha sido válidamente efectuada en el plazo fijado por la ley o por las partes, el contrato produce definitivamente sus efectos entre los contratantes originarios.

SECCIÓN 5ª CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Art. 72

Atribución de un derecho a un tercero

1. Las partes pueden concluir un contrato por el cual atribuyan un derecho a un tercero, imponiendo a una de las partes el deber de satisfacer el derecho de dicho tercero.

2. El tercero puede no estar identificado o no existir en el momento de la conclusión del contrato.

3. Salvo pacto en contrario, el tercero beneficiario adquiere el derecho respecto del promitente por efecto de la conclusión del contrato y sin que su aceptación sea necesaria. Puede, sin embargo, renunciar. En este caso, el promitente está obligado a la ejecución no ya en favor del tercero beneficiario sino de la parte estipulante, salvo que resulte otra cosa de la voluntad de las partes o de la naturaleza de la relación.

4. Las partes contratantes pueden modificar o dejar sin efecto consensualmente el contrato siempre que el tercero beneficiario no haya declarado a las partes que se propone ejercitar el derecho que le ha sido conferido por el contrato.

Art. 73

Poderes atribuidos a los terceros

1. El tercero beneficiario, cuyo derecho puede quedar subordinado a la condición de que el estipulante cumpla sus obligaciones contractuales respecto del promitente, puede actuar contra este último como si fuera una parte contratante e intentar toda suerte de acciones respecto de la ejecución omitida, retrasada o inexacta. Puede asimismo impugnar toda clase de cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad previstas en el contrato.

2. El promitente puede oponer al tercero las excepciones que dependan de la invalidez o de la ineficacia del contrato, así como de la ejecución omitida, retrasada o inexacta de dicho contrato, pero no las excepciones que deriven de otras relaciones intervinientes entre él y el estipulante.

Art. 74

Disposiciones aplicables

1. Quedan a salvo las reglas de los Derechos nacionales en materia de revocación de donaciones por ingratitud del donatario y de reducción de las donaciones por inoficiosidad, cuando el derecho ha sido concedido al tercero a título de liberalidad. En éste caso, el Artículo 59 del presente Código es igualmente aplicable.

2. Si el contrato es estipulado para transferir al tercero la propiedad de una cosa o para constituir o transferir en su favor un derecho real sobre ella, son aplicables las disposiciones del Artículo 46 del presente Código.

TÍTULO VII EJECUCIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª DISPOSICIONES GENERALES

Art. 75

Modalidades de ejecución

1. Cada una de las partes ha de ejecutar exactamente e íntegramente todas las obligaciones que derivadas del contrato le conciernen, sin que sea necesario un requerimiento por parte de quien tenga derecho a ellas. En la ejecución de las prestaciones debidas, el deudor debe comportarse conforme a lo que ha sido convenido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigida en cada caso específico, sobre la base de lo acordado, de las circunstancias y de la práctica corriente.

2. En cuanto a la obligación que es ejecutada en el curso del ejercicio de una actividad profesional o empresarial, el grado de diligencia exigido depende igualmente de la naturaleza de la prestación debida.

3. Si el contrato prevé una obligación de hacer de naturaleza profesional, se la considera cumplida cuando el deudor ha realizado con la diligencia requerida todos los actos que son necesarios para que se obtenga el resultado previsto, salvo que sobre la base del acuerdo entre las partes, de las circunstancias o del uso, sea preciso reputar que el cumplimiento solamente ha tenido lugar si el resultado ha sido plenamente alcanzado.

4. Los gastos de ejecución y del recibo o carta de pago son de cargo del deudor.

Art. 76

Autorización del acreedor o de los terceros

1. Cuando la ejecución de la obligación requiere la disponibilidad, la presencia o la cooperación del que tenga derecho a ella, el deudor debe comunicar anticipadamente a este último que está presto a ejecutarla y ponerse de acuerdo con él sobre las modalidades de la ejecución, conforme a lo que se haya previsto en el contrato. Si el que tiene derecho a la ejecución no muestra su disponibilidad dentro de un término adecuado o si las partes no llegan a un acuerdo a este respecto el deudor puede efectuar la oferta formal de su prestación en el sentido del Artículo 105.

2. Si para la ejecución de la obligación es precisa la disponibilidad, la presencia o la cooperación de un tercero o la autorización de una

autoridad pública, incumbe al deudor, salvo pacto en contrario, establecer los contactos necesarios con el tercero u obtener la autorización apropiada de las autoridades competentes.

Art. 77

Ejecución parcial

1. El acreedor puede rechazar un cumplimiento parcial aun si la prestación es divisible, salvo si el contrato, la ley o los usos disponen otra cosa.

2. Sin embargo, si la deuda se compone de una parte líquida y de otra ilíquida, el deudor podrá efectuar y el acreedor podrá exigir la prestación de la primera en los términos previstos en el contrato o por el presente Código, sin esperar a que la segunda devenga líquida.

Art. 78

Prestación distinta de la que es debida y efectuada con bienes de los que el deudor no podía disponer

1. El deudor no se puede liberar cumpliendo una prestación distinta de la prevista en el contrato, aunque sea de valor igual o superior, a menos que el acreedor lo consienta. En este último caso, cuando la prestación distinta es ejecutada, la obligación contractual se reputa extinguida.

2. Si la prestación distinta consiste en la cesión de un crédito, la obligación se reputa extinguida desde el momento en que el crédito en cuestión ha sido percibido, a menos que las partes no hayan expresado una voluntad diferente y salvo si la falta de percepción depende de una negligencia del cesionario.

3. Si el deudor ha efectuado el pago con bienes de los que no puede disponer, no puede pedir su restitución sino ofreciendo la prestación debida con bienes de los que pueda disponer. El acreedor que ha recibido de buena fe el pago efectuado con bienes de los que el deudor no tenía la posesión, tiene el derecho de restituir éstos últimos y de exigir la prestación que le es debida, quedando a salvo en todo caso la indemnización del daño, pero debiendo comportarse de tal manera que no cause perjuicio a los derechos del propietario o del que tenga el poder de disposición sobre los bienes utilizados por el deudor.

Art. 79

Ejecución por un tercero

1. Si el contrato no prevé que una obligación debe ser ejecutada personalmente por el deudor, o si ello no es requerido por la naturale-

za de la prestación, la ejecución puede ser efectuada por persona encargada por el deudor o por un tercero sin él saberlo; pero el acreedor puede rechazar tal ejecución si ella entraña algún perjuicio a su costa, o si el deudor ha manifestado una oposición al respecto.

2. El tercero que ha ejecutado la obligación, si la había garantizado o tenía un interés directo en que fuera cumplida, se subroga en los derechos del acreedor. Este último, en todo caso, tiene la facultad de subrogarle en sus propios derechos, de manera expresa, en el momento en que recibe el pago, salvo cuando el tercero ya ha ejecutado la obligación sin que el deudor haya tenido conocimiento de ello.

Art. 80

Incapacidad del deudor y del acreedor

1. El pago efectuado por un deudor incapaz, no puede ser impugnado, salvo que se trate de una prestación distinta de la debida o que esté constituida por un acto de disposición de bienes de un valor considerable, respecto de la situación económica del deudor, y a condición de que el pago no exija la capacidad de obrar del deudor o la intervención del representante legal del incapaz. En todo caso, el acreedor se puede oponer a la declaración de nulación si suministra la prueba de que el pago no entraña ningún perjuicio para el deudor.

2. El deudor no queda liberado del pago efectuado a un acreedor incapaz de recibirlo, si no es en los límites en que le ha aprovechado, correspondiendo al deudor la carga de la prueba.

Art. 81

Destinatario del pago

1. El pago debe ser efectuado al acreedor o a su representante expresamente designado al efecto, o a la persona indicada por el acreedor mismo, aun si no es mencionada en el contrato, o a la persona autorizada por la ley o por el juez para recibirlo. El pago efectuado a un tercero que no está legitimado para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica, o cuando del mismo haya obtenido provecho.

2. El pago efectuado a la persona que parece legitimada, al serlo en cuanto representante aparente, para recibirlo sobre la base de circunstancias unívocas, libera al deudor que prueba que ha obrado de buena fe. La persona que ha recibido el pago viene obligada a restituirlo al acreedor efectivo.

3. Queda sin efecto el pago efectuado a un acreedor que no puede recibirlo por estar sometido a un procedimiento de embargo, de expropiación u otras medidas semejantes.

Art. 82*Lugar de la ejecución*

1. Las obligaciones que derivan del contrato deben ser ejecutadas en el lugar explícita o implícitamente por él previsto y, en ausencia de una tal previsión, de acuerdo con los usos y las circunstancias, habida cuenta la naturaleza de la prestación debida. Si el lugar de la prestación no se halla previsto en el contrato y no puede ser inducido sobre la base de los criterios antes indicados, se observarán las disposiciones siguientes.

2. La obligación de entregar una cosa cierta y determinada deber ser cumplida en el lugar donde la cosa se encuentre cuando la obligación ha nacido. Cuando se trate de mercaderías producidos por el deudor, su entrega debe ser efectuada en el establecimiento profesional en que tenía su domicilio en el momento de su vencimiento.

3. La obligación que tiene por objeto una suma de dinero debe ser ejecutada, a riesgo y peligro del deudor, en el domicilio del acreedor, o, si éste es un empresario, en la sede de su establecimiento profesional, en el momento del vencimiento. Si el domicilio o el establecimiento profesional son diferentes de los que el acreedor tenía en el momento del nacimiento de la obligación y esto hace más onerosa la ejecución, el deudor tiene derecho, mediante comunicación anticipada al acreedor, a efectuar el pago en su propio domicilio.

4. En todos los demás casos, la obligación deber ser ejecutada en el domicilio que el deudor tenga en el momento del vencimiento.

Art. 83*Tiempo de la ejecución*

1. Las obligaciones que derivan del contrato tienen que ser ejecutadas en el tiempo previsto expresa o implícitamente, en el contrato, o, en defecto de una previsión al respecto, teniendo en cuenta los usos y las circunstancias en relación con la naturaleza de la prestación y con el modo y el lugar en que debe ser ejecutada. Si el lapso de tiempo dentro del cual debe cumplirse la prestación no está determinado por el contrato y no es susceptible de serlo en virtud de los criterios citados, de manera que ni siquiera es razonable prever por el deudor un tiempo adecuado para predisponer y velar por la ejecución, la obligación debe ser cumplida inmediatamente.

2. Salvo pacto en contrario, la ejecución debe ser realizada a una hora razonable y, si el acreedor es un empresario, durante el horario habitual del establecimiento profesional.

3. Si en el contrato se ha fijado un término para la ejecución o es susceptible de ser determinado en virtud de los criterios mencionados más arriba, se presume establecido en favor del deudor, el cual puede entonces procurar la ejecución aun antes del término, salvo cuando venga establecido a favor del acreedor o de los dos. Si el plazo debe ser reputado a favor del acreedor, éste puede rechazar la ejecución anticipada, a menos que por su naturaleza no pueda comportar perjuicio a sus intereses.

4. Si el término no debe ser reputado en favor del acreedor, este último no puede exigir la prestación antes de su vencimiento salvo cuando el deudor deviene insolvente, o cuando ha disminuido las garantías ya dadas efectivamente o no ha dado las que había prometido.

5. El deudor no puede repetir lo que haya pagado anticipadamente por ignorar la existencia del término.

6. El término antes del cual la obligación deber ser ejecutada se calcula conforme a lo previsto en el Artículo 58. Salvo pacto en contrario, si el término concluye en un día festivo se reputa prolongado a la jornada laborable siguiente, salvo que existan usos diferentes.

Art. 84

Imputación de pago

1. El deudor de varias deudas en dinero o de la misma especie respecto de la misma persona puede indicar, cuando paga, que deuda entiende satisfacer. La imputación puede también referirse a obligaciones que derivan de contratos anulables y no coercibles; siendo obligatoria para el acreedor que no la rechaza en un plazo razonable.

2. Si el deudor no declara su intención, aun implícitamente, al acreedor, éste puede indicar, al emitir el recibo o ulteriormente, a qué deuda entiende imputar el pago realizado, siempre que se trate de una obligación no anulable y accionable; el acreedor no puede después modificar tal imputación. El deudor puede impugnar dicha imputación si el acreedor ha recurrido a subterfugios o si se ha aprovechado de manera desleal de las condiciones personales del deudor.

3. Cuando ni el deudor ni el acreedor se hayan pronunciado sobre la imputación, el pago debe ser reputado relativo a la deuda vencida, entre varias deudas vencidas a la que está menos garantizada, entre varias deudas igualmente garantizadas aquella que sea la más onerosa para el deudor; entre muchas deudas igualmente onerosas, la más

antigua. Si tales criterios no sirven de ayuda, la imputación se hace proporcionalmente a cada una de las deudas.

Art. 85

Emisión del recibo y liberación de garantías

1. El acreedor, a petición del deudor que ha pagado, debe de entregarle un recibo en la forma en que este último tenga un interés legítimo al solicitarlo. Los gastos del recibo, salvo pacto en contrario, son de cargo del deudor.

2. El acreedor debe además indicar en el documento en que consta la existencia del crédito que éste ha sido satisfecho, aun si lo restituye al deudor, que tiene el derecho de exigirlo. Si el acreedor afirma que no está en condiciones de restituir tal documento, el deudor tiene derecho a exigir de su parte una declaración relativa a este hecho en el documento de recibo.

3. El acreedor que ha recibido el pago debe restituir los bienes muebles entregados en prenda, permitir la liberación de otros bienes de las garantías reales establecidas para el cumplimiento de la deuda y de todo otro vínculo que, de alguna manera que sea, limite su disponibilidad.

SECCIÓN 2ª

EJECUCIÓN DE CIERTAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Art. 86

Ejecución de obligaciones pecuniarias

1. Las deudas pecuniarias se extinguen cuando el deudor pone a disposición del acreedor a través de los medios usuales en la práctica el montante que le es debido, en la moneda de curso legal y en el momento del pago. Las entregas efectuadas mediante domiciliación bancaria o bajo formas equivalentes son liberatorias sin que sea necesaria la aceptación de parte del acreedor o, a falta de ésta, de su oferta conforme al Artículo 105.

2. Cuando una moneda pierde su curso legal o si su empleo deja de ser admitido como posible en el momento del pago, éste se debe hacer en moneda legal por un montante equivalente al valor de la moneda en un principio empleada.

3. Si una deuda pecuniaria debe ser pagada en un período posterior al que ha nacido, el deudor, salvo pacto en contrario o diferente, está obligado a satisfacer al acreedor intereses compensatorios sobre

dicha suma en la medida en que haya sido convenido por escrito entre las partes, o, a falta de acuerdo, en la medida prevista en el Artículo 163, párrafo tercero. Además, cuando la depreciación de la moneda al momento del vencimiento de la deuda entraña una pérdida de valor superior al cincuenta por ciento en relación al momento en que había nacido, el deudor viene obligado, salvo pacto en contrario o diferente, a pagar al acreedor, que no incurre en retraso en la ejecución de su obligación, una suma suplementaria, en relación a la que corresponde al valor nominal. Esta revaluación será calculada como se prevé en el Artículo 169, párrafo cuarto.

4. El pago espontáneo de intereses en una medida superior a la indicada en el párrafo precedente, siempre que no sea usuraria, no da derecho a la repetición del excedente.

5. Salvo pacto en contrario o diferente, el deudor de una obligación pecuniaria, que se ha retrasado en su ejecución, responde en todo caso del perjuicio que ha causado al acreedor como consecuencia de la depreciación monetaria que haya tenido lugar, aun si ella es inferior al tope mencionado en el párrafo tercero del presente Artículo y como prevé el Artículo 169, párrafo cuarto.

Art. 87

Ejecución de las obligaciones cumulativas y alternativas

1. Cuando deriva del contrato la obligación de efectuar dos o más prestaciones, si no resulta otra cosa de la voluntad de las partes, de las circunstancias o de los usos, el deudor está obligado a ejecutar todas las prestaciones.

2. Cuando deriva del contrato una obligación con prestaciones alternativas, el deudor viene obligado a cumplir una de las dos o una entre ellas, pero no tiene la facultad de ejecutar parte de una y parte de otra o de las otras.

3. Cuando deriva del contrato una obligación con dos o varias prestaciones alternativas, el deudor está obligado a ejecutar una de las dos o una de ellas, pero no tiene la facultad de ejecutar parte de una y parte de la otra o de las otras.

4. Salvo pacto diferente de las partes, la opción pertenece al deudor y tiene definitivamente efecto a partir de la declaración de opción o con el comienzo de la ejecución de una de las prestaciones.

5. Si la parte a la que pertenece la opción no la ejerce en el término previsto, la opción pasa a la otra parte contratante, salvo si ésta última

pretende proceder a la resolución del contrato y a exigir la reparación del daño.

6. Si una de las prestaciones alternativas deviene imposible por una causa que no es imputable a ninguna de las partes, la obligación se reputa pura y simple. Si la imposibilidad deriva de una causa imputable a una de las partes, la otra puede considerar que aquélla no ejecuta la obligación.

Art. 88

Ejecución de obligaciones solidarias e indivisibles

1. Salvo pacto o disposición legal en contrario y a reserva de que la ley no disponga otra cosa, cuando deriva del contrato la obligación a cargo de dos o más deudores de cumplir una misma prestación, el acreedor tiene el derecho de exigir, a su elección, la ejecución integral a cualquiera de ellos, y la ejecución efectuada por un codeudor extingue la obligación.

2. El codeudor que ha ejecutado total o parcialmente la obligación tiene derecho a exigir a los otros codeudores las cuotas partes de la deuda pagada o de la parte satisfecha de la misma que sea a cargo de cada uno de ellos y que, salvo pacto en contrario, se reputan iguales.

3. Si un deudor está obligado a efectuar una prestación a favor de varios acreedores, cada uno de ellos tiene el derecho de pedir la ejecución de toda la obligación únicamente cuando es indivisible o si esto ha sido expresamente convenido o si así ha sido dispuesto por la ley: en éste caso, la ejecución a favor de uno de los coacreedores libera igualmente al deudor frente a todos ellos. En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide en partes iguales entre todos los acreedores, salvo pacto en contrario, a menos que ella no haya sido concertada en interés de uno o de alguno de ellos.

4. Para el caso indicado en el párrafo primero, salvo pacto diferente, la intimación a ejecutar la obligación, y toda otra comunicación o declaración concerniente a la suerte de la deuda, también la destinada a interrumpir la prescripción o a renunciar al crédito, deben ser dirigidas a todos los codeudores, bajo pena de ineficacia, salvo si no deben tener efecto más que frente a uno de los codeudores y con limitación a la cuota parte ideal a su cargo. Para el caso indicado en el párrafo tercero, cada comunicación dirigida al deudor por uno de los coacreedores no tiene efecto, salvo pacto en contrario, más que en relación con el que la lleva a cabo.

5. Las disposiciones del presente Artículo son aplicables en caso de indivisibilidad legal, convencional o natural de la obligación.

TÍTULO VIII INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª DISPOSICIONES GENERALES

Art. 89

Noción de incumplimiento

A reserva de lo que prevén las disposiciones siguientes, una obligación contractual es considerada incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o delegados adoptan un comportamiento diferente con relación a aquél previsto en el contrato, o cuando tiene lugar una situación de derecho o de hecho diferente de la que se puede tener por prometida.

Art. 90

Deudor que declara no querer cumplir

1. Cuando el deudor declara por escrito al acreedor que pretende no cumplir, este último tiene la facultad de comunicarle por escrito y desde luego, en todo caso dentro de los ocho días siguientes, que en virtud de esta declaración considera la obligación como incumplida. En defecto de una tal comunicación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tiene lugar después.

2. El deudor, en los ocho días siguientes a la recepción de la comunicación mencionada en el párrafo precedente, puede oponerse por escrito la declaración del acreedor según la cual la obligación es incumplida, y si este último en los ocho días que siguen, no declara por escrito que revisa su posición, deberá dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inercia del deudor, el incumplimiento será definitivamente tenido por cierto.

3. Salvo acuerdo diferente entre las partes, los plazos indicados en los párrafos anteriores y en los artículos siguientes, permanecen suspendidos mientras duren los períodos habituales de fiesta o de vacaciones, tal y según se halla previsto en el Artículo 58.

Art. 91

Deudor que no está en situación de cumplir

1. Si antes de expirar el término parece razonable entender que el deudor no está en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no la puede cumplir sin defectos relevantes, cuando todo ello no

es debido a un hecho positivo o a una abstención del acreedor, este último puede pedirle por escrito que suministre, en un plazo razonable que no será inferior a quince días, una garantía apropiada a la naturaleza del futuro cumplimiento y declarar que, a falta de la misma, el incumplimiento será definitivamente tenido por cierto.

2. El deudor, si no suministra la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, contestar por escrito a la petición del acreedor y debe, si este último no revisa por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inercia del deudor, el incumplimiento es definitivamente tenido por cierto.

Art. 92

Incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada

La obligación de entregar una cosa cierta y determinada es considerada incumplida si la cosa no ha sido entregada en el plazo y en la manera previstos, o si ha sido entregada con defectos manifiestos, o si ha sido entregada una cosa diferente o que se puede reputar por tal, a menos que en los distintos casos mencionados y a reserva de daños y perjuicios:

a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del plazo o que le sea concedida por el juez por motivos razonables;

b) que se trate de defectos que se puedan reparar y que el acreedor acepte que el deudor tome a su cargo efectuar las reparaciones dentro de un plazo razonable, o que el juez le autorice a efectuarlas;

c) cuando la cosa debida se haya perdido o se haya deteriorado sin que ello se deba a la responsabilidad del deudor o que el acreedor acepte la entrega de una cosa diferente o que el juez declare, por motivos razonables, que desde entonces debe considerarse ha tenido lugar el cumplimiento;

d) el acreedor ejerza la facultad de entregar una contrapartida reducida en proporción al menor valor de la cosa recibida, cuyo importe, en ausencia de un acuerdo, es fijado por el juez.

Art. 93

Incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas

La obligación de entregar una cantidad de cosas determinadas únicamente por su género es considerada como no cumplida si la mis-

ma no ha sido entregada en el tiempo y en la manera previstos, o si la entregada es de una cualidad inferior o superior a la debida, o de una especie diferente, a menos que, en los diferentes casos mencionados, y a reserva de daños y perjuicios:

a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término para la entrega de todas las cosas o de aquellas que todavía no han sido entregadas o cuando esta prórroga le sea concedida por el juez por motivos razonables;

b) el acreedor restituya el excedente, o lo conserve pagando el precio previsto en el contrato;

c) el acreedor acepte las cosas recibidas en una calidad o en una cantidad inferior, entregando una contrapartida proporcionalmente menor, cuya medida, a falta de acuerdo, será fijada por el juez;

d) la cantidad de cosas debidas, o una parte de entre ellas, se ha perdido o se ha deteriorado, sin que sea responsabilidad del deudor y el acreedor acepte la sustitución de algunas de ellas, o la reparación de las que presentan algún defecto o que el juez estime que, por motivos razonables, la obligación puede ser considerada como cumplida como consecuencia de la entrega de cosas diferentes o en parte reemplazadas o reparadas.

Art. 94

Incumplimiento de una obligación de hacer

1. La obligación de hacer es considerada incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o cuando ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o con la ayuda de cosas o de materiales inapropiados, a menos que en los casos mencionados, y a reserva de daños y perjuicios, el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la terminación de las obras o para la eliminación de los defectos, o la reparación de los daños ocasionados, o para la sustitución de las cosas o de los materiales inapropiados empleados, a condición de que tales reparaciones y sustituciones puedan ser consideradas como razonables de acuerdo con el contrato, con el uso y con la buena fe.

2. No hay incumplimiento si el deudor se encuentra, sin responsabilidad alguna por su parte, en la imposibilidad de efectuar una prestación personal de hacer, cuando el acreedor o el juez le concedan la facultad de que le sustituya otra persona competente, quedando en cualquier caso a cargo del deudor la responsabilidad relativa al cumplimiento de la prestación en cuestión.

3. Si se trata de una obligación del tipo de las mencionadas en el Artículo 75, párrafo segundo, será considerada como no cumplida si el resultado obtenido no es satisfactorio, a menos que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional solicitada, si ha sido requerida, y además cuando haya acudido en tiempo útil a los técnicos necesarios, así como a los medios, a los instrumentos, a los lugares y a los colaboradores apropiados para el caso.

Art. 95

Incumplimiento de una obligación de no hacer

La obligación de no hacer será considerada como incumplida cada vez que se cometa un acto en violación de la misma, a menos que sea debido a un auxiliar o a un encargado del obligado que no haya tenido conocimiento de la prohibición objeto de pacto y esta ha sido incluida en un contexto contractual más amplio, y cuando el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la demolición o la reposición en el estado precedente, y dicho deudor provea a ello en tiempo oportuno, a reserva de los daños y perjuicios.

Art. 96

Mora del deudor

1. El deudor no será considerado en mora:

a) si no ha sido fijado consensualmente ninguna fecha final, ni término o plazo, por un cierto período de días, meses o años, para el cumplimiento, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor por escrito para ello, fijándole un plazo razonable;

b) si el acreedor o el juez le ha acordado previamente al deudor un plazo suplementario para el cumplimiento;

c) si en los contratos sinalagmáticos, el acreedor se halla en retraso en el cumplimiento de la prestación que debe y respecto de la cual se había previsto un término ya vencido;

d) si el deudor ha ofrecido en tiempo oportuno el cumplimiento total de la prestación debida al acreedor, requiriéndole a recibirla, a reserva de los efectos de la eventual puesta en mora.

2. Si los términos previstos en las letras a) y b) del presente Artículo han expirado y salvo las situaciones previstas en las letras c) y d) de éste mismo artículo, el deudor es considerado en mora. Por consiguiente, no queda liberado y es además responsable –como prevén las disposiciones aplicables contenidas en los artículos 162 y siguientes– de los daños y perjuicios que de ello se deriven, aun si la pérdida

de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida de la prestación en curso de ejecución no derivan de causas que le sean imputables, salvo que pruebe que la cosa o la prestación debida habría sufrido el mismo daño si ella hubiera estado a disposición del acreedor. En este último caso, viene obligado, de todas formas, a entregar al acreedor la suma que perciba del responsable o de un asegurador, como consecuencia de la destrucción o de la sustracción de la cosa por él debida o por la no ejecución de la prestación.

Art. 97

Obligaciones que no pueden ser consideradas como incumplidas

1. Aunque el deudor se halle en retraso en el cumplimiento de la prestación debida o cuando no la haya realizado más que parcialmente, no se podrá considerar que ha habido incumplimiento cuando se hayan producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han hecho que la prestación sea excesivamente onerosa y que, en consecuencia, dan al deudor, como lo prevé el art. 157, el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe sin embargo haber comunicado al acreedor su intención de usar de este derecho antes de que expire el término previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto en el Artículo 96, letra a) que precede.

2. Si después de la conclusión del contrato la prestación deviene objetivamente imposible, por motivos de los que el deudor no debe responder, no hay incumplimiento de la obligación; pero si en el contrato se contiene explícita o implícitamente una garantía de que el cumplimiento es posible, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor haya sufrido por haber contado con el cumplimiento de la prestación.

Art. 98

Violación eficaz

Hay incumplimiento de la obligación si el deudor omite efectuar la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación, a menos que en el contrato no se haya reservado explícita o implícitamente tal posibilidad.

Art. 99

Incumplimiento de los deberes de protección

En la ejecución de la prestación debida, el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar causar un perjuicio a la per-

sona del acreedor, a sus auxiliares o a sus bienes; en caso de violación de este deber, se considera que la prestación debida ha quedado incumplida si el daño se ha producido durante o a causa de su ejecución, y constituye una consecuencia inmediata y directa de la misma. En otro caso queda vinculado por culpa extracontractual o aquiliana.

Art. 100

Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas.

1. Hay incumplimiento de la obligación contractual, si un cierto acontecimiento, o un estado de hecho o de derecho que uno de los contratantes ha prometido o asegurado que se producirían, no se ha producido o no se producen, incluso aunque no se haya establecido contrapartida alguna.

2. Si por una declaración, que no se halla contenida en un contrato y que no ha sido objeto de una promesa, o de una garantía, se hace la afirmación de que un acontecimiento se ha producido, o no se ha producido, o de que se producirá o no se producirá, el que la ha emitido puede responder desde el momento en que la declaración no se corresponda con la verdad, respecto del que ha sufrido un perjuicio, por culpa extracontractual.

Art. 101

Prestación anticipada o efectuada en cantidad superior a la debida

El acreedor tiene la facultad de recibir la prestación efectuada por el deudor antes del término fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, deberá satisfacer una contrapartida proporcionalmente superior, pero si la rechaza no se considerará que ha incurrido en mora.

Art. 102

Prestación privada de interés para el acreedor

El acreedor no puede rechazar la prestación que le ha sido ofrecida bajo pretexto de que para él ha devenido inútil y privada de interés a causa de circunstancias sobrevenidas, a menos que tal derecho de rechazo por su parte, sea deducible, aun implícitamente, del contrato, y, siempre que, además, haya advertido en tiempo oportuno al deudor de la superveniencia de tales circunstancias y, en cualquier caso, antes de que este último haya preparado o iniciado el cumplimiento.

SECCIÓN 2ª

MORA DEL ACREEDOR

Art. 103

Noción de mora del acreedor

Hay mora del acreedor si este último, sin motivo válido, no recibe, rechaza, impide o estorba el cumplimiento por parte del deudor, o no efectúa la opción prevista en el Artículo 87, párrafo 2, en el caso de una obligación alternativa si la otra parte no quiere efectuarla, o no procura, cuando está obligado a ello, la presencia de un tercero o la autorización o la licencia de la autoridad pública prevista en el Artículo 76, párrafo 2, o, en cualquier caso, adopta un comportamiento activo u omisivo que no permite al deudor cumplir la obligación.

Art. 104

Mora del acreedor que se resuelve en un incumplimiento

1. En la situación descrita en el Artículo precedente, el deudor puede requerir por escrito al acreedor para que abandone su comportamiento, especificando cuáles son los hechos positivos u omisivos que, concretamente, han impedido o perturbado la ejecución, indicando las acciones y las omisiones que deben cesar o los comportamientos que se hace necesario que lleve a cabo el acreedor, fijándole un término adecuado y, en cualquier caso, no inferior a quince días, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación debida, los usos y la buena fe.

2. Cumplido el término, si el comportamiento descrito no ha cesado, se considerará que ha habido incumplimiento por parte del acreedor,

Art. 105

Acciones exigidas al deudor para que quede liberado

1. Si, ante una situación como la que se describe en el Artículo 103, el deudor, en lugar de constatar al incumplimiento del acreedor, se propone cumplir la obligación a su cargo para liberarse de ella, tiene que hacer al acreedor, en el lugar en que ésta ha de ser ejecutada, una oferta real o por requerimiento de la totalidad de la prestación debida, comprendidos los accesorios, frutos e intereses, en las formas prescritas, a petición suya, por el juez de primera instancia competente en el lugar en que la oferta debe ser efectuada.

2. Si se encuentra en la imposibilidad de conocer el montante exacto de la suma o de la cantidad exacta de cosas debidas, el deudor, con

la autorización del juez, puede ofrecer el montante o la cantidad que éste haya fijado en virtud de los elementos de que dispone, obligándose en todo caso a entregar lo que sea ulteriormente debido.

3. Si el acreedor acepta el ofrecimiento y recibe la prestación, el deudor queda liberado. En la situación descrita en el párrafo 2 de este artículo, la liberación queda subordinada a que el deudor entregue lo que todavía debe conforme al requerimiento fundado y motivado del acreedor.

4. Si el acreedor no acepta el ofrecimiento y se trata de una obligación de dar, el deudor, para quedar liberado de su obligación, está obligado a efectuar la consignación de lo que es debido en la forma prescritas por el juez indicado en el párrafo primero del presente artículo, y cuya determinación judicial puede ser requerida en la solicitud a que se refiere el propio párrafo 1. La regularidad de la consignación y la liberación del deudor son establecidas por el juez. En el caso de una obligación de hacer, el deudor debe cumplir como haya sido prescrito por el juez, que declarará seguidamente la regularidad del comportamiento del deudor y su liberación.

5. El ofrecimiento es suficiente –y en tal caso no ha lugar a proceder a la consignación, o al cumplimiento– si la prestación no puede ser efectuada al acreedor o a su representante a causa de su ausencia o de su incapacidad para recibirla, o si existe una incertidumbre, sin que sea debido a falta del deudor, sobre la persona a la que la prestación debe efectuarse o cuando varias personas afirmen tener derecho a obtenerla, o que haya sido perdido el título que determina quién es el titular del derecho a la prestación, siempre que estas circunstancias hayan sido especificadas en el requerimiento mencionado en el párrafo primero del presente artículo.

SECCIÓN 3ª EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Art. 106

Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabilidad

1. Toda convención excluyendo o limitando previamente la responsabilidad del deudor por dolo o falta grave, es nula.

2. El acuerdo por el cual se conviene que una de las partes no puede oponer excepciones a fin de evitar o de retardar la prestación debida no tiene efecto respecto de las excepciones de nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato. En todo caso, aun en el supuesto en que el acuerdo sea eficaz, el juez, si comprueba que concurren motivos graves, puede suspender la condena imponiendo, en su lugar, una caución.

3. Salvo lo que se halla previsto en el Artículo 30 sobre las cláusulas abusivas, el acuerdo excluyendo o limitando la responsabilidad del deudor por culpa leve no tiene efecto si el acreedor lo ha concluido cuando estaba a su servicio o si la responsabilidad se manifiesta en el desarrollo de una actividad profesional o de una actividad empresarial ejercida bajo un régimen de monopolio en virtud de una autorización concedida por las autoridades.

4. Habida cuenta la calidad de las partes y la naturaleza de la prestación, las partes pueden válidamente concluir acuerdos por los cuales convengan márgenes de tolerancia en la ejecución o una franquicia en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, de acuerdo con los usos y la buena fe.

5. Las partes pueden válidamente concluir acuerdos estableciendo presunciones simples de caso fortuito para los acontecimientos que, en su especie, indican normalmente caso fortuito.

Art. 107

Incumplimiento de importancia relevante

1. En el sentido en que se indica más abajo, un incumplimiento tiene importancia relevante si concierne a una de las prestaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, habida cuenta de la calidad de las personas y de la naturaleza de la prestación, el incumplimiento comporta para el acreedor un perjuicio tal que le priva sustancialmente de lo que, en derecho, se puede esperar del contrato.

2. Se considera que el incumplimiento tiene una importancia relevante cuando:

a) es total;

b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener el resto.

3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento tiene una importancia mínima respecto de la economía de la relación contractual y del interés del acreedor.

Art. 108

Derecho del acreedor de suspender el cumplimiento en los contratos bilaterales

1. En los contratos bilaterales, si una de las partes no cumple o no ofrece cumplir su obligación, cualquiera que sea la gravedad del in-

cumplimiento, el acreedor tiene la facultad de suspender la prestación por él debida simultánea o sucesivamente, a menos que el rechazo hecho por su parte sea contrario a la buena fe.

2. Se considera que es contrario a la buena fe el rechazo:

a) que entraña para la otra parte consecuencias excesivamente onerosas;

b) que, puesto que se ha comprobado que el incumplimiento es de escasa entidad, entraña la extinción de la obligación del acreedor;

c) que comporte perjuicio a un derecho fundamental de la persona.

Art. 109

Cumplimiento anticipado, o en cantidad superior o después de la expiración del término esencial

1. Salvo lo que se halla previsto en el art. 101, el acreedor tiene el derecho de rechazar el cumplimiento que le ha sido ofrecido o que ha sido ejecutado antes de expirar el término convenido, o en cantidad superior a la debida, siempre que su rechazo no sea contrario a la buena fe en el sentido previsto en el Artículo precedente, en la medida en que sea aplicable.

2. El acreedor tiene en todo caso el derecho a rechazar el cumplimiento ofrecido o efectuado después de haber expirado el término cuya naturaleza esencial ha sido objeto de pacto.

Art. 110

Plazo suplementario y beneficio de pago mediante sucesivos plazos parciales

1. Si un plazo suplementario ha sido concedido por el acreedor o por el juez al deudor que todavía no ha iniciado el cumplimiento, o que no lo ha efectuado sino parcialmente, el acreedor no puede hasta la expiración del término, prevalerse de los remedios indicados en los artículos siguientes, a reserva de la facultad de adoptar las medidas conservativas o de solicitar del juez una resolución de inhibición, sin perjuicio de eventuales daños y perjuicios.

2. Si el acreedor o el juez han acordado al deudor la facultad de fraccionar mediante plazos sucesivos el pago de la deuda, el deudor pierde tal beneficio si no efectúa también un pago que supere la octava parte de la deuda.

Art. 111*Ejecución en forma específica*

1. Frente al deudor que todavía no ha cumplido la obligación, cualquiera que sea la importancia del incumplimiento, el acreedor tiene el derecho de obtener su ejecución o de su complemento en forma específica, si es objetivamente posible y cualquiera que ella sea el caso, sin perjuicio de los daños y perjuicios.

2. En particular el acreedor puede obtener judicialmente:

a) la entrega de la cosa cierta y determinada o de la cantidad de cosas solamente indicadas por su género y que le son debidas, de las que el deudor tiene a disposición, o que éste ha transmitido a un tercero de mala fe o por acto simulado;

b) la autorización para procurarse, en la medida de lo posible, y corriendo con los gastos el deudor, la cosa cierta y determinada o la cantidad de cosas solamente indicadas por su género que le son debidas y que tienen a su disposición los terceros;

c) que el deudor sea condenado a cumplir su obligación, en la medida de lo posible, o a completar la prestación debida; puede también obtener autorización del juez para ejecutar o completar el mismo la obligación o hacerla ejecutar por terceros a costa del deudor;

d) que el deudor sea condenado a destruir lo que ha llevado a cabo violando una obligación de no hacer, pudiendo obtener autorización del juez para destruir personalmente o para hacer destruir por terceros, por cuenta del deudor, lo que este haya realizado violando una obligación de no hacer;

e) una sentencia que tenga el efecto jurídico del contrato que el deudor se había obligado a concluir por un contrato preliminar que ha dejado de cumplir.

3. Para incitar al deudor que no cumple la obligación a obedecer a la condena encaminada a asegurar en forma específica la ejecución de la prestación que sea objetivamente posible; el juez puede además condenar al deudor, si no se somete o se somete con retraso, al pago de una multa cuyo importe no excederá del triple del valor de la prestación debida, que corresponderá en un setenta por ciento a favor del acreedor y de un treinta por ciento a favor del Estado. La citada multa puede estar constituida por una suma fija, que produzca intereses en la medida determinada por el juez, o por un montante debido por cada día de retraso, que se repartirá según las modalidades indicadas.

Art. 112*Substituciones en forma específica y reparación*

1. Si el deudor, en todo o en parte, se ha abstenido de cumplir la obligación, el acreedor tiene el derecho, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios, de obtener en la medida en que sea objetiva y subjetivamente posible, que el deudor:

a) le entregue una cosa diferente que tenga a su entera disposición, o efectúe una prestación diferente --y que por ella misma realice el interés del acreedor de manera satisfactoria-- contra el pago de una suma ulterior o la eventual restitución de una parte de la suma entregada, que, en caso de desacuerdo, serán fijadas por el juez en la hipótesis en que la cosa o la prestación diferentes tengan un valor mayor o menor;

b) proveer a las reparaciones que sean necesarias para eliminar los defectos o las imperfecciones de las cosas entregadas o de la obra efectuada;

c) proveer, si los problemas surgen de la puesta en marcha o de la utilización de la cosa entregada, a causa de una imperfección de esta última, de su instalación, o de su funcionamiento, al envío de técnicos que expliquen su utilización y, eventualmente, que se encarguen durante un cierto período de tiempo del mantenimiento necesario a su buen uso.

2. El acreedor puede además obtener la autorización del juez para efectuar por sí mismo o por terceros, por cuenta del deudor, las reparaciones necesarias.

3. El acreedor que entiende ejercitar los derechos consignados más arriba debe notificar al deudor inmediatamente que descubre los defectos.

4. Antes que el acreedor haya enviado la notificación de la que trata el párrafo anterior al deudor, este último tiene el derecho, mediante notificación al acreedor, de proveer a la sustitución o a la eliminación de los defectos o a completar la entrega, a sus expensas.

Art. 113*Reducción del precio*

1. El acreedor que se propone aceptar la entrega de una cosa diferente teniendo un valor inferior, o con imperfecciones, o una cantidad de cosas de calidad inferior a la que es debida, o una prestación de hacer diferente de la que ha sido convenida o con imperfecciones, tiene el derecho, mediante notificación en tiempo oportuno al deudor, de pagar un precio inferior al que ha sido convenido. Podrá eventual-

mente hacerse restituir una parte de la suma entregada, en la proporción fijada, en defecto de un acuerdo, por el juez.

2. Si la prestación ofrecida o efectuada tiene un valor superior a la debida, se aplicarán las reglas del art. 101.

Art. 114

Derecho a la resolución del contrato

1. Si se produce un incumplimiento de importancia notable en el sentido del art. 107, el acreedor tiene el derecho de proceder a la resolución del contrato, requiriendo al deudor para que le ejecute en un plazo razonable que, en cualquier caso, no puede ser inferior a quince días y notificándole que si el plazo transcurre inútilmente, el contrato será considerado como resuelto de derecho.

2. Si el contrato contiene una cláusula en cuya virtud el incumplimiento de una determinada prestación por una de las partes confiere a la otra el derecho de resolver el contrato, el incumplimiento será considerado en cualquier caso, como teniendo una importancia relevante, en el sentido del art. 107, y el contrato se considerará resuelto desde que la parte interesada notifique al deudor que ella se prevale de la cláusula en cuestión.

3. Una vez que el plazo indicado en el primer párrafo del presente artículo ha transcurrido, o si el deudor ha recibido la notificación mencionada en su párrafo primero, el acreedor no puede ya pretender la ejecución del contrato y puede rechazarla si el deudor no se conforma con ello. El acreedor puede además ejercer los derechos indicados en los artículos 115 y 116.

4. La resolución del contrato puede asimismo ser parcial, aunque el deudor no haya cumplido la totalidad de la obligación, si el acreedor da por bueno aceptar lo que ha recibido, prevaleciendo del derecho de pagar un precio proporcionalmente inferior, como está previsto en los artículos 92 y 93.

5. Si el incumplimiento se produce en el curso del desarrollo de un contrato de ejecución continua o periódica, el efecto de la resolución no concierne a las prestaciones ejecutadas precedentemente.

6. El acreedor no tiene derecho a proceder a la resolución del contrato si el incumplimiento depende exclusivamente de una acción o de una omisión que a él le sea imputable, sin perjuicio de que utilice la facultad de los artículos 103 y 104. Por lo demás, no tiene este derecho si ha inducido a creer a la otra parte que no procederá a la resolución, aun si se trata de un incumplimiento de importancia notable.

Art. 115*Restitución*

A reserva de lo que se halla previsto más arriba en el Artículo 114, párrafo 5, como consecuencia de la resolución del contrato, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor, que no ha cumplido la obligación, la restitución, como está previsto en el Artículo 160, de lo que el haya entregado por la prestación debida o, en todo caso, a causa del contrato, abstracción hecha del derecho a obtener la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 116*Daños y perjuicios*

1. Sin perjuicio de lo prevenido en los artículos precedentes, en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos, tal y como lo prevén los artículos 162 y siguientes.

2. El ejercicio de este derecho puede ser acumulado con los que se hallan previstos en las reglas precedentes y como se establece en las contenidas en el Artículo 171.

Art. 117*Derechos de los terceros de buena fe*

El ejercicio por parte del acreedor de los derechos previstos por las reglas que preceden no compromete los derechos que hayan adquirido los terceros de buena fe sobre los bienes del acreedor o sobre los que son debidos por el deudor, antes que el mismo, teniendo serios motivos de temer el incumplimiento, no les haya notificado o advertido por escrito, o antes que, si se trate de bienes inmuebles o de muebles registrados, no haya efectuado la anotación preventiva correspondiente de sus demandas judiciales en los registros inmobiliarios, según las reglas en vigor en el Estado que las haya previsto. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 161.

TÍTULO IX
CESION DE CONTRATO Y DE LAS RELACIONES
QUE NACEN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª
CESIÓN DE CONTRATO

Art. 118*Noción*

1. Cada una de las partes, si la relación lo permite concretamente, puede ceder a título gratuito u oneroso, total o parcialmente a un ter-

cero o a varios, su propia posición contractual con relación a un contrato que todavía no ha agotado sus efectos.

2. Con tal motivo, las partes pueden modificar el contenido del contrato en el que tiene lugar la cesión y pueden también acordar y transigir sobre los derechos y obligaciones ya derivados y que pueden derivar del mismo o de su cumplimiento o incumplimiento.

3. Salvo pacto en contrario, se entiende también transferida la cláusula compromisoria contenida en el contrato que se ha cedido.

4. Si la transmisión de la posición contractual no deriva de la voluntad de las partes sino en virtud de la ley, en los contratos entre vivos, o tiene lugar por sucesión a causa de muerte, las reglas de la presente sección no se aplican, en el marco de cada uno de los Estados de la Unión europea, sino en la medida en que lo permitan las reglas que en ellos se encuentran en vigor, salvo que se acuda a los principios del Derecho internacional privado si se considera necesario.

Art. 119

Modalidades según las cuales se puede efectuar la cesión

1. La cesión de contrato se puede efectuar mediante un acuerdo entre cedente y cesionario, que produce sus efectos a partir del momento en que es notificado al cedido, si este último ha dado su consentimiento previamente, o bien, desde el momento en que éste ha comunicado al cedente y al cesionario su aceptación.

2. La cesión puede también tener lugar por intermedio de un acuerdo trilateral entre cedente, cedido y cesionario, debiendo efectuarse en todo caso, de esta manera, en el supuesto previsto en el precedente Artículo 118, párrafo segundo. En este acuerdo deben ser definidos todas las posiciones de las partes y precisados los derechos y obligaciones respectivos así como su duración temporal.

3. Cuando para la cesión de un contrato fuera necesaria la autorización de un órgano judicial o administrativo o de un tercero, la cesión tiene efecto desde que aquella fuera concedida.

4. Si todos los elementos de un contrato resultan de un documento el que se halla escrita la cláusula "a la orden" o una cláusula equivalente, el endoso del documento comporta la sustitución del endosatario en la posición contractual del endosante.

5. La cesión debe tener lugar bajo pena de nulidad en la forma requerida para la conclusión del contrato que es cedido y será oponible a los terceros, si la notificación al cedido o su aceptación o el contrato trilateral han tenido lugar mediante documentos, que tengan fecha

cierta, a menos que sea probado que los terceros tenían de ello pleno conocimiento.

6. Todo ello, a salvo de las reglas en vigor en los Estados miembros de la Unión europea cuando prescriban formas determinadas para el contrato respecto del que se efectúa la cesión y lo mismo en cuanto a la intervención, para llevarla a cabo, de sujetos u órganos colegiales determinados.

Art. 120

Derechos y deberes de los sujetos

1. Cuando la cesión deviene eficaz, el cedente queda liberado frente al cedido de sus obligaciones, que son asumidas desde ese mismo instante por el cesionario. El cedido puede, en todo caso, con ocasión de su adhesión preventiva, contextual o sucesiva, declarar que no quiere liberar al cedente; en éste caso, puede actuar contra él si el cesionario no cumple con sus obligaciones, a condición de que haya dado el mismo conocimiento del incumplimiento al cedente, dentro de los quince días siguientes, a contar desde que tal incumplimiento ha sido constatado, bajo pena, en su defecto, de reparación del perjuicio.

2. El cedente viene obligado a suministrar al cesionario todas aquellas informaciones que le permitan hacer valer sus derechos y cumplir las obligaciones que deriven del contrato y asimismo a entregarle todos los documentos pertinentes. La inobservancia de estas obligaciones, llevará consigo la aplicación de la disposición prevista en el Artículo 7, párrafo 2, del presente Código.

3. Si existen dudas fundadas en cuanto a la validez o eficacia del acuerdo de cesión existente, cada deudor tiene la facultad de solicitar del juez la consignación de la prestación debida, como lo prevé el Artículo 105.

4. El cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que deriven del contrato, pero no las que se hallen fundadas sobre otras relaciones existentes con el cedente, a menos que haya hecho reserva expresa de las mismas en el momento de su adhesión preventiva, contextual o sucesiva.

5. La responsabilidad del cedente tanto en cuanto a la validez del contrato cedido, como en cuanto a su cumplimiento, depende de la naturaleza del contrato a través del cual ha sido efectuada la cesión, y, en todo caso, de la voluntad de las partes.

6. Si, a pesar de ello, las partes en la conclusión de la cesión no han hecho referencia a ninguna figura contractual, ni ésta puede ser dedu-

cida del contenido del acuerdo por vía de interpretación, se observarán, salvo convención en contrario, las reglas siguientes. Si la cesión es a título oneroso, el cedente de buena fe responde de la invalidez y de la ineficacia del contrato cedido, respondiendo igualmente y en calidad de fiador, en los límites de la suma recibida, por las obligaciones del cedido ya existentes, a menos que su ejecución dependan de hecho del cesionario. Si la cesión ha tenido lugar a título gratuito, el cedente garantiza solamente la validez del contrato cedido y responde del cumplimiento del mismo únicamente si lo ha prometido y si es de buena fe.

SECCIÓN 2ª CESIÓN DE CRÉDITO

Art. 121

Cesibilidad de los créditos

1. Un crédito nacido de un contrato o de su cumplimiento o incumplimiento puede ser transferido a un tercero (o a otros muchos sujetos), total o parcialmente, incluso si no es todavía exigible y aunque sea futuro, a condición de que no tenga carácter personal y que la cesión no sea excluida por la ley, por acuerdo de las partes o por la propia naturaleza del contrato.

2. Si el crédito es cedido parcialmente, el juez puede disponer, llegado el caso, que frente al deudor cedido, el cedente y el cesionario, actúen en litisconsorcio.

3. Un crédito futuro puede ser cedido si es determinado o determinable conforme al Artículo 31 del presente Código. En este caso, el efecto de la cesión se produce desde que el crédito existe para el cedente.

4. Una prohibición convencional es oponible frente al cesionario si el cedido prueba que la había conocido en el momento de la cesión; en este caso, la prohibición impide que el cesionario adquiera el derecho frente al cedido, pero no respecto del cedente.

5. Se considera como no cesible, conforme a la naturaleza del contrato, un crédito cuya cesión determinaría una alteración sustancial del contenido de la obligación que pesa sobre el cedido.

6. Con independencia de lo que previene el precedente Artículo 118, el cedente puede ponerse de acuerdo con el cesionario en modo que este último asuma la obligación de cumplir obligaciones determinadas.

Art. 122*Modalidades y efectos de la cesión*

1. La cesión del crédito no requiere para su validez el consentimiento del deudor –salvo que se trate de un crédito cuya cesión queda excluída por el contrato mismo o por su naturaleza– y puede efectuarse de las maneras previstas en el presente artículo.

2. El cedente puede obligarse respecto del cesionario, mediante un contrato oneroso o gratuito, de carácter obligatorio, a cederle su crédito. En este caso, la cesión tiene lugar por intermedio de un segundo contrato de cesión entre las dos partes teniendo naturaleza abstracta; el cedido puede, en este caso, alegar luego la invalidez o la ineficacia de este último, pero no del precedente contrato causal.

3. El cedente y el cesionario pueden igualmente convenir, por un contrato a título oneroso o gratuito, que un crédito debido al primero sea cedido al segundo, de manera que la cesión se produzca por efecto del simple consentimiento. En caso de duda, concerniente a la modalidad escogida para la cesión, es la modalidad indicada en el presente párrafo 3 la que se toma en consideración.

4. En las dos hipótesis previstas en los párrafos 2 y 3 del presente artículo, la cesión adquiere efecto frente al deudor cedido, cuando le es notificada o cuando la acepta. Antes de la notificación y de la aceptación, el deudor cedido no queda liberado si paga al cedente, en el caso en que el cesionario pruebe que el propio deudor estaba al corriente de la cesión. La comunicación al deudor puede ser concomitante a la demanda de cumplimiento.

5. Respecto de los contratos, las declaraciones y los actos de comunicación y de aceptación, previstos en los párrafos precedentes, se aplica lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo segundo, del presente Código, en relación con el valor del crédito cedido.

6. En las dos hipótesis previstas por los párrafos 2 y 3 del presente artículo, la cesión es oponible a los terceros sobre la base del hecho que, los contratos, la comunicación o la aceptación sucesiva, resulten de documentos que tengan fecha cierta, a menos que se pruebe que los terceros tenían conocimiento de la cesión misma. Si el mismo crédito ha sido objeto de muchas cesiones a personas diferentes, prevalece la cesión que primero ha sido comunicada al deudor o que haya sido aceptada en documento fehaciente.

7. La cesión de crédito determina, salvo pacto en contrario, la transmisión de todos sus accesorios, a excepción de los que posean un estricto carácter personal.

8. En las cesiones de créditos efectuadas a bancos o a empresas que ejerzan el *factoring* no se aplican las normas que preceden, sino las disposiciones en vigor por ley o las reglas uniformes de los respectivos sectores económicos y, en su defecto, los usos.

Art. 123

Deberes de las partes

1. El cedente queda obligado a entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito que están en su posesión o bien una copia auténtica de los mismos si cede solamente una parte del mismo, y debe también suministrarle todas las informaciones necesarias y útiles para hacer valer el crédito.

2. Si la cesión es a título oneroso, el cedente de buena fe garantiza, en los límites de lo que él ha recibido, la existencia del crédito en el momento de la cesión, así como la solvencia actual –y futura solamente si ha sido expresamente prometida– del cedido, a menos que el incumplimiento por parte de este último dependa de negligencia del cesionario. En el caso de que la susodicha garantía haya sido excluída de común acuerdo, el cedente está obligado si por su hecho propio el crédito viene a fallar.

3. Si la cesión es a título gratuito, el cedente de buena fe responde de la existencia del crédito y de la solvencia del deudor, únicamente, en los límites en los que así lo haya prometido.

4. Si el cedente es de mala fe, responde en todo caso de los daños que sufra el cesionario, a condición de que el incumplimiento no dependa de una negligencia de este último.

5. El deudor cedido tiene las mismas obligaciones que tendría respecto del cedente.

Art. 124

Derechos de las partes

1. El cesionario adquiere los mismos derechos que tenía el cedente.

2. El cedido puede oponer al cesionario, todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente hasta el momento de la cesión; pero, si ha dado sin reserva su adhesión a esta, no puede alegar la compensación. Puede además oponer, sin perjuicio de lo que se halla previsto en el Artículo 122, párrafo 2, las excepciones relativas a la invalidez de la cesión, y si no ha dado a ella su consentimiento, también las relati-

vas a su inadmisibilidad convencional, en los límites previstos en el precedente Artículo 121, párrafo 4.

3. Si subsisten razones fundadas en cuanto a saber si la prestación es debida al cesionario o al cedente, el cedido puede obtener autorización del juez para efectuar la consignación o para actuar conforme a la manera prescrita en el artículo 105.

4. En el supuesto de que la cesión del crédito tenga lugar en virtud de la ley, se aplican, en defecto de disposiciones específicas, las reglas del presente título. En cualquier caso, el que ha cumplido sucede en los derechos del acreedor, en los límites de lo que haya pagado, si se trata de una deuda de la que debe responder; si por el contrario ha pagado una deuda de la que no estaba obligado a responder, puede reclamar hasta el momento en que el cumplimiento haya sido sustituido, y sucede en los derechos del acreedor en los límites de lo que haya pagado, mediante una declaración unilateral simultánea al pago, a la cual se aplica la disposición del precedente Artículo 36, párrafo segundo.

SECCIÓN 3ª CESIÓN DE DEUDA

Art. 125

Cesión por sucesión o por novación

1. La transmisión de una deuda puede hacerse mediante dos vías:

a) por sucesión en la relación obligatoria –en cuyo caso se transfiere objetivamente intacta– de otro deudor, que le sucede o se agrega al deudor originario, como se precisa en el Artículo siguiente;

b) Por extinción convencional de la obligación originaria y constitución simultánea de una nueva obligación teniendo un sujeto pasivo diferente.

2. En el primero de los supuestos previsto en el párrafo anterior el nuevo deudor responde solidariamente con el deudor originario si el acreedor no declara expresamente que este último queda liberado.

3. La cesión tiene lugar por novación únicamente si así es declarado de manera expresa y no equívoca por las partes en su acuerdo trilateral. En la duda, se presumirá que la cesión ha sido efectuada por sucesión.

4. Excepción hecha de lo que está previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo, las partes pueden efectuar la cesión de deuda de la

manera que consideren más conforme a sus intereses y, además, entre otras, como se indica, a título de ejemplo, en el Artículo siguiente.

5. La transmisión de deuda puede ser efectuada respecto de uno o de varios nuevos deudores.

6. Cuando la cesión de deuda tiene lugar en virtud de la ley o como elemento accesorio en la transmisión de un bien o de un conjunto de bienes, se rige por las disposiciones de la presente sección, en tanto que sean aplicables, en defecto de diferentes reglas específicas.

Art. 126

Modalidades por las que se puede efectuar la cesión

1. Mediante pacto entre el deudor y un tercero, este último puede obligarse, frente al primero, a extinguir su obligación y puede cumplirla dentro de los límites previstos en el Artículo 79, párrafo I. Un tal acuerdo, tiene únicamente efectos internos entre el deudor y el tercero.

2. Mediante pacto entre el deudor y un tercero, este último puede obligarse frente al acreedor a extinguir la obligación, viniendo a estar, en tal modo, solidariamente obligado con el deudor originario, a menos que el acreedor declare expresamente que libera a este último.

3. Mediante pacto entre el acreedor y un tercero, este último puede por su propia iniciativa obligarse frente al primero a cumplir la obligación, viniendo a estar en tal modo obligado solidariamente con el deudor originario, si el acreedor no declara expresamente que libera a este último. El deudor originario puede, manifestando su oposición cuando llega a conocer la obligación, hacer que sea ineficaz el susodicho pacto.

4. La transmisión de la deuda puede tener lugar también por medio de un acuerdo preliminar de carácter obligatorio, seguido por acto de transmisión –y por tanto de disposición– del crédito. El pacto previo y el acto sucesivo son efectuados o por el acreedor (que se pone de acuerdo con el tercero), o bien por el deudor originario (que se pone de acuerdo también con el tercero) a pesar de que el propio deudor no haya sido legitimado para ello; la operación, no obstante, llegará a ser eficaz si el acreedor da su consentimiento. En este caso, el nuevo deudor no puede hacer valer frente al acreedor la menor excepción basada sobre el acuerdo preliminar que ha servido de base para el acto sucesivo de transmisión, a menos que el motivo que invalide la primera fase sea también obstáculo a la validez de la segunda. El tercero que ha cumplido puede sin embargo ser indemnizado por el deudor originario en los límites de la ventaja que él haya obtenido. En caso de

duda, relativa a la modalidad a escoger para la cesión, se adoptará la que figura en el párrafo 3 del presente artículo.

5. En las hipótesis previstas por los párrafos precedentes, el tercero puede ser o no deudor del deudor principal; y, si no lo es, tiene el derecho de hacerse reembolsar o indemnizar por este último, salvo pacto en contrario, en relación con lo que él ha efectivamente desembolsado, con el solo límite de la oponibilidad, de parte del deudor originario, de las excepciones que éste habría podido oponer al acreedor.

6. En el acuerdo trilateral, gracias al cual las partes pueden efectuar la novación subjetiva de la deuda, se puede convenir que el acreedor, para reclamar el cumplimiento, debe haber efectuado o, al menos, ofrecido una contraprestación.

7. Respecto de los pactos y las declaraciones previstas en el presente Artículo se aplica lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, del presente Código, en relación con el valor de la deuda transferida.

Art. 127

Derechos y deberes de las partes

1. Excepción hecha de lo que prevé el precedente art. 126, párrafo 4, si la cesión no ha tenido lugar por medio de un acuerdo novatorio, el nuevo deudor puede oponer al acreedor las excepciones que tenía el deudor originario; por otra parte, si este último ha sido liberado por el deudor originario, las garantías agregadas al crédito se extinguen, a menos que los que las han prestado consientan expresamente en mantenerlas.

2. En el supuesto previsto en el párrafo 1 de este artículo, el acreedor que ha aceptado la obligación de un tercero no puede dirigirse al deudor originario si no ha demandado previamente al tercero de cumplimiento, y, si ha liberado al deudor originario, no puede entablar acción contra él, si el tercero que le sucede deviene insolvente, a menos que haya sido hecha reserva expresa.

3. Si la cesión deriva de un acuerdo novatorio, el acreedor y el nuevo deudor pueden respectivamente ejercer únicamente los derechos y oponer asimismo las excepciones que derivan del acuerdo, excepción hecha de lo que se prevé en el párrafo siguiente.

4. Si la obligación asumida por el nuevo deudor sobre la base de lo dispuesto en el precedente Artículo 125, párrafo 1, letra a), es nula o viene anulada, el acreedor que ha liberado al deudor originario puede exigir de este último el cumplimiento, pero no puede prevalerse de las garantías prestadas por los terceros. Si la cesión ha tenido lugar sobre

la base de un acuerdo novatorio, como lo prevé el propio art. 125, párrafo I, letra b), se aplica la disposición contenida en el art. 130, párrafo 5.

5. Se aplica, si hay lugar a ello, la regla que figura en el Artículo 79, párrafo 2.

TÍTULO X EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL MISMO

SECCIÓN 1ª HECHOS EXTINTIVOS Y QUE ENTRAÑAN PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 128

Hechos extintivos y que entrañan ineficacia

1. El contrato se extingue o queda privado de efecto:

a) por cumplimiento –o por oferta real o requerimiento– de todas las obligaciones que del mismo derivan, en las modalidades previstas en los títulos VII y VIII del presente libro, y además por la realización, para ambas partes, del fin por ellas perseguido;

b) por cumplimiento de la condición resolutoria

c) por expiración del término final;

d) por muerte o incapacidad sobrevenida, en el caso previsto por la ley;

e) por novación;

f) por desistimiento por consentimiento mutuo;

g) por retracto;

h) por resolución total;

i) por nulidad;

j) por anulación;

k) por rescisión;

l) por toda otra causa indicada por la ley.

2. La extinción del contrato, si es definitiva, o su falta de efecto, excluye el que las partes puedan deducir pretensión alguna sobre la base del propio contrato, exceptuadas las derogaciones previstas en los

contratos plurilaterales a favor de las otras partes contratantes y para la tutela de los terceros; exceptuados además los efectos de la conversión, de la convalidación y de la ratificación, abstracción hecha de las pretensiones que se pueden hacer valer para las restituciones debidas y para la percepción de daños y perjuicios por hechos ilícitos contractuales o extracontractuales sobrevenidos durante su formación, cumplimiento o incumplimiento del mismo.

3. Las obligaciones que derivan del contrato se extinguen:

a) por su ejecución –o por oferta real o requerimiento– según las modalidades previstas en los títulos VII y VIII del presente Código, así como por el cumplimiento forzado a cargo del deudor;

b) por novación;

c) por remisión de deuda;

d) por renuncia tácita;

e) por compensación;

f) por confusión;

g) por pérdida o deterioro grave de la cosa debida, o por imposibilidad de la prestación debida que no sea imputable al deudor;

h) por cualquiera otra causa indicada por la ley.

4. La extinción de la obligación –si es definitiva– impide al acreedor deducir pretensiones en relación con ella; salvo las que tengan por fin obtener las restituciones debidas, así como percibir indemnizaciones de daños y perjuicios por hechos sobrevenidos con ocasión del cumplimiento o del incumplimiento de la misma.

5. El presente título concierne a las hipótesis que no han sido reglamentadas por otras reglas de este Código, reglas a las que se hace reenvío para los casos que no se hallan aquí previstos.

Art. 129

Hechos que entrañan prescripción y caducidad

1. La prescripción entraña exclusión del ejercicio de todo derecho que pueda derivar de un contrato.

2. La caducidad entraña exclusión para la emisión de una declaración o para el cumplimiento de un acto.

SECCIÓN 2ª**MODOS DE EXTINCIÓN DIFERENTES DEL CUMPLIMIENTO****Art. 130***Novación*

1. La novación es objetiva, cuando las partes concuerdan en la sustitución por otro contrato que sea sustancialmente diferente del contrato preexistente que no ha sido enteramente cumplido y que, de este modo, se extingue. La novación comporta, además, la extinción tanto de las garantías que sostenían el contrato originario, como de las condiciones accesorias, y, entre ellas, las facilidades de pago, si no han sido expresamente confirmadas en el acuerdo novatorio.

2. La voluntad de efectuar una novación debe ser manifestada por ambas partes de manera no equívoca, y que puede resultar igualmente del hecho de la incompatibilidad objetiva del primer contrato respecto del segundo.

3. Si los dos dichos contratos no son objetivamente incompatibles, su coexistencia debe resultar de la voluntad inequívoca de cada una de las partes.

4. En caso de duda, se estimará que sólo el contrato originario subsiste modificado.

5. La invalidez del contrato originario no influye sobre la validez del nuevo contrato, tampoco la invalidez del contrato novatorio o del segundo contrato, puede determinar un retorno de la validez del contrato originario; pero la parte que actúa de mala fe responde de los daños que sufra la otra.

6. La reproducción o la repetición del contrato o su redacción por escrito no comportan novación si no se cumplen las condiciones previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo. En caso de discordancia entre la expresión originaria y la sucesiva, prevalece, en caso de duda, esta última.

7. La novación puede referirse, con efectos análogos, a una cláusula particular del contrato o a una obligación que de ella derive.

8. A los acuerdos previstos en los párrafos 1 y 7 del presente Artículo se aplica el Artículo 36, párrafo 2, del presente Código, en relación con el montante del nuevo contrato o de la nueva obligación.

Art. 131*Remisión de deuda*

1. Una obligación nacida o que puede nacer de un contrato se extingue si el acreedor renuncia a ella de alguna de las maneras siguientes.

2. El acreedor puede declarar en términos no equívocos que renuncia a su derecho, comunicándoselo al deudor, que tiene la facultad, en un plazo apreciable, de declarar que no se quiere beneficiar de ella. La restitución voluntaria del título original del crédito que el acreedor hace al deudor, aun acto seguido del pago parcial de la suma indicada, posee el mismo valor que la susodicha declaración de renuncia del crédito. La remisión acordada al deudor principal libera también a los fiadores. La renuncia por parte del acreedor de las garantías que sostienen el crédito no hace presumir, por el contrario, la remisión de la deuda.

3. El acreedor puede renunciar a su crédito por medio de un contrato concluido con el deudor.

4. El acreedor se puede también obligar respecto del deudor a renunciar a su crédito por medio de un contrato de carácter obligatorio, al que hace seguir un acto abstracto de renuncia a tal crédito. En este caso, la nulidad del primer contrato no se transmite al acto sucesivo.

5. Las partes pueden extinguir un contrato unilateral o bilateral mediante un contrato sucesivo por el que ellas renuncien recíprocamente a todos los derechos nacidos o que puedan nacer del primero.

6. A los actos previstos en los párrafos precedentes, y aun si la remisión de deuda no posee contenido transaccional, se aplica el Artículo 36, párrafo 2, del presente Código, en relación con el montante de la deuda remitida. Si la remisión tiene lugar a título gratuito, como liberalidad, no es requerida la forma necesaria para la donación.

Art. 132

Compensación

1. Un crédito derivado de un contrato se extingue por compensación si el acreedor está obligado, a su vez, a cumplir por cualquier título que sea, una obligación frente a la otra parte. La compensación que puede ser igualmente opuesta por un fiador, se hace en las condiciones previstas en los párrafos siguientes.

2. Los dos créditos recíprocos deben coexistir en la misma fecha, siendo igualmente líquidos y exigibles; deben además tener ambos por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad, extinguiéndose por las cantidades concurrentes.

3. La compensación se produce cuando un acreedor la reclama por una declaración incondicional y sin plazos temporales, que debe ser comunicada a la otra parte o formulada en justicia antes del trámite

de contestación. Una tal declaración tiene efecto desde el momento en que es comunicada a la otra parte o desde que se le da traslado si ha sido formulada ante el juez. La contraparte puede en un plazo apreciable manifestar por una declaración su oposición en relación con lo que se prevé en los párrafos siguientes.

4. La compensación no tiene lugar, y contra quién la invoca se concede la facultad de oponerse a ella, si una de las dos deudas deriva de un acto ilícito extracontractual, o si una parte la ha objetado preventivamente con motivaciones idóneas, o si tiene por objeto la restitución de cosas depositadas o donadas en comodato, o cuando que haya habido una renuncia preventiva a la compensación, así como en los demás supuestos previstos por la ley. Para las cuentas corrientes a que se recurre en el cuadro de las relaciones comerciales se aplican los usos. Todo ello, con independencia de las disposiciones sobre los consumidores, que están en vigor en la Unión europea o en sus Estados miembros.

5. Si las dos obligaciones recíprocas deben ser cumplidas por contrato en dos lugares diferentes, se deben calcular los gastos de transporte al lugar del pago, a menos que el acreedor se oponga a la compensación, teniendo un interés plausible a que el cumplimiento tenga lugar en el lugar prevenido.

6. Si las condiciones previstas en el párrafo 2 del presente Artículo no se cumplen, el acreedor tiene solamente un derecho de retención frente a la contraparte, como lo prevé el precedente Artículo 108; y, si una de las deudas no es líquida, ni puede ser fácilmente y en poco tiempo liquidada, el juez, a petición del acreedor, puede suspender la condena a este último, respecto de la obligación que está a su cargo, hasta la verificación de la entidad del crédito que él ha opuesto en compensación. La compensación puede tener lugar por la voluntad de las partes, aun cuando no se cumplan las condiciones previstas en los párrafos precedentes.

7. A las declaraciones previstas por el presente Artículo se aplica también lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, en relación a la entidad del crédito oponible en compensación.

Art. 133

Confusión

1. El crédito que deriva de un contrato no es exigible cuando, y por todo el tiempo en que, en relación a éste, las cualidades de acreedor y deudor, se reúnen en la misma persona.

2. Si también se reúnen en la misma persona las cualidades de acreedor y de deudor solidario, el efecto previsto en el párrafo anterior, se produce para la parte del susodicho deudor solidario en favor de los otros deudores. Si en la misma persona se reúnen las cualidades de acreedor solidario y de deudor, el efecto previsto en el párrafo anterior que precede se realiza para la parte del primero. Las mismas reglas se aplican a las obligaciones indivisibles.

3. La confusión no es oponible frente a los terceros que pudieran por ella tener algún perjuicio, y, en todo caso, cuando en las reglas en vigor en la Unión europea y en los Estados miembros, queda excluida en interés de los terceros.

SECCIÓN 3ª PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 134

Prescripción

1. Si no existen prohibiciones legales, la expiración del tiempo comporta para el acreedor inerte una exclusión del ejercicio de un derecho disponible derivado de un contrato, como lo prevén las reglas siguientes.

2. El tiempo calculable para la prescripción comienza a correr a partir del momento en que el acreedor puede hacer valer su crédito, siempre que la entidad de éste sea cierta.

3. La prescripción se produce si el deudor, o uno de sus acreedores, o cualquiera que posea un interés legítimo, declara expresamente, judicial o extrajudicialmente, frente al titular del derecho, quererse prevaler de ella. A esta declaración cuando se hace extrajudicialmente se le aplica el Artículo 36, párrafo 2, del presente Código.

4. El plazo de prescripción para todo crédito que nace de un contrato es de diez años, a menos que para los diferentes tipos de contratos o para instituciones determinadas sea previsto un plazo específico. Si interviene una sentencia declarando la prescripción, el plazo de prescripción es en todo caso de diez años, aun si para el derecho reconocido está previsto en el Código un plazo diferente.

5. Las partes pueden convencionalmente reducir el plazo de prescripción de diez años indicado en el apartado 4, pero no los plazos previstos para los diferentes tipos de contrato, exceptuándose las relaciones en las que toma parte un consumidor y solamente en favor de éste. Todo otro acuerdo que tiene por fin modificar la reglamentación

legal de la prescripción es nulo. Quedando a salvo, en todo caso, las reglas comunitarias.

6. El curso de la prescripción se interrumpe si el acreedor emprende una acción judicial para hacer valer su derecho, o si formula en el mismo sentido un requerimiento extrajudicial, o si el deudor reconoce en cualquier manera su propia deuda. A partir de esta interrupción, comienza de nuevo el transcurso del tiempo.

7. El curso de la prescripción se suspende: entre esposos; entre los que se hallan sometidos a la autoridad parental; a tutela o a curatela o a otra forma de protección o de asistencia análogas, como las previstas en los diferentes sistemas, y los que las ejercen; entre aquellos cuyos bienes son administrados y los que los administran, hasta que sean rendidas cuentas y éstas sean aprobadas; en cualquier otro caso previsto por la ley. Una suspensión se puede producir, sobre la base de un acuerdo entre el acreedor y el deudor cuando han decidido emprender tratos con vistas a una amigable composición, y en este caso por toda su duración. Desde que la suspensión cesa, el curso del tiempo se reanuda, al que hay que añadir el transcurrido antes del acontecimiento suspensivo.

8. El plazo de prescripción es de diez años para todo otro derecho o acción previstos en el presente Código, a menos que sea indicado un plazo diferente para las diversas situaciones.

Art. 135

Caducidad

1. A la caducidad no se aplican ni las reglas relativas a la interrupción, ni las relativas a su suspensión, a menos que no sea dispuesto de otros modo por las reglas relativas a los diferentes tipos de contratos.

2. Los plazos de caducidad para la emisión de una declaración o para el cumplimiento de un acto, fijados para cada uno de los diferentes tipos de contrato, pueden ser modificados por acuerdo de las partes, pero en una medida tal que no rinda excesivamente difícil el ejercicio de la carga en cuestión.

Art. 136

Cálculo de los plazos

Los plazos de prescripción y de caducidad se calculan de la manera prevista en el Artículo 58 del presente Código.

TÍTULO XI
OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS
POSIBLES REMEDIOS

SECCIÓN 1ª
ANOMALÍAS

Art. 137

Inexistencia

1. No existe contrato alguno en ausencia de un hecho, o de un acto, o de una declaración, o de una situación que pueda ser exteriormente reconocida y referida a la noción social de contrato.

2. En particular, no existe ningún contrato:

a) Si la oferta, o, en su caso, la declaración destinada a valer como acto de autonomía privada, no tiene destinatario, o éste está privado de capacidad jurídica, a menos que exista un substrato de lo que podrá ser el sujeto mismo –como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción– y en la esperanza de que venga a existencia en su plenitud;

b) si la oferta, o la declaración destinada a valer como acto de autonomía privada, carecen de objeto;

c) si la aceptación –abstracción hecha de la que prevé el Artículo 16, en los párrafos 6 y 7– no corresponde a la oferta a causa del contenido equívoco de esta última;

d) si el hecho, el acto, la declaración, o la situación, aun existentes, son incompletos, al punto de no poder valer en el plano jurídico ni siquiera como esquema contractual diferente y más reducido, ni en función de la superveniencia de otros elementos que se le pudieran añadir.

3. En caso de duda, se estimará que hay nulidad y no inexistencia.

Art. 138

Situación consecuente con la inexistencia

1. La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto que pudiera derivar en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de restitución contenidas en el Artículo 160 y de la responsabilidad aquiliana de conformidad con el Artículo 161, ambos del presente Código.

2. La situación que se contempla en el Artículo 137, párrafos 1 y 2, se produce por el solo hecho de las condiciones en que se presentan. No es susceptible de ninguna regularización o correctivo, y todo interesado puede tenerla en cuenta sin que a tal efecto corra ningún plazo de prescripción, y para prevalerse de ella puede también hacerla relevante por medio de una declaración de notoriedad, que lleve las indicaciones necesarias, dirigida al que debe levantar acta de ella, y puede también demandar una constatación judicial. Pero ninguna acción puede ser interpuesta antes que hayan pasado seis (o tres) meses de la recepción de la susodicha declaración, a fin de dar la posibilidad a las partes de definir la cuestión en el plano extrajudicial. Sin perjuicio de que, en caso de urgencia, se puedan pedir las medidas contenidas en el Artículo 172.

Art. 139

Tachaduras

Las disposiciones que figuran en el Artículo 138, párrafos 1 y 2, se aplican igualmente cuando una regla dispone que una cláusula o una expresión del contrato son reputadas como no escritas.

Art. 140

Nulidad

1. A menos que la ley disponga otra cosa, el contrato es nulo:

a) cuando resulte contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una regla imperativa establecida para la protección del interés general o para la salvaguarda de situaciones de importancia social primaria;

b) cuando es contrario a cualquiera otra norma imperativa que sea aplicable;

c) cuando le falte uno de los elementos esenciales indicados en el Artículo 5, párrafos 3 y 4;

d) en los otros casos indicados en el presente Código, en las leyes pertinentes de la Unión europea y en las de sus Estados miembros, que le sean asimismo aplicables;

e) en todas las hipótesis en que, en este Código o en una ley aplicable, se disponga que un elemento es requerido bajo pena de nulidad o para que el acto sea válido, o que existan expresiones equivalentes.

2. El párrafo 1 del presente Artículo se aplica también a la cláusula de un contrato que puede ser tenido por válido en su parte restante, conforme al Artículo 144.

3. En el supuesto de un conflicto entre las reglas de la Unión europea y las de los Estados miembros, serán estas últimas las que prevalezcan cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los preceptos constitucionales fundamentales en vigor en cada uno de los Estados y en relación con los principios de igualdad, solidaridad social y tutela de la persona humana.

4. En presencia de una prohibición de orden penal hay nulidad si la prohibición concierne al contrato en cuanto tal, es decir si penaliza, en el lugar de su comisión, el comportamiento de las dos partes. El contrato cuya celebración está prohibida, si para concluirle, precisa una autorización específica de parte de un órgano público, cuando no ha sido previamente concedida, es por tanto nulo.

5. Si el cumplimiento de un contrato válido viene insertado en una actividad ilícita, el contrato no es considerado nulo para el contratante que no participa en el ilícito. El tiene, por tanto, la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y puede poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, de incumplimiento inexacto o de retraso.

6. Salvo lo que prevé el Artículo 137, párrafo 2, letra d), el contrato al que falta uno u otro de los elementos requeridos no es nulo para el caso en que la ley permita el mecanismo de la formación sucesiva del acto y cuando los elementos ya existentes son jurídicamente idóneos en función de la sobreveniencia de otros que determinen su carácter suficiente.

Art. 141

Efectos de la nulidad

1. Excepción hecha de lo que está previsto en los artículos sucesivos, la nulidad determina la ausencia, desde su origen, de cualquier efecto que sea en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de restitución contenidas en el Artículo 160 y de la eventual responsabilidad aquiliana también en virtud del Artículo 161.

2. La nulidad se produce por el simple hecho de que concurren las condiciones requeridas para ello, pero la parte que pretenda hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a partir de la conclusión del contrato, ponerla de relieve mediante una declaración dirigida a la contraparte, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en

los artículos 21 y 36, párrafo 2. Puede también, antes de que transcurra el citado plazo de prescripción instar una declaración judicial a este propósito; pero la acción no puede ser interpuesta antes de que hayan transcurrido seis (o tres) meses desde la recepción de la susodicha declaración, a fin de permitir a las partes definir la cuestión en el plano extrajudicial. Si el contrato no ha sido todavía cumplido, la excepción de nulidad prescribe en el momento en que prescriba la acción encaminada a demandar el cumplimiento del contrato mismo.

3. Queda a salvo la facultad de solicitar al juez, en caso de urgencia, las medidas contenidas en el Artículo 172.

Art. 142

Caducidad

1. Cuando llega a faltar un elemento esencial para la validez del contrato por la superveniencia de un acontecimiento posterior a su formación e independientemente de la voluntad de las partes, la nulidad que se produce no tiene efecto retroactivo.

2. Salvo lo que está previsto en el párrafo anterior, las disposiciones concernientes a la nulidad se aplican a la caducidad.

Art. 143

Confirmación del contrato nulo

1. Los contratos que sean nulos por los motivos indicados en el Artículo 140, párrafo 1, letra a), no son susceptibles de confirmación, ni de que les sea aplicable la nulidad parcial y la conversión así como cualquier otro remedio.

2. Los contratos que sean nulos por un motivo diferente de aquellos que hace referencia el párrafo anterior, son susceptibles de confirmación. Esta, tiene lugar, mediante un acto llevado a cabo por las propias partes por el que reproducen el contrato nulo, eliminando el motivo de la nulidad, obligándose a proveer a las restituciones que sean debidas y, además, a efectuar recíprocamente las prestaciones correspondientes, tal y como estas habrían debido ser, si el contrato hubiera sido válido desde el comienzo. A dicho acto se aplica el Artículo 36, párrafo 2.

3. Para llevar a cabo en tal modo la confirmación las partes pueden proceder como lo disponen los artículos 12 y siguientes del presente Código.

4. Las disposiciones del presente Artículo serán aplicables también, en el caso de la simple cláusula de un contrato que puede ser

considerado válido en el resto, sobre la base de lo que dispone el Artículo siguiente.

Art. 144

Nulidad parcial

1. Salvo lo dispuesto en el art. 143, párrafo primero, si la nulidad alcanza únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste permanece válido en la parte restante, siempre que esta última, posea por sí misma, consistencia y validez autónomas y realice de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. En los contratos complejos o con más de dos partes, si la nulidad alcanza a un solo contrato o a una sola de las partes implicadas, el principio contenido en el párrafo anterior es aplicable si, el contrato nulo, o, respectivamente, la vinculación de una sola de las partes, no revisten un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto.

3. La regla contenida en el párrafo primero del presente artículo, no se aplica si, del acto o de sus circunstancias, resulta una voluntad diferente de las partes.

4. La nulidad parcial se produce por el solo hecho de que concurren las condiciones para ello requeridas; pero la parte que desee hacerla valer, debe, antes de que termine el plazo de prescripción de tres años, que empieza a correr desde la fecha de conclusión del contrato, dirigir a la contraparte una declaración a tal efecto, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36, párrafo 2. Puede, además, antes de que transcurra el mismo plazo de prescripción, instar una declaración judicial; pero no podrá ser emprendida acción alguna antes de que hayan pasado seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de dar la posibilidad a las partes de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo, la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el art. 172.

5. La nulidad parcial no se produce si la cláusula o parte nula viene sustituida por una cláusula o una parte diferente, por efecto de una regla imperativa o en virtud de la regla de la conversión contenida en el Artículo 145.

Art. 145

Conversión del contrato nulo

1. Con independencia de lo que dispone el Artículo 40, párrafo 2, y el Artículo 143, párrafo 1, el contrato nulo produce los efectos de un

contrato diferente y válido, si contiene sus elementos de fondo y de forma, de modo que permita realizar de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. La regla contenida en el párrafo anterior se aplica igualmente a una simple cláusula de un contrato.

3. La conversión no tiene lugar cuando del contrato o de sus circunstancias resulta una voluntad diferente de las partes,

4. La conversión se produce por el simple hecho de que concurran las condiciones para ello requeridas; pero la parte que intente hacerla valer, dentro del plazo de prescripción de tres años, que empieza a contarse desde la fecha de conclusión del contrato, debe dirigir a la contraparte una declaración a este efecto, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36, párrafo 2. Puede, además, antes de que transcurra el mismo plazo de prescripción, instar una constatación judicial; pero no podrá ser interpuesta acción alguna antes de que transcurran seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de que las partes puedan tener la posibilidad de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172.

5. Las reglas del presente Artículo se aplican también al contrato anulado. Por lo que concierne al contrato ineficaz se reenvía a lo que dispone el Artículo 153, párrafo 3.

Art. 146

Anulabilidad

1. La anulabilidad tiene lugar en los casos indicados en el párrafo siguiente y puede hacerse valer únicamente por la parte a la que la ley otorga una tal facultad.

2. El contrato es anulable:

a) en el caso de incapacidad de una de las partes, como lo prevé el Artículo 150;

b) cuando media un vicio del consentimiento, como lo prevén los artículos 151 y 152.

c) en los supuestos contenidos en los artículos 67 y 68;

d) en cualquier otro caso expresamente previsto por la ley.

3. El presente Artículo es aplicable también a la simple cláusula de un contrato o a la vinculación de una de las partes a un contrato pluri-

lateral, cuando la una y la otra posean, por sí mismas, una consistencia y una relevancia jurídica autónomas con relación al negocio en su conjunto.

Art. 147

Efectos de la anulación

1. La anulación invalida el contrato con efecto retroactivo, es decir a partir de su conclusión, y las dos partes vienen obligadas a proceder a las restituciones recíprocas correspondientes como lo prevé el Artículo 160.

2. La disposición establecida en el párrafo precedente no será aplicable si la restitución llega a ser imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe efectuarla. En este caso, la anulación invalida el contrato a partir del momento en que tiene lugar la declaración prevista en el Artículo 148, aplicándose la regla contenida en el Artículo 160, párrafo 4.

3. La anulación del contrato determina –a cargo del que por su comportamiento lo haya provocado, en el sentido del Artículo 162– la obligación de reparación del perjuicio sufrido por la otra parte, en la medida indicada en el Artículo 6, párrafo 4.

Art. 148

Modalidades y plazos de anulación

1. Para proceder a la anulación del contrato la parte para ello legitimada, o si es incapaz, su representante legal, deben dirigir a la contraparte una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

2. Ninguna acción puede ser interpuesta antes de que transcurran seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de que las partes tengan la posibilidad de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172.

3. La parte que no está en condiciones de efectuar la restitución como lo prevé el Artículo 147, párrafos 1 y 2, no puede proceder a la anulación, dejando a salvo los límites previstos por el Artículo 150, párrafo 4, a favor de los incapaces.

4. La contraparte, o todo interesado, puede intimar al legitimado –o si este último es incapaz, a su representante legal– a declarar en un plazo no inferior a sesenta días, si cuentan proceder o no a la anula-

ción del contrato. Una vez que ha transcurrido en vano este plazo, se entiende a todos los efectos que el legitimado o su representante legal, han renunciado a hacerlo. A la susodicha interpelación se aplican las disposiciones precedentes, contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

5. La anulación del contrato está sometida al plazo de prescripción de tres años. Este período corre a partir del día en que ha cesado la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se ha descubierto el error y, en los otros casos, a contar del día de la conclusión del contrato. Pero la declaración de anulación, conforme al párrafo 1 del presente artículo, puede ser emitida y opuesta como excepción de cumplimiento del contrato por quién resulte demandado, aun después de transcurrido el plazo de tres años.

Art. 149

Mantenimiento y confirmación del contrato anulable

1. La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado para ello en la declaración de la parte que proceda a instarla (o, si no ha sido precisado plazo, en un término razonable), la contraparte se compromete al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades, respecto de las que dicha parte entendía haber concluido el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes, aptas para asegurar un resultado sustancialmente análogo, o que sea aceptable por la parte interesada.

2. El contrato anulable puede ser confirmado, permaneciendo entonces en vigor a todos los efectos, si el contratante cualificado para instar la anulación o su representante legal, declaran, observando la disposición contenida en el Artículo 36, párrafo 2, renunciar a la anulación o cumplen voluntariamente el contrato mismo. La confirmación supone que el susodicho contratante, o si es incapaz, su representante legal, se encuentran en condiciones de concluir un contrato válido y sean, además, plenamente conscientes de los motivos de la anulabilidad.

Art. 150

Contrato concluido por un incapaz

1. En los supuestos previstos en el Artículo 5, párrafo 2, el contrato concluido por:

a) un menor no emancipado;

b) una persona declarada legalmente incapaz sin que en la estipulación intervenga la persona que deba representarle o asistirle legalmente;

c) una persona que, aun a título transitorio, no se halla en condiciones de entender o de querer:

d) una persona cuyas facultades físicas son alteradas hasta el punto de no poderle permitir expresar su voluntad, como el sordomudo que no sabe leer y escribir; es anulable como lo prevén los artículos 146 y siguientes, a menos que del contrato en cuestión no deriven más que ventajas para el incapaz.

2. El contrato no es anulable si el menor ha ocultado por engaño su edad o si la contraparte era de buena fe, porque las condiciones de enfermedad mental del incapaz no eran descubribles, o su estado declarado de incapacidad no era fácilmente identificable.

3. El contrato concluido por un incapaz no es además anulable, en la hipótesis prevista por el Artículo 5, párrafo 1, si ha obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional, y si se trata de uno de los actos usuales en su vida cotidiana que comportan un gasto modesto y son efectuados con empleo de dinero o de medios provenientes de actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien por haber sido puestos legalmente a su disposición a fin de que pueda disponer libremente.

4. Una vez anulado el contrato, el incapaz viene obligado a la restitución de lo que haya recibido, conforme al Artículo 160, párrafo 8, en los límites en que haya obtenido una ventaja efectiva.

5. Los terceros que han garantizado el contrato estipulado por un incapaz responden del contrato en cuestión frente a la contraparte, aun si el contrato ha sido anulado, estando preservado su derecho de reintegro, si ha lugar, sobre el incapaz o sobre su representante legal.

Art. 151

Contrato viciado por error

1. El error unilateral hace anulable el contrato si intervienen las condiciones siguientes:

a) si es relativo a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia reviste tanta importancia que es determinante del consentimiento;

b) si es además provocado por una declaración engañosa o por una actitud reticente, injustificada, de la contraparte, o aun cuando ésta úl-

tima se da cuenta del error y de su importancia determinante o habría debido darse cuenta utilizando una normal diligencia.

2. Si la declaración engañosa proviene de un tercero, el contrato es anulable cuando el engaño era conocido por la contraparte que él ha obtenido una ventaja.

3. Si las condiciones contenidas en el párrafo 1 no intervienen, el error que no depende de una negligencia grave de la parte que es víctima de ella permite a ésta proceder a la anulación del contrato, únicamente, cuando se ponga de manifiesto que para ella queda totalmente privado de interés e indemnice a la contraparte del perjuicio que ella ha sufrido por haber creído en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato.

4. Si existen las condiciones contenidas en el párrafo 1, letra b), del presente artículo, el error no hace anulable el contrato sino que permite a la parte que ha sido víctima del mismo pretender una rectificación de la entidad de la prestación que le es debida o la reparación del perjuicio, cuando:

a) se trata de un error de cálculo, a menos que éste sea de una entidad tal que deba considerarse como determinante del consentimiento;

b) el error recae sobre un elemento secundario o no ha tenido un efecto determinante del consentimiento, es decir, cuando el contrato en cuestión hubiera sido en todo caso concluido, pero con condiciones diferentes.

5. La parte que hace valer el error no puede proceder a la anulación del contrato si ello se revela contrario a la buena fe; y cuando, a pesar de ello, persiste en su pretensión después de la réplica motivada de la contraparte, puede ser condenada, una vez evaluadas las circunstancias, a entregar a la contraparte una indemnización equitativa.

6. Las disposiciones contenidas en los párrafos precedentes se aplican, aun si el error tiene lugar sobre la declaración o cuando ella es transmitida de manera inexacta a la contraparte, por la propia persona o por la oficina que se encargue de ello.

7. El error común, concerniente a las circunstancias determinantes, aun cuando no sean expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han acompañado la conclusión del contrato o relativo a la imposibilidad objetiva de su cumplimiento, o la previsión errónea concerniente a la realización de un acontecimiento, aun no expresamente declarado pero que en la economía del contrato reviste

una importancia determinante, rinden anulable el contrato en cuestión por iniciativa de cualquiera de ellas.

Art. 152

Contrato viciado por violencia moral

1. Con independencia de lo que se halla previsto en el Artículo 30, párrafo 1, el contrato es anulable si ha sido concluido bajo el efecto determinante de intimidaciones o de amenazas graves, en la medida de impresionar con ellas a toda persona normal, cuando hayan sido dirigidas a la parte, o a sus próximos, por la contraparte o aun por un tercero, pero, en este último caso, únicamente cuando la contraparte ha sido consciente de la actuación del tercero y obtenido por ello una ventaja.

2. La amenaza de hacer valer un derecho podrá ser causa de anulación del contrato únicamente cuando ella sirve para conceder ventajas injustas.

3. Salvo lo que se prevé en el Artículo 156, el miedo reverencial hace anulable el contrato únicamente cuando resulta de la circunstancia, según la cual, el que lo ha causado, era consciente de la influencia determinante que podía tener sobre la otra parte, y que, además, obtenga de ello ventajas injustas.

Art. 153

Ineficacia

1. Un contrato válidamente concluido será ineficaz- es decir no producirá temporal o definitivamente los efectos jurídicos para los cuales ha sido concertado -o por voluntad de las partes, o por decisión de la ley, como lo prevén los párrafos siguientes.

2. Es ineficaz por voluntad de las partes:

a) el contrato simulado, conforme al Artículo 155, salvo lo que está allí previsto;

b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a plazo inicial o final, como lo prevén los artículos 49 y siguientes;

c) el contrato en el que, para su eficacia, las partes han convenido como necesaria la autorización de un órgano público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición preliminar parecida, antes de que ellas intervengan.

3. El contrato ineficaz por voluntad de las partes, adquiere una eficacia inmediata mediante revocación consensual del acuerdo de si-

mulación o del relativo a la condición, al plazo, o a las condiciones preliminares que figuran en la letra c) del párrafo precedente.

4. Es ineficaz por disposición de la ley, con independencia de lo que disponen los párrafos 1, 4 y 6 del Artículo 140:

a) el contrato que ha sido concluido o la declaración que ha sido emitida de buena fe sin que haya conciencia de llevar a cabo un acto destinado a tener efectos jurídicos;

b) el contrato por el cual la ley prevé como condición de eficacia, y por tanto no bajo pena de nulidad, la entrega de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular, o una semejante condición preliminar, antes de que intervengan las citadas autorizaciones, aprobaciones o condición preliminar;

c) el contrato en los casos en que, en el presente Código o en las leyes comunitarias o en las de los Estados miembros de la Unión europea, se precise que queda sin efecto o que no tiene efecto o que así resulte de expresiones que posean una significación análoga.

5. El contrato que se revela definitivamente ineficaz en virtud de lo dispuesto en las letras b) y c) del párrafo cuarto de este Artículo es susceptible de confirmación, de eficacia parcial, y de conversión como lo prevén respectivamente los artículos 143, 144 y 145.

6. La ineficacia se produce por el solo hecho de que se hallen presentes las condiciones que dan lugar a ella; pero en los casos que figuran en las letras a) y c) del párrafo 4 del presente artículo, todo interesado que la quiera hacer valer debe dirigir, a quién corresponda recibir el requerimiento, una declaración conteniendo las indicaciones necesarias, antes que transcurra el plazo de prescripción de tres años; y puede igualmente, dentro del mismo tiempo, demandar una constatación judicial al respecto. Pero antes de que hayan pasado seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, no puede interponer acción alguna, a fin de que las partes tengan la posibilidad de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172.

Art. 154

Inoponibilidad

1. Son inoponibles a los terceros o únicamente a ciertos terceros:

a) el contrato disimulado que figura en el Artículo 155 en relación con lo que aquí se dispone;

b) dejando aparte lo que prevé el Artículo 140, párrafo 1, letra a), el contrato concertado en violación de una disposición dirigida a proteger personas determinadas o sin la observación de las prescripciones de forma o de publicidad dispuestas a favor de terceros;

c) el contrato concluido conscientemente entre las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en éste caso el acreedor puede con efecto retroactivo hacerle inoponible por medio de una declaración, enviada a las dos partes, antes del plazo de prescripción de tres años;

d) las situaciones y las relaciones de hecho que encubren contratos nulos o llevadas a cabo para darles curso;

e) El contrato y el acto en relación con los que en el presente Código –o en las reglas comunitarias o de los Estados miembros de la Unión europea que sean aplicables– se precise que son inoponibles a los terceros o a personas determinadas o que así resulten serlo de expresiones análogas.

2. La inoponibilidad se produce por el solo hecho de que concurren las condiciones para ello requeridas; pero todo interesado en sacar provecho de ella debe enviar una declaración, que contenga las indicaciones necesarias, a quién deba ser requerido, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; pudiendo también antes de su expiración demandar una constatación judicial a tal efecto. Pero antes de que hayan transcurrido seis (o tres) meses a contar de la recepción de susodicha declaración, no puede ser interpuesta acción alguna, a fin de dar a las partes la posibilidad de solventar la cuestión de modo extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172.

Art. 155

Simulación y reserva mental

1. Dejando a salvo toda disposición comunitaria o en vigor en los Estados miembros de la Unión europea que sea aplicable, cuando las partes llevan a cabo un contrato simulado, es decir solamente en apariencia, éste es ineficaz; y si ellas mismas entienden además concluir un contrato diferente, disimulado, este último es el que tiene efecto, siempre que venga dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y que la simulación no se haya efectuado en fraude de un acreedor o de la ley; en este caso, serán nulos los dos, tanto el contrato simulado como el disimulado.

2. El tercero, aparte de su facultad de alegar la inoponibilidad del contrato disimulado, puede igualmente declarar que quiere hacerlo

valer en su provecho, conforme a sus intereses lícitos; no poniéndose ningún límite a la prueba que sea formulable para los citados fines.

3. Las partes contratantes, para hacer valer el contrato disimulado, después de haber emitido a tal efecto una declaración apropiada, conteniendo las indicaciones necesarias y a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2, no pueden recíprocamente prevalerse de la prueba testifical, sino únicamente de la prueba documental. La prueba testifical no es admisible más que para llegar a establecer que el contrato documentado es ilícito o de toda manera nulo.

4. Cuando una parte emite una declaración no conforme a su voluntad dirigiéndose a otro, la declaración en cuestión vincula, a pesar de todo, en el sentido que el destinatario la pueda interpretar de buena fe, a menos que este último sea consciente de la reserva mental; en éste caso, la declaración produce para el destinatario y los terceros los mismos efectos que los de un acto simulado, conforme a los párrafos precedentes.

SECCIÓN 2^a REMEDIOS

Art. 156

Rescisión por lesión

1. Aparte de lo que se halla previsto para la usura por las reglas comunitarias o en vigor en los Estados miembros de la Unión europea que sean aplicables, en la hipótesis prevista en el Artículo 30, párrafo 3, la parte que desee proceder a la rescisión del contrato debe dirigir a la contraparte una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

2. Pero no podrá ser emprendida ninguna acción hasta que transcurran seis (tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de que las partes tengan la posibilidad solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172.

3. La contraparte o todo interesado pueden intimar a la persona legitimada –o cuando este último es incapaz, a su representante legal– para que declare en un plazo no inferior a sesenta días si ellos cuentan o no con hacer valer la rescisión del contrato. Una vez que ha transcurrido en vano este plazo, se entiende a todos los efectos que el

sujeto cualificado o su representante legal han renunciado a ello. A la citada intimación se aplican las reglas contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

4. La rescisión del contrato se sujeta al plazo de prescripción de un año a contar de la fecha de la conclusión del mismo. Dicho plazo se aplica también a la excepción de rescindibilidad.

5. La intención o en todo caso la conciencia en una de las partes de abusar de la situación de inferioridad o de inexperiencia de la contraparte pueden resultar de las circunstancias; pero deben ser excluidas en los contratos aleatorios y cuando la propia contraparte ha manifestado la voluntad de entregar una suma elevada en razón de una afectación particular respecto del objeto del contrato, o bien cuando, de las relaciones entre las partes, pueda deducirse que han querido concluir un contrato mixto, a título tanto oneroso como lucrativo.

6. El contrato rescindible no es objeto de confirmación, pero la rescisión no tiene lugar si su contenido es conforme a la equidad sobre la base del acuerdo de las partes o, a instancia de una de ellas, por decisión judicial.

Art. 157

Nueva negociación del contrato

1. Cuando se producen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el Artículo 97, párrafo primero, la parte que pretende hacer valer la facultad, prevista por dicha regla, debe dirigir a la contraparte una declaración conteniendo las indicaciones necesarias y precisar, además –bajo pena de nulidad de la petición– las diferentes condiciones que propone para mantener en vida el contrato en cuestión. A ésta declaración se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, letra 2.

2. Pero no se podrá interponer acción alguna, antes de que transcurran seis (o tres) meses, a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de dar a las partes la posibilidad de solventar la cuestión por medios extrajudiciales, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172.

3. Cuando tiene lugar el caso previsto en el párrafo primero, la contraparte puede dirigirse a la parte cualificada para ejercer la facultad que aquí se prevé, para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no demandar la renegociación del contrato. Si este plazo transcurre inútilmente, se considera a todos los efectos que la persona en cuestión ha renunciado a ello. A la citada intima-

ción se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

4. Si antes del plazo a que se refiere el párrafo segundo del presente artículo, las partes no llegan a un acuerdo, la persona legitimada tiene el deber, en los sesenta días siguientes, bajo pena de caducidad, de plantear su petición ante el juez, según las reglas de procedimiento aplicables en el lugar donde el contrato deba ser cumplido.

5. El juez, después de haber valorado las circunstancias y habida cuenta los intereses y las peticiones de las partes, puede, disponiendo eventualmente la práctica de un dictamen pericial, modificar o dejar sin efecto el contrato en su conjunto o en la parte incumplida, y, si ha lugar, y cuando ello le ha sido solicitado, ordenar las restituciones y condenar a la reparación del daño.

Art. 158

Confirmación o negación judicial de la resolución

1. Las declaraciones a que se refiere el Artículo 114, párrafos 1 y 2, pueden ser dirigidas a la contraparte también por intermedio de una demanda judicial, en la que pueden ser reclamadas asimismo las restituciones y los daños y perjuicios.

2. Aparte del supuesto a que se refiere el párrafo anterior, ninguna acción podrá ser interpuesta antes de que hayan transcurrido seis (o tres) meses a contar de la recepción de las declaraciones indicadas en el Artículo 114, párrafos 1 y 2, a fin de que las partes puedan disponer de un medio para componer de manera extrajudicial la controversia. Queda a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172.

3. Cuando el derecho de proceder a la resolución del contrato es sometido a examen del juez, éste puede ejercer los poderes de apreciación y de decisión que están previstos en los Artículo 93 y siguientes. En particular el juez:

a) puede confirmar, sin más, la resolución advenida, conforme a la declaración del acreedor, y además condenar a las restituciones y a los daños y perjuicios, como lo prevén los artículos 162 y siguientes;

b) puede negar la resolución del contrato, si no se presentan en el mismo las condiciones requeridas para ello, sobre la base de lo dispuesto en el título VIII, declarando, si tal es el caso, que el deudor puede proceder a su cumplimiento y que el acreedor debe aceptarlo;

c) puede conceder al deudor, conforme a las reglas indicadas más arriba, una prórroga del plazo de cumplimiento, o un fraccionamiento

del mismo, o la posibilidad de eliminar en un plazo razonable los defectos de la cosa entregada, o de demoler y de volver a poner, en el estado en que estaba, lo que ha hecho y que no había debido hacer, o de entregar una cosa o de efectuar una prestación diferente, o de reemplazar las cosas o los materiales empleados, o de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, o de enviar técnicos que aseguren el funcionamiento de la cosa entregada, o de acordar al deudor otros beneficios, así como efectuar las valoraciones previstas por las reglas más arriba indicadas; declarar que el contrato es considerado como sin efecto, si el deudor no se prevale, antes del término que le ha sido fijado, de los citados beneficios o se prevale de ellos de una manera inadecuada, quedando a salvo, en todos los supuestos aludidos, la condena a la reparación del perjuicio;

d) además, según la evaluación de todas las circunstancias, habida cuenta las causas de incumplimiento y los intereses de las partes, haciendo aplicación del principio de la buena fe, puede declarar la resolución únicamente de manera parcial o precisando que el deudor no viene obligado a ninguna indemnización, o condenar al deudor a la reparación de daños sin declarar que el contrato queda sin efecto en interés del acreedor.

Art. 159

Desistimiento efectuado por un consumidor

1. En el caso previsto por el Artículo 9, el consumidor insatisfecho o que ha cambiado de idea tiene el derecho de desistir del contrato o de su oferta contractual, enviando a la contraparte, o con el mismo efecto a la persona que ha concluido la negociación, una declaración escrita en la que se puede limitar a expresar su intención de desistir del contrato o de su oferta.

2. La citada declaración, a la que se aplica el Artículo 21, debe ser enviada según las modalidades y, además, en los plazos previstos por las disposiciones comunitarias, en relación con el hecho de que el consumidor haya sido o no haya sido plenamente informado de su derecho a desistir. Estos plazos corren a partir de las fechas indicadas por las disposiciones en cuestión.

3. En el momento en que la declaración que figura en el párrafo primero de éste Artículo es conocida o es reputada conocida por su destinatario, las partes quedan liberadas de sus obligaciones respectivas, con excepción de lo que se prevé en el párrafo 4 del presente artículo, quedando a salvo el derecho del consumidor a ser indemnizado del perjuicio que la cosa entregada le ha procurado sobre la base de lo que dispone el Artículo 162. Esta disposición no impide ninguna otra, de las disposiciones comunitarias, ni de las que se hallen en vigor, en los Estados miembros de la Unión europea, que infligen sanciones

específicas a cargo del comerciante que no haya, plena y exactamente, informado al consumidor de su derecho de desistimiento.

4. El consumidor debe restituir a la contraparte las cosas que le hayan sido entregadas, en cumplimiento del contrato del que ha desistido, como lo disponen las citadas disposiciones comunitarias. Asimismo, la contraparte, en los plazos y en las modalidades previstas, por aquellas últimas, debe restituir al consumidor las sumas que hayan sido pagadas por éste.

5. El consumidor no puede renunciar a su derecho a desistir del contrato o de su oferta contractual, y todo pacto contrario a las disposiciones que figuran en el presente Artículo y en el Artículo 9 es nulo, conforme al art. 140, párrafo 1, letra a).

Art. 160

Restitución

1. Salvo lo previsto en el párrafo 9, las partes a cuyo favor han sido efectuadas las prestaciones en relación con un contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz, rescindido, resuelto, o del que se haya desistido, quedan obligadas a restituirse recíprocamente lo que ellas hayan recibido, como lo prevé el presente artículo; y cada una de ellas puede rechazar el hacerlo en tanto que la contraparte no se halle dispuesta a ello o no se ofrezca a hacerlo.

2. La demanda de restitución debe ser efectuada por envío, a la contraparte cualificada para ello o legitimada, de una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2; pero antes de que transcurran seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, no puede ser interpuesta acción alguna, con el fin de que las partes tengan la posibilidad de solventar la cuestión por medios extrajudiciales, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el art. 172.

3. La restitución se debe efectuar en principio en forma específica, a menos que sea material o jurídicamente imposible o excesivamente onerosa para el que deba proceder a ello, habida cuenta el interés de la contraparte, o si no es ventajosa para ella visto el estado de conservación de la cosa a restituir. Cuando se produzcan semejantes situaciones, la restitución debe ser efectuada por entrega a la contraparte de una suma de dinero razonablemente equivalente; suma de dinero que, a falta de acuerdo entre las partes, es determinada en su cuantía por el juez como deuda de valor, haciéndose valer la posibilidad de proceder a un cálculo equitativo, compensatorio de las restituciones recíprocamente debidas por las dos partes.

4. En cualquier caso, aun si la restitución en forma específica es posible, la posibilidad de elegir entre ella y una suma de dinero, determinada conforme a lo que dispone el párrafo anterior, pertenece a quién tiene el derecho de obtenerla a menos que ésta opción sea contraria a la buena fe.

5. Cuando se trata de restituir una suma de dinero, se deberán agregar los intereses, y, si ha lugar, una suma suplementaria por revalorización: y ésta a contar desde día en que la prestación en dinero fue en su tiempo efectuada, si el que la ha recibido era de mala fe, y, al contrario, a partir del que la restitución ha sido reclamada, si era de buena fe. Si se trata de restituir una cosa, una suma de dinero también será debida por su empleo o por su depreciación –a cuyo importe hay que agregar los intereses y, si ha lugar, la revalorización– suma que, en ausencia de acuerdo por las partes, es determinada por el juez.

6. Los intereses son debidos según lo dispone el Artículo 169, párrafo 3. El cálculo de revalorización debe ser efectuado como lo prevé el Artículo 169, párrafo 4.

7. Si la prestación efectuada en tiempo consistía en una actividad lícita, efectuada en ventaja de la contraparte, la que la ha realizado tiene derecho a una remuneración equitativa que, a falta de acuerdo entre las partes, es determinada por el juez, quedando a salvo la posibilidad de proceder a un cálculo compensatorio, como lo prevé el párrafo tercero *in fine* de este artículo.

8. El incapaz está obligado a restituir lo que le ha sido prestado en los límites prevenidos en el Artículo 150, párrafo 4.

9. No tienen derecho a obtener las restituciones que figuran en este artículo, los sujetos que han efectuado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyan delitos, comportando consecuencias penales o que estén en contraste con las buenas costumbres o con el orden público, y no así, al contrario, con el orden público económico, y además la parte que ha efectuado una prestación para un fin que, aun solamente para ella, presenta los citados caracteres. Esta regla no se aplica a las prestaciones efectuadas por un incapaz, por el que ha ignorado cometer un acto inmoral o que presente los citados caracteres o cuando haya actuado por coacción. Quedando a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión europea, que disponen para casos semejantes la confiscación de las citadas prestaciones

Art. 161

Protección de los terceros

1. En todas los supuestos de inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión, resolución y desistimiento, cada parte

es responsable de los daños que, a causa de su comportamiento, sufran los terceros por haber de buena fe contado con la apariencia del contrato así creado, si el acto en cuestión es nulo o ha tenido un efecto diferente de la nulidad.

2. La reparación del daño viene regulada por las disposiciones que figuran en los artículos 162 y siguientes, en la medida en que ellas sean compatibles.

Art. 162

Condiciones de la responsabilidad contractual

1. En caso de incumplimiento, de incumplimiento inexacto o de retraso, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deben ser considerados que constituyen su consecuencia. Quedando a salvo lo que prevé el párrafo 3 de éste artículo, el deudor queda liberado de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o el retraso, no son atribuibles a su conducta, sino producidos como consecuencia de una causa (extraña) imprevisible e irresistible.

2. El principio anterior, que figura en el párrafo 1 que precede, se aplica a cualquier otro hecho o situación considerados fuente de responsabilidad por daños en las reglas del presente Código.

3. En los casos previstos por el Artículo 75, párrafo 3, el deudor queda liberado de la responsabilidad por daños si demuestra haber adoptado la diligencia requerida en la situación específica, como se indica en la citada disposición, y si suministra las pruebas exigidas en el Artículo 94, párrafo 3. Si el deudor de una prestación profesional ha obrado al cumplirla, con el consentimiento del que ha sufrido el perjuicio, o de los que se son próximos, o del que está encargado de su representación o asistencia legal, estando debidamente informados, en un terreno en el que la experiencia científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados, responde solamente si se comporta con culpa grave.

4. La reparación que debe el deudor, a menos que haya obrado con dolo o culpa, queda limitada al daño del que –sobre la base del texto del contrato, de las circunstancias, de la buena fe y de los usos– se deba razonablemente considerar que él ha implícitamente asumido, en tanto que persona normalmente avisada, al momento de la estipulación del contrato, la obligación de responder.

5. A falta de un acuerdo diferente, el deudor es responsable conforme al párrafo 1 de este artículo, aun cuando ha recurrido, para el

cumplimiento del contrato, a auxiliares o a terceros, quedando a salvo su derecho de repetir, si ha lugar, sobre estos últimos.

6. Salvo pacto en contrario, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de retraso, relativos a un contrato en el que existan muchos deudores, se aplica para la reparación del daño alcanzado la regulación prevista en el Artículo 88.

7. La existencia del daño debe ser probada y la entidad del mismo verificada, o bien debe ser cuantificable como lo prevé el Artículo 168, párrafo 1.

Art. 163

Daño patrimonial reparable

1. El daño patrimonial reparable comprende:

a) tanto la pérdida sufrida,

b) como la ganancia dejada de obtener, o que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas, habida cuenta las circunstancias particulares y las medidas que ha adoptado. Forma parte de la ganancia dejada de obtener, la pérdida de una probabilidad de ganancia que se pueda considerar, con certeza razonable, que se hubiera producido y que debe ser evaluada con referencia al momento del incumplimiento del contrato.

2. El daño patrimonial reflejo, sufrido por el que posee un derecho de crédito frente a la víctima del daño, no es reparable más que en caso de fallecimiento o de lesiones graves cuando hayan alcanzado a este último.

Art. 164

Daño moral reparable

1. El daño moral es reparable:

a) en caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocada por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, incluso en el caso de una persona jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto;

b) en caso de dolores físicos como condición de sufrimiento corporal, aun si no va acompañado de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales;

c) en los atentados contra la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables.

2. El daño moral reflejo no es reparable más que si ha sido sufrido por los más próximos parientes o el cónyuge del difunto.

Art. 165

Daño futuro y eventual

1. El daño futuro es reparable y calculable como lo prevé el Artículo 168, párrafo I, si existe la certeza razonable de que el incumplimiento o el retraso no han agotado su eficacia causal, a menos que la parte víctima del daño se reserve exigir su reparación, también de manera separada, después que se haya producido.

2. El daño eventual, que se teme pueda verosímelmente producirse en el futuro, no da lugar a reparación antes de que se haya producido, pero el juez puede adoptar medidas conservatorias como lo prevé el Artículo 172.

Art. 166

Función y modalidades de la reparación

1. Salvo las flexibilizaciones aportadas por las disposiciones sucesivas, la reparación debe cumplir en general su función específica tratando de eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, del incumplimiento inexacto, del retraso, o de otras situaciones, en relación con las que, según las reglas del presente Código, la reparación es debida; y debiendo producirse, en general, creando ese estado de hecho que existiría si las citadas situaciones no se hubieran producido.

2. De este modo, cuando es posible, la reparación debe efectuarse por intermedio de un cumplimiento o de una restitución bajo forma específica, completadas, si es necesario, por una indemnización en dinero. Sin embargo, cuando esto no es posible, en todo o en parte, o es excesivamente oneroso para el deudor, habida cuenta el interés del acreedor, y, en todo caso, cuando este último lo reclama, la reparación debe ser efectuada por entrega de la suma de dinero que corresponda.

3. En particular, cuando no se halla dispuesto diversamente en otra regla de este Código o cuando la situación concreta no exige necesariamente una solución diferente, el resultado de la reparación debe estar en la medida de procurar al acreedor o, en los casos previstos, a los terceros:

a) la satisfacción de su interés (positivo) a que el contrato sea puntualmente cumplido, teniendo igualmente en cuenta los desembolsos y los gastos que ha debido realizar y que habrían sido compensados

por su cumplimiento, cuando el daño proviene de incumplimiento, o de cumplimiento inexacto o de retraso.

b) la satisfacción de su interés (negativo) a que el contrato no haya sido concluido o a que la negociación no haya tenido efecto, en los otros casos, y, en particular, cuando el daño proviene de la inexistencia, de la nulidad, de la anulación, de la ineficacia, de la rescisión, de la falta de conclusión del contrato o de otros supuestos similares.

4. La entidad de los daños y perjuicios debe sin embargo ser calculada teniendo en cuenta las ventajas que el deudor, en relación con el contrato, ya le ha procurado, sin recibir ninguna retribución, al acreedor, y a los que este último, ni puede ni quiere renunciar.

5. Quedan a salvo las reglas de este Código que, en casos determinados, prevén modalidades particulares para la reparación del daño.

Art. 167

Hecho del acreedor

1. Ninguna reparación es debida por el daño que no se habría producido si el acreedor hubiera adoptado las medidas necesarias por su cuenta, antes de que aquél se produzca.

2. El agravamiento del daño que el acreedor hubiera podido impedir, después de que se haya producido, adoptando las medidas necesarias, no es reparable.

3. Si una acción o una omisión del acreedor ha concurrido a causar el daño, la reparación es disminuida en relación con las consecuencias que de ella han derivado.

4. El hecho del que el deudor no haya sido advertido por el acreedor de riesgos particulares, conocidos por él o que él hubiera debido conocer, y que habrían comportado el cumplimiento, es apreciable conforme al párrafo precedente.

Art. 168

Evaluación equitativa del daño

1. Si la existencia del daño queda probada, o no es en modo alguno discutida, pero la determinación de su montante preciso se revela imposible o excepcionalmente difícil, aun recurriendo a dictámenes periciales, se admite una evaluación equitativa del mismo, evaluación que deberá ser efectuada sobre la base de pruebas parciales y de elementos dignos de fe suministrados por las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en cuestión, según el método de

la presunción, aplicada con un criterio particularmente prudente de probabilidad y de verosimilitud.

2. Habida cuenta el comportamiento, el interés y las condiciones económicas del acreedor, el juez puede equitativamente limitar la entidad de los daños y perjuicios:

a) si la reparación integral se revela desproporcionada y crea para el deudor consecuencias manifiestamente insostenibles, teniendo en cuenta su situación económica, y cuando el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o el retraso no dependen de su mala fe;

b) en el caso de falta leve del deudor, sobre todo en aquellos contratos en los que no está previsto, en su favor, ninguna retribución por la prestación que el debe.

Art. 169

Reparación en las obligaciones pecuniarias

1. Salvo las reglas particulares en el comercio y en la fianza, el deudor, para las obligaciones pecuniarias en caso de incumplimiento o de cumplimiento inexacto o de retraso, está en todo caso obligado a la reparación a favor del acreedor, sin que éste deba probar la existencia de un perjuicio, y sin que el propio deudor pueda invocar la circunstancia liberatoria que figura en el Artículo 162, párrafo 1.

2. Esta reparación viene constituida por el pago de los intereses, que son debidos en la medida en que se expresa en el párrafo siguiente, incrementados, si ha lugar, por una suma a título de revalorización conforme al Artículo 86, párrafo 5.

3. Salvo acuerdo en contrario, los intereses son debidos conforme a las tasas oficiales publicadas periódicamente por el Banco Central Europeo, que debe hacer referencia a los intereses debidos a los particulares y a los debidos a los empresarios, respectivamente, al rendimiento medio y al costo medio del dinero.

4. Salvo pacto en contrario, el cálculo de la revalorización debe ser efectuado sobre la base del cuadro más reciente del “índice de los precios al consumo armonizado” publicado periódicamente por el Eurostat.

5. Todas las sumas de dinero que figuran en los párrafos precedentes son a su vez productoras de intereses suplementarios y susceptibles de revalorización según los mismos criterios.

6. Queda a salvo todo pacto en contrario.

Art. 170*Cláusula penal*

1. Salvo lo que prevé el párrafo 5, cuando las partes, con motivo de la estipulación del contrato, han convenido en una cláusula penal que, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto, o de retraso, sea debida por el deudor una prestación determinada, ésta constituye la reparación que es debida por el deudor, cuando se producen las susodichas situaciones, siempre, salvo que, la reparabilidad del daño ulterior no haya sido convenida.

2. La prestación contenida en el párrafo precedente es debida sin que el acreedor tenga que probar la existencia del daño y su entidad.

3. El acreedor podrá demandar, al mismo tiempo, el cumplimiento y la pena, únicamente, cuando ésta ha sido estipulada para el simple retraso.

4. La pena puede ser disminuida equitativamente por el juez, cuando el deudor ha efectuado, y si el acreedor no lo ha rechazado, un cumplimiento parcial, o si el montante de la pena es manifiestamente excesivo, habida cuenta, en todo caso, el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento.

5. En los contratos en que toma parte un consumidor las cláusulas penales a cargo de éste, contenidas en las condiciones generales del contrato, son, en todo caso, ineficaces.

Art. 171*Modo de proceder y acumulación de remedios*

1. El acreedor que es víctima de un daño, después de haber enviado al deudor su petición de indemnización, conteniendo las indicaciones necesarias, y después que ha transcurrido el plazo de seis (seis) meses, previsto también en el Artículo 160, párrafo 2, y a contar de la recepción de la citada declaración –dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el Artículo 172– podrá hacer constatar, mediante sentencia o laudo arbitral, la existencia y la entidad del daño reparable que ha sufrido, para obtener, si ha lugar, la condena del deudor. El acreedor tiene también el derecho de demandar una tal constatación, abstracción hecha de la posibilidad o de la oportunidad de obtener la reparación, a condición de que ésta advenga para fines lícitos. Son parte de éstos, la perspectiva de poder hacer valer una tal verificación, conforme al Artículo 132, y de obtener un elemento para la evaluación de su propia consistencia patrimonial, no solamente a efectos fiscales.

2. No es únicamente, en el caso previsto en el Artículo 165, párrafo 1, que el acreedor que es víctima de un daño, pueda demandar la constatación de la sola existencia del daño, reservando su cualificación a una evaluación ulterior por sentencia o mediante laudo arbitral.

3. Además del caso de la integración prevista para la reparación bajo forma específica del Artículo 162, párrafo 2, los diferentes remedios son acumulables con la finalidad de permitir a la reparación colmar plenamente su función, a condición de que, de la acumulación, no derive para la víctima del daño una ventaja que sobrepase el perjuicio que ella ha sufrido o para el deudor una situación que le sea insostenible.

Art. 172

Medidas conservativas y negocios sumarios

1. En los supuestos expresamente previstos por las reglas de éste Código y en todos los casos, en que el derecho o las expectativas razonablemente fundadas de una parte, sin que ella sea responsable, están a punto o son ya amenazados, o comprometidos o resultan impedidos en su ejercicio, por acciones u omisiones o hechos que le reportan daños que ya se han producido o que es razonablemente previsible pensar que se producirán, el juez, podrá, a petición de esta misma parte, pronunciar las resoluciones siguientes, merecedoras de ejecución forzosa, sobre la base de las reglas procesales del lugar donde ellas sean emitidas:

a) una decisión de inhibición, por la que ordena a la contraparte cesar en la acción o que se abstenga de las omisiones ya emprendidas o temidas; y llegado el caso, impone a esta última la obligación de prestar una garantía adaptada a los daños que ya se han producido; fijando además un plazo para que sea cumplida su decisión, pudiendo todavía subordinar, si es necesario, la ejecución de su decisión, a la prestación de una garantía por parte del requirente.

b) una decisión conminatoria, por la cual ordena a la contraparte el cumplimiento *in natura* de una prestación de dar o de hacer; y llegado el caso impone a esta última prestar también una garantía adaptada a los daños que ya se han producido o que son temidos; fijando además un plazo adecuado a su decisión; pudiendo todavía subordinar, si es necesario, la ejecución de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

2. Quedando a salvo las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables, la petición debe ser dirigida al juez competente para adoptar las medidas de urgencia del lugar, donde la decisión inhibitoria o conminatoria debe ser ejecutada.

Art. 173*Arbitraje*

1. Aparte de lo que prevé el párrafo 4 de este artículo, en los casos en que las reglas del presente Código establezcan la intervención del juez, se reconoce a cada una de las partes la posibilidad de recurrir al procedimiento arbitral, confiado a tres árbitros, como está previsto en el presente artículo, y para cuyos gastos se aplican las reglas en vigor en el lugar donde el procedimiento en cuestión se desenvuelva.

2. Con independencia de lo que prevean las disposiciones comunitarias o nacionales que sean aplicables, y a falta de un acuerdo diferente de las partes, el procedimiento arbitral se desarrollará en el lugar, en el que tiene la sede el juez, al que, en otro caso, se habría sometido la controversia, y para instarlo la parte que toma la iniciativa debe enviar a la contraparte una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, en las que precise lo que entiende someter a la controversia –antes promovida como lo prevén las reglas respectivas– al procedimiento en cuestión, nombrando además su árbitro e invitando a la contraparte a nombrar su propio árbitro, con la declaración a enviar a la primera en un plazo que no puede ser inferior a los treinta días. Si ésta última, no prevé a tal nombramiento en este plazo, la primera puede demandar al juez competente para que provea al nombramiento del árbitro de la contraparte, de acuerdo con la ley del Estado miembro de la Unión europea en el que el procedimiento se debe desarrollar. En defecto de disposiciones específicas aplicables, ésta solicitud podrá también ser dirigida al Presidente del Tribunal de Apelación del lugar donde el procedimiento arbitral se debe desarrollar. El tercer árbitro, es designado por acuerdo entre los dos árbitros ya nombrados, o, en defecto de acuerdo, por el juez indicado más arriba, y al que la instancia podrá ser dirigida. A las declaraciones indicadas en el presente párrafo se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, regla 2.

3. Si la tentativa de conciliación de las partes no da resultado, la controversia debe ser resuelta, salvo acuerdo diferente de las partes, sobre la base de las reglas del presente Código y de otras reglas aplicables, por un laudo deliberado y por mayoría de los árbitros, debiendo ser emitido por escrito en el plazo de los seis meses siguientes al nombramiento del último árbitro. El laudo produce los efectos indicados en el Artículo 42 y permite, además, obtener del juez, desde su emisión, una de las resoluciones previstas en el Artículo 172.

4. El presente Artículo no se aplica:

a) cuando sobre la base de las disposiciones imperativas la controversia no puede ser resuelta por arbitraje;

b) cuando se trata, en vez de la resolución de una controversia, de promover una resolución de inhibición o una resolución conminatoria, de fijar o de prorrogar un plazo, de autorizar un depósito, y de adoptar parecidas decisiones, caso para el que son aplicables las reglas contenidas en el Artículo 172.

c) cuando el procedimiento arbitral está excluido por el contrato; o se halla previsto un procedimiento arbitral diferente;

d) cuando la controversia está ya sometida al juez.

NOTAS

1) Traducimos la voz francesa “résiliation”, por “dejar sin efecto”, puesto que la traducción literal, desde un punto de vista estrictamente gramatical, nos llevaría a hacerlo como “anulación” o “rescisión”, términos que, desde el punto de vista jurídico tienen otras connotaciones y aquí se trata de verdaderos supuestos de lo que se podría calificar como “conversión voluntaria” o “conversión legal”, según los casos, bien que sean las partes o la ley los que la impongan.

**5. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS
DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS**

**COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL
INTERNACIONAL (CNUDMI)**

ÍNDICE

PARTE I: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I: ÁMBITO DE APLICACIÓN

	Pág.
Artículo 1	1979
Artículo 2	1980
Artículo 3	1980
Artículo 4	1980
Artículo 5	1981
Artículo 6	1981

CAPÍTULO II: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7	1981
Artículo 8	1981
Artículo 9	1982
Artículo 10	1982
Artículo 11	1982
Artículo 12	1982
Artículo 13	1982

PARTE II: FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 14	1983
Artículo 15	1983
Artículo 16	1983
Artículo 17	1983
Artículo 18	1983
Artículo 19	1984
Artículo 20	1984
Artículo 21	1985

	Pág.
Artículo 22.....	1985
Artículo 24.....	1985

**PARTE III: COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS
CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 25.....	1985
Artículo 26.....	1986
Artículo 27.....	1986
Artículo 28.....	1986
Artículo 29.....	1986

CAPÍTULO II: OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 30.....	1986
------------------	------

**SECCIÓN I: ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS Y
DE LOS DOCUMENTOS**

Artículo 31.....	1987
Artículo 32.....	1987
Artículo 33.....	1987
Artículo 34.....	1988

**SECCIÓN II: CONFORMIDAD DE LAS MERCADERÍAS Y
PRETENSIONES DE TERCEROS**

Artículo 35.....	1988
Artículo 36.....	1989
Artículo 37.....	1989
Artículo 38.....	1989
Artículo 39.....	1990
Artículo 40.....	1990
Artículo 41.....	1990
Artículo 42.....	1990
Artículo 43.....	1991
Artículo 44.....	1991
Artículo 45.....	1991
Artículo 46.....	1992
Artículo 47.....	1992
Artículo 48.....	1992
Artículo 49.....	1993
Artículo 50.....	1993
Artículo 51.....	1994

Artículo 52.....	Pág. 1994
------------------	--------------

CAPÍTULO III: OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 53.....	1994
------------------	------

SECCIÓN I: PAGO DEL PRECIO

Artículo 54.....	1994
Artículo 55.....	1995
Artículo 56.....	1995
Artículo 57.....	1995
Artículo 58.....	1995
Artículo 59.....	1996

SECCIÓN II: RECEPCIÓN

Artículo 60.....	1996
------------------	------

SECCIÓN III: DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO
DEL CONTRATO POR EL COMPRADOR

Artículo 61.....	1996
Artículo 62.....	1996
Artículo 63.....	1996
Artículo 64.....	1997
Artículo 65.....	1997

CAPÍTULO IV: TRANSMISIÓN DEL RIESGO

Artículo 66.....	1998
Artículo 67.....	1998
Artículo 68.....	1998
Artículo 69.....	1999
Artículo 70.....	1999

CAPÍTULO V: DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES
DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADORSECCIÓN I: INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE Y CONTRATOS
CON ENTREGAS SUCESIVAS

Artículo 71.....	1999
Artículo 72.....	2000
Artículo 73.....	2000

SECCIÓN II: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Artículo 74.....	2001
Artículo 75.....	2001

	Pág.
Artículo 76.....	2001
Artículo 77.....	2002
SECCIÓN III: INTERESES	
Artículo 78.....	2002
SECCIÓN IV: EXONERACIÓN	
Artículo 79.....	2002
Artículo 80.....	2003
SECCIÓN V: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN	
Artículo 81.....	2003
Artículo 82.....	2003
Artículo 83.....	2004
Artículo 84.....	2004
SECCIÓN VI: CONSERVACIÓN DE LAS MERCADERÍAS	
Artículo 85.....	2004
Artículo 86.....	2004
Artículo 87.....	2005
Artículo 88.....	2005
PARTE IV: DISPOSICIONES FINALES	
Artículo 89.....	2005
Artículo 90.....	2006
Artículo 91.....	2006
Artículo 92.....	2006
Artículo 93.....	2006
Artículo 94.....	2007
Artículo 95.....	2007
Artículo 96.....	2008
Artículo 97.....	2008
Artículo 98.....	2009
Artículo 99.....	2009
Artículo 100.....	2010
Artículo 101.....	2010
II. NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CON- TRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	
Introducción.....	2011

	Pág.
PARTE I: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES	
A. Ámbito de aplicación	2012
B. Autonomía de las partes	2013
C. Interpretación de la Convención.....	2014
D. Interpretación del contrato; usos	2014
E. Forma del contrato	2014
PARTE II: FORMACIÓN DEL CONTRATO	
.....	1999
PARTE III: COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS	
A. Obligaciones del vendedor	2016
B. Obligaciones del comprador	2017
C. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.....	2017
D. Transmisión del riesgo.....	2018
E. Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.....	2018
F. Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios	2019
G. Conservación de las mercaderías.....	2019
PARTE IV: DISPOSICIONES FINALES	
.....	2019



5. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)

Los Estados Partes en la presente Convención,

Teniendo en cuenta los amplios objetivos de las resoluciones aprobadas en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional,

Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional, han convenido en lo siguiente:

PARTE I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o

b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Artículo 2

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;

b) en subastas;

c) judiciales;

d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;

e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;

f) de electricidad.

Artículo 3

1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Artículo 4

La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;

b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

Artículo 5

La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

Artículo 6

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

CAPÍTULO II DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7

1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 8

1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta

todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Artículo 9

1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 10

A los efectos de la presente Convención:

a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

Artículo 11

El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

Artículo 12

No se aplicará ninguna disposición del Artículo 11, del Artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al Artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este Artículo ni modificar sus efectos.

Artículo 13

A los efectos de la presente Convención, la expresión “por escrito” comprende el telegrama y el télex.

PARTE II FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 14

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Artículo 15

1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 16

1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o

b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

Artículo 17

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.

Artículo 18

1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá

efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

Artículo 19

1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Artículo 20

1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

2) Las días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de

aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

Artículo 21

1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

Artículo 22

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 23

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Artículo 24

A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

PARTE III COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 25

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancial-

mente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Artículo 26

La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte.

Artículo 27

Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación.

Artículo 28

Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención.

Artículo 29

1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.

2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

CAPÍTULO II OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 30

El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I

ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS Y DE LOS DOCUMENTOS

Artículo 31

Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá:

a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador;

b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;

c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 32

1) Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

2) El vendedor, si estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.

3) El vendedor, si no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro.

Artículo 33

El vendedor deberá entregar las mercaderías:

a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o

b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o

c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

Artículo 34

El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

SECCIÓN II CONFORMIDAD DE LAS MERCADERÍAS Y PRETENSIONES DE TERCEROS

Artículo 35

1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 36

1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.

Artículo 37

En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 38

1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.

2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino.

3) Si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino.

Artículo 39

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

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

Artículo 40

El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador.

Artículo 41

El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el Artículo 42.

Artículo 42

1) El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o

b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

2) La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o

b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogos proporcionados por el comprador.

Artículo 43

1) El comprador perderá el derecho a invocar las disposiciones del Artículo 41 o del Artículo 42 si no comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella.

2) El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones del párrafo precedente si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza.

Artículo 44

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

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor

Artículo 45

1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52;

b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2) El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

3) Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia.

Artículo 46

1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el Artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el Artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

Artículo 47

1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

2) El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 48

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

2) Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento

de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

3) Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.

4) La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este Artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

Artículo 49

1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que el incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del Artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.

2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega:

b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:

i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento;

ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del Artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o *iii)* después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del Artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.

Artículo 50

Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectiva-

mente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al Artículo 37 o al Artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.

Artículo 51

1) Si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme.

2) El comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.

Artículo 52

1) Si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rehusar su recepción.

2) Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar la recepción de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato.

CAPÍTULO III OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 53

El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I PAGO DEL PRECIO

Artículo 54

La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

Artículo 55

Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 56

Cuando el precio se señale en función del peso de las mercaderías, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio.

Artículo 57

1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor:

a) en el establecimiento del vendedor; o

b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega.

2) El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago ocasionado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato.

Artículo 58

1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos.

2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio.

3) El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad.

Artículo 59

El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la presente Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.

**SECCIÓN II
RECEPCIÓN****Artículo 60**

La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste:

- a)* en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y
- b)* en hacerse cargo de las mercaderías.

**SECCIÓN III
DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL
CONTRATO POR EL COMPRADOR****Artículo 61**

1) Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá:

- a)* ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65;
- b)* exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2) El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

3) Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.

Artículo 62

El vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

Artículo 63

1) El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.

2) El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 64

1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del Artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.

2) No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de cumplimiento tardío por el comprador, antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se ha efectuado el cumplimiento; o

b) en caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío por el comprador, dentro de un plazo razonable:

i) después de que el vendedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; o

ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del Artículo 63, o después de que el comprador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario.

Artículo 65

1) Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciera tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.

2) El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciere uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

CAPÍTULO IV TRANSMISIÓN DEL RIESGO

Artículo 66

La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Artículo 67

1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Artículo 68

El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera hacer tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pér-

da o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

Artículo 69

1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Artículo 70

Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos

67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

SECCIÓN I INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE Y CONTRATOS CON ENTREGAS SUCESIVAS

Artículo 71

1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o

b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

Artículo 72

1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Artículo 73

1) En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.

2) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable.

3) El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de

entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

SECCIÓN II INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Artículo 74

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Artículo 75

Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al Artículo 74.

Artículo 76

1) Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al Artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al Artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.

2) A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías.

Artículo 77

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

SECCIÓN III INTERESES

Artículo 78

Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al Artículo 74.

SECCIÓN IV EXONERACIÓN

Artículo 79

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3) La exoneración prevista en este Artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido

tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5) Nada de lo dispuesto en este Artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 80

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

SECCIÓN V EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Artículo 81

1) La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.

2) La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente.

Artículo 82

1) El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido.

2) El párrafo precedente no se aplicará:

a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste;

b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el Artículo 38; o

c) si el comprador, antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal.

Artículo 83

El comprador que haya perdido el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vencedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, conforme al Artículo 82, conservará todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la presente Convención.

Artículo 84

1) El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

2) El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

a) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o

b) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.

SECCIÓN VI CONSERVACIÓN DE LAS MERCADERÍAS

Artículo 85

Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

Artículo 86

1) El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda confor-

me al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

2) Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente.

Artículo 87

La parte que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos.

Artículo 88

1) La parte que esté obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 u 86 podrá venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender.

2) Si las mercaderías están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservarlas conforme a los artículos 85 u 86 deberá adoptar medidas razonables para venderlas. En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender.

3) La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta. Esa parte deberá abonar el saldo a la otra parte.

PARTE IV DISPOSICIONES FINALES

Artículo 89

El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario de la presente Convención.

Artículo 90

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Artículo 91

1) La presente Convención estará abierta a la firma en la sesión de clausura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta el 30 de septiembre de 1981.

2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 92

1) Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención.

2) Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del Artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración.

Artículo 93

1) Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una

o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento su declaración mediante otra declaración.

2) Esas declaraciones serán notificadas al depositario y en ellas se hará constar expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.

3) Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención se aplica a una o varias de las unidades territoriales de un Estado Contratante, pero no a todas ellas, y si el establecimiento de una de las partes está situado en ese Estado, se considerará que, a los efectos de la presente Convención, ese establecimiento no está en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se aplique la Convención.

4) Si el Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1) de este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 94

1) Dos o más Estados Contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas.

2) Todo Estado Contratante que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares a las que uno o varios Estados no contratantes podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados.

3) Si un Estado respecto del cual se haya hecho una declaración conforme al párrafo precedente llega a ser ulteriormente Estado Contratante, la declaración surtirá los efectos de una declaración hecha con arreglo al párrafo 1) desde la fecha en que la Convención entre en vigor respecto del nuevo Estado Contratante, siempre que el nuevo Estado Contratante suscriba esa declaración o haga una declaración unilateral de carácter recíproco.

Artículo 95

Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no

quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del Artículo 1 de la presente Convención.

Artículo 96

El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al Artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del Artículo 11, del Artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

Artículo 97

1) Las declaraciones hechas conforme a la presente Convención en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación,

2) Las declaraciones y las confirmaciones de declaraciones se harán constar por escrito y se notificarán formalmente al depositario.

3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de tal entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido recibida por el depositario. Las declaraciones unilaterales recíprocas hechas conforme al Artículo 94 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la última declaración.

4) Todo Estado que haga una declaración conforme a la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante la notificación forma hecha por escrito al depositario. Este retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.

5) El retiro de una declaración hecha conforme al Artículo 94 hará ineficaz, a partir de la fecha en que surta efecto el retiro, cualquier declaración de carácter recíproco hecha por otro Estado conforme a ese artículo.

Artículo 98

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 99

1) La presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al Artículo 92.

2) Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención, salvo la parte excluida, entrará en vigor respecto de ese Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

3) Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que sea parte en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1º de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la formación, de 1964) o en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1º de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la venta, de 1964), o en ambas Convenciones, deberá denunciar al mismo tiempo, según el caso, la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o ambas Convenciones, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

4) Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al Artículo 92 que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

5) Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al Artículo

92 que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

6) A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto de la presente Convención por Estados partes en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer, en su caso, respecto de estas dos últimas Convenciones hayan surtido a su vez efecto. El depositario de la presente Convención consultará con el Gobierno de los Países Bajos, como depositario de las Convenciones de 1964, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto.

Artículo 100

1) La presente Convención se aplicará a la formación del contrato sólo cuando la propuesta de celebración del contrato se haga en la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1) del Artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del Artículo 1, o después de esa fecha.

2) La presente Convención se aplicará a los contratos celebrados en la fecha de entrada en vigor de la presente Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) el párrafo 1) del Artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del Artículo 1, o después de esa fecha.

Artículo 101

1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención, o su Parte II o su Parte III, mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.

2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

HECHA en Viena, el día once de abril de mil novecientos ochenta, en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

II. NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

Introducción

1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías proporciona un texto uniforme del derecho sobre la compraventa internacional de mercaderías. La Convención fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y adoptada por una conferencia diplomática el 11 de abril de 1980.

2. La preparación de un derecho uniforme para la compraventa internacional de mercaderías comenzó en 1930 en Roma en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Después de una larga interrupción en la labor como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el proyecto fue presentado en 1964 a una conferencia diplomática celebrada en La Haya, que adoptó dos convenciones, una sobre la compraventa internacional de mercaderías y la otra sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías.

3. Casi inmediatamente después de adoptadas ambas convenciones sus disposiciones fueron objeto de muchas críticas por cuanto reflejaban principalmente las tradiciones jurídicas y las realidades económicas de la Europa continental occidental, la región que había participado más activamente en su preparación. En consecuencia, una de las primeras tareas emprendidas por la CNUDMI a raíz de su organización en 1968 fue preguntar a los Estados si tenían o no intención de adherirse a esas convenciones y las razones que justificaban su postura. A la luz de las respuestas recibidas, la CNUDMI decidió estudiar ambas convenciones para determinar qué modificaciones podrían hacerlas susceptibles de una aceptación más amplia por par-

* La presente nota ha sido preparada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con fines informativos; no constituye un comentario oficial de la Convención.

te de países con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos. El resultado de este estudio fue la adopción el 11 de abril de 1980 por una conferencia diplomática de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías donde se combina la materia de las dos convenciones precedentes.

4. El éxito de la CNUDMI al preparar una Convención más ampliamente aceptable queda demostrado por el hecho de que entre los 11 Estados originales para los que el 1º de enero de 1988 entró en vigor la Convención figuraban Estados de todas las regiones geográficas, todas las etapas de desarrollo económico y todos los principales sistemas jurídicos sociales y económicos. Los 11 Estados originales eran: la Argentina, China, Egipto, los Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia y Zambia.

5. Al 31 de enero de 1988, otros cuatro Estados, Austria, Finlandia, México y Suecia, se habían convertido en partes en la Convención.

6. La Convención se divide en cuatro partes. La Parte I trata del ámbito de aplicación y las disposiciones generales. La Parte II contiene las normas que rigen la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías. La Parte III se refiere a los derechos y obligaciones sustantivos de comprador y vendedor derivados del contrato. La Parte IV contiene las disposiciones finales de la Convención relativas a asuntos tales como el modo y el momento de su entrada en vigor, las reservas y declaraciones que se permite hacer y la aplicación de la Convención a las compraventas internacionales cuando ambos Estados interesados se rigen por el mismo o semejante derecho en esta cuestión.

PARTE I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

A. Ámbito de aplicación

7. Los artículos sobre el ámbito de aplicación establecen lo que queda comprendido en la convención y lo que se excluye de ella. Las disposiciones sobre inclusión son las más importantes. La Convención de aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Algunos Estados han aprovechado la autorización contenida en el Artículo 95 para declarar que aplicarían la Convención sólo en la primera pero no en la segunda de estas dos situaciones. A medi-

da que la Convención sea más ampliamente adoptada, disminuirá la importancia práctica de esa declaración.

8. Las disposiciones finales introducen otras dos restricciones al ámbito territorial de aplicación que serán pertinentes para algunos Estados. Una de ellas se aplica sólo si un Estado es parte en otro acuerdo internacional que contiene disposiciones relativas a las materias que se rigen por esta Convención; la otra permite que los Estados que tienen el mismo o semejante derecho interno sobre compraventas declaren que la Convención no se aplica entre ellos.

9. El Artículo 3 distingue los contratos de compraventa de los contratos de servicios en dos aspectos. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. La Convención no se aplicará a los contratos en que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

10. La Convención contiene una lista de tipos de compraventa que se excluyen de la Convención, ya sea por la finalidad de la compraventa (mercaderías compradas para el uso personal, familiar o doméstico), la naturaleza de la compraventa (compraventas en subasta, de carácter judicial) o la naturaleza de las mercaderías (valores mobiliarios, títulos, títulos de inversión, títulos o efectos de comercio, dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves o electricidad). En muchos Estados algunas de esas compraventas o todas ellas se rigen por normas especiales que reflejan su especial naturaleza.

11. Varios artículos declaran que la materia de la Convención se limita a la formación del contrato y los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor dimanantes de ese contrato. En particular, la Convención no concierne a la validez del contrato, a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas o la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

B. Autonomía de las partes

12. El principio básico de la libertad contractual en la compraventa internacional de mercaderías se reconoce en la disposición que permite que las partes excluyan la aplicación de la Convención o establezcan excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modifiquen sus efectos. La exclusión de la Convención más frecuente resultaría de la elección por las partes de la ley de un Estado no contratante o de la

ley nacional de un Estado contratante como ley aplicable al contrato. Las excepciones a la Convención se producirían siempre que una estipulación del contrato dispusiera una norma diferente de las que se encuentran en la Convención.

C. Interpretación de la Convención

13. Esta Convención para la unificación del derecho que rige la compraventa internacional de mercaderías podrá cumplir mejor su finalidad si se interpreta de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos. Se puso gran cuidado en su preparación para hacerla tan clara y fácil de entender como fuera posible. No obstante, se plantearán controversias sobre su significado y aplicación.

Para cuando esto ocurra, se amonesta a todas las partes, inclusive los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales, a tener en cuenta su carácter internacional y a promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional. En particular, cuando las cuestiones relativas a las materias que se rigen por esta Convención no estén expresamente resuelta en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que ésta se basa. Sólo a falta de tales principios se decidirá de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

D. Interpretación del contrato; usos

14. La Convención contiene disposiciones sobre cómo han de interpretarse las declaraciones y otros actos de una parte en el contexto de la formación del contrato o de su ejecución. Los usos convenidos por las partes, las prácticas que hayan establecido entre ellas y los usos de que las partes tenían o debían tener conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate pueden todas ellas ser obligatorias para las partes en el contrato de compraventa.

E. Forma del contrato

15. La Convención no somete el contrato de compraventa a ningún requisito de forma. En particular, el Artículo 11 dispone que no es necesario ningún acuerdo escrito para la celebración del contrato. No obstante, el Artículo 29 establece que, si el contrato consta por escrito y contiene una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito, el contrato no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. La única excepción es que una parte puede verse impedida por sus propios ac-

tos de alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

16. A fin de dar facilidades a los Estados cuya legislación exige que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito, el Artículo 96 permite a esos Estados declarar que ni el Artículo 11 ni la excepción al Artículo 29 se aplicarán en el caso de que cualquiera de las partes en el contrato tenga su establecimiento en ese Estado.

PARTE II FORMACIÓN DEL CONTRATO

17. La Parte II de la Convención se ocupa de varias cuestiones que se plantean en la formación del contrato por el cruce de una oferta con una aceptación. Cuando la formación se verifica de esta manera, el contrato se celebra cuando se hace efectiva la aceptación de la oferta.

18. Para que una propuesta de celebración de contrato constituya oferta, debe dirigirse a una o más personas determinadas y debe ser suficientemente precisa. Para que la propuesta sea suficientemente precisa, debe indicar las mercaderías y, expresa o implícitamente, señalar la cantidad y el precio o prever un medio para determinarlos.

19. La Convención adopta una postura intermedia entre la doctrina de la revocabilidad de la oferta hasta la aceptación y su irrevocabilidad general durante un cierto tiempo. La regla general es que las ofertas pueden revocarse. No obstante, la revocación debe llegar a conocimiento del destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación. Además, no se puede revocar una oferta si indica que es irrevocable, lo que puede hacerse estableciendo un plazo fijo para la aceptación o de otro modo. Además, no cabe revocar una oferta si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

20. La aceptación de una oferta puede hacerse mediante una declaración u otros actos del destinatario que indiquen asentimiento a la oferta que se comunica al oferente. Sin embargo, en algunos casos la aceptación puede consistir en la ejecución de un acto, como la expedición de las mercaderías o el pago del precio. Un acto de esa naturaleza surtiría normalmente efecto como aceptación en el momento de su ejecución.

21. Un problema frecuente en la formación de contratos, tal vez en especial por lo que se refiere a los contratos de compraventa de mercaderías, se plantea cuando un respuesta a una oferta de aceptación contiene elementos nuevos o diferentes. Conforme a la Convención, si los elementos adicionales o diferentes no alteran sustancialmente

los de la oferta, la respuesta constituirá aceptación a menos que sin demora injustificable, el oferente objete esos elementos. Si nos los objeta, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

22. Si los elementos adicionales o diferentes alteran sustancialmente los elementos del contrato, la respuesta constituye una contraoferta que debe a su vez ser aceptada para que el contrato se celebre. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

PARTE III COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS

A. Obligaciones del vendedor

23. Las obligaciones generales del vendedor son entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquéllas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención. La Convención proporciona normas supletorias para su utilización a falta de acuerdo contractual acerca del momento, lugar y la manera de cumplir esas obligaciones por parte del vendedor.

24. La Convención estatuye varias reglas que precisan las obligaciones del vendedor respecto de la calidad de las mercaderías. En general, el vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo respondan a lo estipulado en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato. Un conjunto de normas de particular importancia en las compraventas internacionales de mercaderías entraña la obligación del vendedor de entregarlas libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero inclusive los derechos basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual.

25. En relación con las obligaciones del vendedor respecto de la calidad de las mercaderías, la Convención contiene disposiciones sobre la obligación del comprador de examinarlas. Debe comunicar toda falta de conformidad con lo estipulado en el contrato en un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla decubierto, y a más tardar, dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador,

a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

B. Obligaciones del comprador

26. Comparadas con las obligaciones del vendedor, las obligaciones generales del comprador son menos amplias y relativamente sencillas; consisten en pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas por el contrato y la Convención. Esta proporciona normas supletorias para su utilización a falta de acuerdo contractual sobre la manera de determinar el precio y el momento y el lugar en que el comprador debe cumplir su obligación de pagar el precio.

C. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador

27. Los derechos y acciones del comprador por incumplimiento del contrato por parte del vendedor se exponen en relación con las obligaciones del vendedor y los derechos y acciones del vendedor se exponen en relación con las obligaciones que pesan sobre el comprador. Ello hace más fácil utilizar y comprender la Convención.

28. La pauta general de los derechos y acciones es la misma en ambos casos. Si se satisfacen todas las condiciones exigidas, la parte agraviada puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, reclamar daños y perjuicios o rescindir el contrato. El comprador tiene también el derecho de reducir el precio cuando las mercaderías entregadas no sean conformes con lo estipulado en el contrato.

29. Entre las limitaciones más importantes al derecho de una parte agraviada de valerse de una acción figura el concepto del incumplimiento esencial. Para que un incumplimiento del contrato sea esencial, debe tener como resultado para la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto el resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación. Un comprador puede exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución sólo si las entregadas no eran conformes con el contrato y la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato. La existencia de un incumplimiento esencial es una de las dos circunstancias que justifican una declaración de rescisión del contrato por parte de la parte agraviada; la otra circunstancia es que, en el caso de no entrega de las mercaderías por parte del vendedor o de no pago del precio u omisión en reci-

bir las mercaderías por parte del comprador, la parte que incumple no lo ejecute en un plazo razonable fijado por la parte agraviada.

30. Otros derechos y acciones pueden restringirse por circunstancias especiales. Por ejemplo, si las mercaderías no son conformes al contrato, el comprador puede pedir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. Una parte no puede reclamar daños y perjuicios que pudiera haber reducido adoptando las medidas apropiadas. Una parte puede verse exenta de pagar daños y perjuicios en virtud de un impedimento ajeno a su voluntad.

D. Transmisión del riesgo

31. El determinar el momento exacto en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías se transmite del vendedor al comprador es de gran importancia en los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Las partes pueden regular esa cuestión en su contrato mediante una disposición expresa o recurriendo a una condición del comercio. Sin embargo, para el caso frecuente en que el contrato no contenga esa disposición, la Convención contiene un juego completo de reglas.

32. Las dos situaciones especiales previstas por la Convención son cuando el contrato de compraventa entraña el transporte de las mercaderías y cuando las mercaderías se venden en tránsito. En todos los demás casos el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. En el caso frecuente en que el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha sido transmitido al comprador.

E. Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible

33. La Convención contiene reglas especiales para la situación en que, antes de la fecha en que debía ser cumplido, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones o cometerá un incumplimiento esencial. Se traza una distinción entre los casos en que la otra parte puede suspender su propio cumplimiento del contrato pero el contrato sigue vigente a la espera de futuros acontecimientos y aquellos en los que puede declarar rescindido el contrato.

F. Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios

34. Cuando una de las partes deja de cumplir cualquiera de sus obligaciones debido a un impedimento ajeno a su voluntad que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta en el momento de la celebración del contrato ni que lo evitase o superase, está exenta del pago de daños y perjuicios. Esta exención puede también aplicarse si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato. No obstante, está sometida a cualquier otro recurso, inclusive a la reducción del precio, si las mercaderías fuesen de algún modo defectuosas.

G. Conservación de las mercaderías

35. La Convención impone a ambas partes el deber de conservar las mercaderías pertenecientes a otra parte que se hallan en su poder. Ese deber es de importancia aun mayor en la compraventa internacional de mercaderías en la que la otra parte reside en un país extranjero y puede no tener mandatarios en el país en que se hallan las mercaderías. En ciertas circunstancias la parte en cuyo poder se hallan las mercaderías puede venderlas o puede incluso exigírsele que lo haga. La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta y deberá abonar el saldo a la otra parte.

PARTE IV DISPOSICIONES FINALES

36. Las disposiciones finales contienen las cláusulas usuales relativas al Secretario General como depositario y donde se estipula que la Convención está sometida a la ratificación, la aceptación o la aprobación de los Estados que la hayan firmado hasta el 30 de septiembre de 1981, que estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios y que sus textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

37. La Convención permite hacer algunas declaraciones. Las relativas al ámbito de aplicación y al requisito de que el contrato se formalice por escrito han sido ya mencionadas. Existe una declaración especial para los Estados en los que diferentes ordenamientos jurídicos rijan los contratos de compraventa en diferentes partes de su territorio. Finalmente, todo Estado podrá declarar que no quedará obligado por la Parte II sobre formación de contratos o por la Parte III sobre los derechos y obligaciones de comprador y vendedor. Esta última decla-

ración se incluyó como parte de la decisión de combinar en una única convención la materia de las dos convenciones de La Haya de 1964.

Para mayor información dirigirse a:

Secretaría de la CNUDMI

Apartado de correos 500 Centro Internacional de Viena

A-1400 Viena

Austria Télex: 135612

Teléfono: (43) (1) 21345-4060 Télefax: (43) (1) 21345-5813

**6. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL
EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS**

**COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN
(MINISTERIO DE JUSTICIA - GOBIERNO DE ESPAÑA)**

ÍNDICE

ARTÍCULO PRIMERO	
LIBRO IV. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS	
TÍTULO I. DE LAS OBLIGACIONES	
	Pág.
CAP. I. Disposiciones generales. Artículos 1088 a 1094	2033
CAP. II. De las diferentes clases de obligaciones	2034
<i>Sección</i> 1. ^a De las obligaciones de dar. Artículo 1095	2034
<i>Sección</i> 2. ^a De las obligaciones genéricas. Artículos 1096 a 1098	2035
<i>Sección</i> 3. ^a De la <i>Sección</i> s obligaciones pecuniarias. Artículos 1099 a 1105	2035
<i>Sección</i> 4. ^a De las obligaciones alternativas. Artículos 1106 a 1109	2036
<i>Sección</i> 5. ^a De las obligaciones condicionales. Artículos 1110 a 1116	2037
<i>Sección</i> 6. ^a De las obligaciones a plazo. Artículos 1117 a 1121	2039
CAP. III. De las obligaciones mancomunadas y solidarias	2040
<i>Sección</i> 1. ^a Disposiciones generales. Artículos 1122 a 1124	2040
<i>Sección</i> 2. ^a De la solidaridad de deudores. Artículos 1125 a 1136	2041
<i>Sección</i> 3. ^a De la solidaridad de acreedores. Artículos 1137 a 1145	2043
CAP. IV. De las cláusulas penales. Artículos 1146 a 1152	2044
CAP. V. Del cumplimiento de las obligaciones. Artículos 1153 a 1175	2046
CAP. VI. De la compensación. Artículos 1176 a 1187	2051
CAP. VII. Del incumplimiento	2054
<i>Sección</i> 1. ^a Disposiciones generales. Artículos 1188 a 1191	2054
<i>Sección</i> 2. ^a De la acción de cumplimiento. Artículos 1192 a 1196	2055
<i>Sección</i> 3. ^a De la reducción del precio. Artículos 1197 a 1198	2056
<i>Sección</i> 4. ^a De la resolución por incumplimiento. Artículos 1199 a 1204 ...	2056
<i>Sección</i> 5. ^a De la indemnización de daños y perjuicios. Artículos 1205 a 1212	2058

	Pág.
CAP. VIII. De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. Artículo 1213	2060
CAP. IX. De la cesión de créditos. Artículos 1214 a 1221	2060
CAP. X. De la asunción de deuda. Artículos 1222 a 1225	2062
CAP. XI. De la delegación. Artículo 1226	2063
CAP. XII. De la cesión de la posición contractual. Artículo 1227	2063
CAP. XIII. De la novación. Artículos 1228 a 1230	2064
CAP. XIV. De la remisión. Artículos 1231 a 1232	2064
CAP. XV. De la confusión. Artículos 1233 a 1235	2065

TÍTULO II. DE LOS CONTRATOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículos 1236 a 1244	2065
CAP. II. De la formación del contrato	2067
<i>Sección 1.ª</i> De las negociaciones. Artículo 1245	2067
<i>Sección 2.ª</i> De la formación del contrato por oferta y aceptación. Artículos 1246 a 1259	2068
<i>Sección 3.ª</i> Otros procedimientos de formación del contrato. Artículo 1260	2071
<i>Sección 4.ª</i> De las condiciones generales de la contratación. Artículos 1261 a 1264	2072
<i>Sección 5.ª</i> De los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Artículos 1265 a 1266	2074
<i>Sección 6.ª</i> De la protección de los consumidores en los contratos a distancia. Artículo 1267	2077
<i>Sección 7.ª</i> De la contratación electrónica. Artículo 1268	2081
CAP. III. De los documentos públicos y privados. Artículos 1269 a 1275	2082
CAP. IV. Del contenido de los contratos. Artículos 1276 a 1277	2084
CAP. V. De la interpretación de los contratos. Artículos 1278 a 1281	2085
CAP. VI. De la representación en los contratos. Artículos 1282 a 1293	2086
CAP. VII. Del contrato a favor de tercero. Artículo 1294	2090
CAP. VIII. Del contrato para persona a designar. Artículo 1295	2091
CAP. IX. De la nulidad y anulación de los contratos. Artículos 1296 a 1309.	2091
CAP. X. De la rescisión de los contratos. Artículos 1310 a 1314	2096

ARTÍCULO SEGUNDO

ARTÍCULOS DEL LIBRO CUARTO QUE QUEDAN SIN CONTENIDO

TÍTULO IV. DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA

CAP. VII. De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales. Artículos 1526 a 1530, 1535 y 1536.....	2098
--	------

	Pág.
TÍTULO XVII. DE LA CONCURRENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS	
CAP. I. Disposiciones generales. Artículo 1911.....	2098

ARTÍCULO TERCERO

MODIFICACIÓN DE LA REDACCIÓN DE DETERMINADOS ARTÍCULOS

TÍTULO IV. DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA

CAP. I. De la naturaleza y forma de este contrato. Artículo 1452	2098
CAP. III. De los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida. Artículo 1460, primer párrafo	2098
CAP. V. De las obligaciones del comprador. Artículos 1501-3.º y 1503, segundo párrafo	2098

TÍTULO VI. DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

CAP. II. De los arrendamientos de fincas urbanas y rústicas	2098
<i>Sección 2.ª</i> De los derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario. Artículos 1568 y 1574	2098

TÍTULO VII. DE LOS CENSOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículo 1621.....	2099
---	------

TÍTULO VIII. DE LA SOCIEDAD

CAP. II. De las obligaciones de los socios	2099
<i>Sección 1.ª</i> De las obligaciones de los socios entre sí. Artículo 1684, segundo párrafo	

TÍTULO X. DEL PRÉSTAMO

CAP. II. Del simple préstamo. Artículo 1754, primer párrafo	2099
---	------

TÍTULO XI. DEL DEPÓSITO

CAP. II. Del depósito propiamente dicho	2099
<i>Sección 3.ª</i> De las obligaciones del depositario. Artículo 1772, segundo párrafo	2099

TÍTULO XIII. DE LAS TRANSACCIONES Y COMPROMISOS

CAP. I. De las transacciones. Artículo 1817, primer párrafo	2099
---	------

TÍTULO XIV. DE LA FIANZA

Cap. II. De la naturaleza y extensión de la fianza. Artículo 1822, segundo párrafo	2099
--	------

TÍTULO XVIII. DE LA PRESCRIPCIÓN

CAP. III. De la prescripción de las acciones. Artículo 1974	2099
---	------

ARTÍCULO CUARTO

APLICACIÓN GENERAL DE LA REFORMA LEGAL PROPUESTA

Anexo: Relación de los integrantes de la Sección Primera de Derecho	
Civil de la Comisión General de Codificación que han participado en la elaboración de la Propuesta	2100



6. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN
GENERAL DE CODIFICACIÓN (MINISTERIO DE
JUSTICIA – GOBIERNO DE ESPAÑA)**

PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Muy pocas personas habrá que discutan hoy la conveniencia de reformar los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos, que, en la actualidad, se encuentran comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (arts. 1.0881.314), donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales, que fueron promulgados y puestos en vigor en 1889. Sería, sin duda, exagerado hablar de necesidad de la reforma y, menos todavía motejar a ésta como perentoria, pues, de la misma manera que este importantísimo sector del ordenamiento jurídico-privado ha permitido a lo largo de más de cien años la solución, por vía jurisprudencial y doctrinal, de los conflictos que en estas materias se hayan podido plantear, podría permitirlos en el futuro, pero la conveniencia es indiscutible.

II

No es aventurado decir que los codificadores españoles de 1889 no pusieron en la materia que nos ocupa sus máximos empeños. Estuvieron preocupados (y ocupados incesantemente, por lo que tras los años hay que dirigirles merecidas palabras de agradecimiento) por otras cuestiones que entonces eran más agudas y nunca han dejado de serlo, de manera que la mayor dedicación a ellas resulta explicable porque en la actividad política cada hora tiene su afán. Fueron estas materias, señaladamente, la relación del Código Civil con las entonces llamadas legislaciones forales, los problemas de la relación entre el Estado y la Iglesia católica en materia de matrimonio y, de modo muy especial, la

aproximación del Derecho sucesorio del Código Civil a los Derechos sucesorios de algunas regiones, sobre todo en materia de legítimas. En este sentido, está perfectamente claro el contraste de las bases 19 y 20 de la Ley de 11 de mayo de 1888 con todas las que precedían a las antes mencionadas. El legislador de 1889 debió pensar que el Derecho de contratos no era, en rigor, una materia conflictiva, y que el principio de autonomía de la voluntad podría contribuir a solucionar la mayor parte de las cuestiones. En la Ley de Bases de 1888, la Base 19 dedicó a las obligaciones unos párrafos que no significaban otra cosa que un recordatorio de las materias que había que regular como la mancomunidad y la solidaridad, las obligaciones alternativas, condicionales, a plazo y con cláusula penal, la regulación de los modos de extinción y la prueba de las obligaciones. Todo ello debía hacerse armonizando el Código con la Ley de Enjuiciamiento Civil y respetando la legislación notarial y los principios generales por los que estas materias se regían. Poco más dice la Base 20 en relación con los contratos, respecto de los que el legislador señaló que eran fuentes de obligaciones y que debían ser considerados como meros títulos de adquirir el dominio o cualquier otro derecho real y que debían continuar sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, pero no opera la transmisión. Por lo demás, ordenaba la referida base fijar las condiciones del consentimiento, capacidad, libertad, objeto y causa de los contratos, forma e interpretación de los mismos y motivos que anulan y rescinden las convenciones, temas en los que los autores de las bases consideraron que se debían seguir los “principios consagrados por las legislaciones modernas”.

A la misma conclusión se llegó en la discusión parlamentaria sobre la forma en que el Gobierno había cumplido el encargo de la Ley de Bases. Toda la reflexión sobre el Derecho de contratos fue más bien superficial. Se hacía continuamente hincapié en el principio de autonomía de la voluntad. Es verdad que la base primera había ordenado que se tomara como punto de partida el anterior Proyecto de 1851. Y eso hizo el codificador ante los preceptos de que tratamos. Recibió por esta vía sobre todo la regulación del Código Civil francés, aunque es cierto que con las importantes y sabias acotaciones y puntualizaciones de don Florencio García Go-yena y de los demás miembros de la Comisión redactora. El fondo doctrinal continuó siendo el Código Civil francés que, además, había recibido una herencia que en parte procedía de las escuelas del derecho natural racionalista y en parte de una recepción no especialmente crítica de muchas de las soluciones del derecho romano. En los momentos anteriores a la promulgación de nuestro código los autores introdujeron leves modificaciones, la mayor parte de las cuales tenían su origen en el Derecho comparado, como en el Código Civil italiano de 1865, en el Código Civil argentino

y en las notas con que lo enriqueció Dalmacio Vélez Sársfield y en el llamado Anteproyecto de Laurent. De todo ello resultó una regulación que presentaba por lo menos altibajos y claroscuros y que sin poderse decir que incurriera en contradicciones, tampoco presentaba una interna armonía. Por otra parte, esos preceptos pensados en épocas anteriores empezaron a cuadrar mal con las variaciones que en el mundo económico se estaban produciendo y se iban a producir no mucho después.

III

El siglo XX, en todo su cambiante y multiforme recorrido, ha conocido fenómenos a veces contradictorios que han incidido de lleno en la regulación legal de los contratos. Es el más importante, sin duda, el que se ha podido llamar la masificación y la estandarización de la materia contractual, que ha producido la conocida figura de las condiciones generales de la contratación y la búsqueda de remedios para corregir o paliar los abusos que a través de ella se pueden cometer. A consecuencia de los sucesivos períodos de crisis económicas y de bonanzas se han conocido también anómalas figuras como la creación de relaciones contractuales por imposiciones administrativas u otras fórmulas parecidas y nuevos períodos que pueden llamarse de una nueva liberalización. Los últimos años del siglo anterior y los primeros de éste han incidido en el fenómeno conocido típicamente como globalización, la multiplicación de los mercados y lo que podemos llamar relaciones transfronterizas. Todo ello, unido a la existencia de estructuras políticas supranacionales, ha impulsado el nacimiento de cuerpos de derecho que se ocupan de esta materia sirviéndose de nuevos puntos de vista y de nuevos criterios.

IV

Aunque podrían citarse muchos otros precedentes, el camino fue abierto por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL) y adoptada en Viena en 1980.

La Convención de Viena marcó, de forma muy notoria, un importante grado de evolución del Derecho general de obligaciones y contratos con un muy notable grado de aproximación entre los Derechos de origen anglosajón y los de cuño europeo continental y, dentro de estos últimos, entre los situados en el campo del Derecho alemán y los que se podían situar en el ámbito de influencia del Derecho francés. La Convención de Viena se ha visto después proseguida por importantes tentativas de elaborar reglas comunes que representen algo así como

un Derecho de Contratos de aceptación general en el tráfico comercial o por utilizar la misma denominación que ellos prefieren el *usus mercatorum*. Ocurre así con los llamados Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT). En la misma línea tenemos que destacar el hecho de que durante años grupos de trabajo formados por juristas y profesores alentados desde las instancias de la Unión Europea hayan venido trabajando en pro de una unificación europea de este tipo de normas para hacerlas comunes a toda la Unión. La publicación de la primera y la segunda parte —y más tarde de la tercera— de todos los trabajos con el nombre de Principios de Derecho europeo de contratos ha producido un gran impacto, tanto en los ámbitos universitarios como en los dedicados a la práctica jurídica sobre todo en materia de arbitraje. Finalmente, hay que destacar el hecho de que la Unión Europea haya producido un gran número de directivas, que, aunque directamente relacionadas con los llamados contratos de consumo o contratos con consumidores, han supuesto, según se dice, un núcleo de ese Derecho europeo de contratos que a su vez impone la necesidad de coordinarlo con el resto del ordenamiento, pues la existencia de una estrecha relación entre las diversas partes del ordenamiento resulta indiscutible.

Todo ello ha provocado que, con independencia del éxito que esas tentativas y esos trabajos hayan podido tener y puedan tener en el futuro, en la superación de los Derechos nacionales en esta materia, algunos países de lo que se suele llamar nuestro entorno hayan sentido la necesidad de poner al día su propia regulación y en cierta medida de colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos. Este ha sido muy especialmente el caso de la República Federal de Alemania con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001, que ha introducido muy profundas variaciones en el Código Civil de aquel país, y con similares movimientos que se perciben en la República francesa y en algunos otros países europeos.

Todo ello aconseja que las ya centenarias normas de nuestro Código Civil en esta materia sean examinadas, reexaminadas y en lo necesario sustituidas por otras.

Al tratar de pergeñar y organizar estas nuevas normas hay una serie de finalidades que no se pueden perder de vista. Ante todo, hay que tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, lo cual significa tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los añejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad, de manera que la suerte de los con-

tratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico. Una segunda finalidad, esta evidente, habrá de ser buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy. No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea, puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas. Y todo ello, en espera de una unificación de las normas de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse.

V

En materia de obligaciones el texto trata, dentro de las disposiciones generales, de las cuestiones de deuda, responsabilidad patrimonial universal, acción subrogatoria, transmisibilidad y fuentes de la obligación, incorporando la regulación de la promesa unilateral y de la promesa pública de recompensa. Se actualiza la regulación de las obligaciones de dar, las genéricas, alternativas, condicionales y a plazo, con especial atención a las pecuniarias; y en el campo de las obligaciones con pluralidad de sujetos se adopta la presunción de solidaridad pasiva (salvo en el ámbito de los consumidores) y de mancomunidad activa. Se sistematiza la regulación de las cláusulas penales, las de fijación convencional de la indemnización de daños y perjuicios y las de desistimiento o penitenciales.

El texto se ocupa, dentro del cumplimiento de las obligaciones, del pago y la consignación; y en capítulo propio de la compensación ejercitable por disposición de los titulares y no de oficio por el juez. En el ámbito del incumplimiento se dota al acreedor de los instrumentos adecuados para restablecer el orden jurídico tales como la suspensión cautelar de la realización de su propia prestación, las acciones de cumplimiento, reducción del precio, resolución y finalmente la de resarcimiento de daños y perjuicios. Merece regulación especial la alteración extraordinaria de las bases del contrato.

Como diversas modificaciones subjetivas de la relación obligatoria regula el texto las figuras de la cesión de créditos, asunción de deuda, delegación y cesión de la posición contractual.

Finalmente el texto que se propone no dedica un título o capítulo específico a la extinción de las obligaciones sino que regula tres figuras como la novación extintiva, la remisión y la confusión.

VI

Con independencia de los debates que en sede meramente teórica respecto de las diferentes concepciones de la figura del contrato se

pueden mantener, parece cierto que los codificadores del siglo XIX, que tanto fiaron a la autonomía de la voluntad, no dejaron de sentir ciertos temores respecto de los peligros que la contratación podía acarrear, pues es cierto que todo contrato, abierto hacia un futuro siempre impredecible, presenta algo de aventura. En la medida en que el contrato se pensaba como una auto-limitación de la libertad individual y como la aceptación de la constrictión que toda obligación encierra, se multiplicaban los requisitos necesarios para entender el contrato como celebrado, de lo que es muy buena muestra el Artículo 1.261 Código Civil, y se exigía un casi perfecto encuentro de los consentimientos libres. No hay que decir que en esta concepción las posibles pretensiones de nulidad se multiplican.

En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse. Contemplando las cosas desde otro punto de vista puede decirse, especialmente en aquellos casos en que ha existido un principio de ejecución del contrato que es preferible considerar a éste como celebrado que organizar las pretensiones de enriquecimiento o de restitución que tendrían que ser lógica consecuencia de la nulidad. La presente reforma se inspira en esa misma idea: la existencia del contrato o el hecho de que éste se considere celebrado desde el punto de vista jurídico, se facilita mediante una nueva regulación de la formación de los contratos, especialmente mediante el cruce de ofertas y aceptaciones, que está, sin duda, muy inspirada en la Convención de Viena y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Mas se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación.

VII

Los llamados vicios de la voluntad se mantienen aunque también adoptando respecto de ellos una regulación que trata de compaginar o coherar el principio de la libre voluntad negocial real con los principios de autorresponsabilidad, confianza y buena fe. Y aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener.

De todo ello resulta una construcción que parece armónica y que puede, como se ha dicho, facilitar la contratación.

VIII

Especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación.

El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado “favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial. Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento.

Se han retocado, tratando de mejorarlas, las reglas sobre el cumplimiento y sus subrogados, así como las relativas a la cesión de créditos y a la asunción de deudas, introduciendo en todos estos puntos, por utilizar la terminología más antigua, las líneas seguidas por los principios que hoy deben considerarse como imperantes en esta materia.

IX

Singulares dificultades ha producido, en la concepción y redacción del presente borrador de anteproyecto de ley, la relación del moderno Derecho de obligaciones y contratos con las incesantes normas aparecidas en los últimos veinte ó veinticinco años en la materia que hoy

se conoce como Derecho de Consumo y, en particular, con el régimen jurídico de los contratos con consumidores. No puede desconocerse que estas regulaciones modernas significan un cambio en los puntos de vista de valoración de determinadas circunstancias que alteran en profundidad el Derecho tradicional. Ante ello puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de Consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código Civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas, del tipo de las que los codificadores de 1889 realizaron a tantas leyes especiales. No puede ocultarse que este tipo de solución sería preferida por los especialistas en la materia que profesan lo que algún autor llamó la “especialización científica” y considerada como una intrusión en un cuerpo de leyes, por más que estos últimos tengan vocación de universalidad y penetren en la materia que desean monopolizar. La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor. En este punto, como en otros, el anteproyecto se alinea con la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones y como ella ha preferido recoger el conjunto de normas sustanciales reguladoras de la susodicha materia.

X

No podría terminar esta *Exposición de Motivos* sin añadir una observación final de suma importancia. Los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8ª del apartado primero del Artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y no hay duda de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia.

En virtud de todo ello, la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación tiene el honor de proponer el siguiente Anteproyecto de Ley:

Artículo Primero.

Los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil que comprenden los artículos 1088 a 1235 y 1236 a 1314, respectivamente, tendrán en lo sucesivo la redacción que se inserta a continuación:

LIBRO CUARTO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO PRIMERO DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1088.

En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor.

Artículo 1089.

Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

Artículo 1090.

Cualquier acreedor cuyo crédito sea exigible podrá ejercitar los derechos y acciones que correspondan a su deudor, si éste, en perjuicio de acreedores, no los ejercita o descuida su ejercicio.

El acreedor condicional y el acreedor a término podrán también ejercitar los derechos y acciones de su deudor si es necesario para el aseguramiento de sus créditos, a no ser que el deudor pruebe que posee bienes bastantes para responder de sus deudas.

Se exceptúan de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores los derechos y acciones que sean inherentes a la persona del deudor.

Cuando el acreedor ejercite judicialmente los derechos y acciones del deudor, deberá llamar a este último al proceso.

Artículo 1091.

Los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles, salvo que otra cosa resulte de la ley o de la naturaleza de la obligación, o que se haya pactado la intransmisibilidad.

Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto.

La promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos por la ley.

Artículo 1093.

La promesa, mediante anuncio público, de una prestación en favor de quien realice determinada actividad, obtenga un concreto resultado o se encuentre en cierta situación, obliga al promitente frente a quien haya realizado la conducta, producido el resultado o venido a encontrarse en la situación contemplada, aunque ello haya ocurrido sin consideración a la promesa.

La promesa pública es revocable o modificable a voluntad del promitente, pero si se la ha sometido a un plazo de vigencia, sólo será revocable o modificable si media una justa causa. Para ser eficaz, la revocación o modificación deberá hacerse pública en la misma forma que la promesa, o en otra equivalente.

La revocación o modificación de la promesa es ineficaz si la conducta, el resultado o la situación previstos se hubieren ya realizado.

Si la obtención del resultado previsto fuere debida a la actuación de varias personas conjunta o separadamente, se dividirá entre ellas la prestación prometida en proporción a la participación de cada uno en el resultado.

Artículo 1094.

La promesa de concesión de un premio mediante concurso sólo es válida cuando en el anuncio se fija plazo para la presentación de los aspirantes y para la decisión.

La admisión de los aspirantes y la concesión del premio corresponderá a las personas designadas en la promesa o, a falta de éstas, al promitente.

CAPÍTULO II DE LAS DIFERENTES CLASES DE OBLIGACIONES

Sección primera. De las obligaciones de dar

Artículo 1095.

El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que la obligación de entregarla es exigible.

La obligación de dar cosa determinada comprende el deber de entregar todos sus accesorios.

SECCIÓN SEGUNDA DE LAS OBLIGACIONES GENÉRICAS

Artículo 1096.

Si la obligación consistiere en la entrega de una cosa determinada por su género, deberá ser cumplida con cosa sin defecto, perteneciente al género señalado. La elección, salvo que esté atribuida a otra persona, corresponderá al deudor.

Cuando la calidad de la cosa no resulte del contenido del contrato, el acreedor no podrá exigirla de las superiores ni el deudor entregarla de las inferiores.

Artículo 1098.

La obligación genérica se convierte en específica cuando el deudor haya hecho todo lo que le incumbe para la entrega.

SECCIÓN TERCERA DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Artículo 1099.

Las obligaciones cuyo objeto sea una suma de dinero son exigibles por su importe nominal, a no ser que otra cosa resulte de la ley, o del título constitutivo de la obligación.

Las obligaciones cuya finalidad fuere indemnizar en dinero un daño o restituir un valor patrimonial han de ser cumplidas con una suma equivalente al valor del daño sufrido o al valor patrimonial objeto de restitución.

Artículo 1100.

El cumplimiento de las obligaciones pecuniarias deberá realizarse en la moneda que en ellas se indique. Sin embargo, salvo que otra cosa resulte del contrato, el deudor podrá pagar en la moneda de curso legal en el momento y lugar del pago. El deudor carecerá de la facultad de elección cuando el contrato la hubiere excluido.

Si resultare imposible cumplir la obligación en la moneda exigible, se utilizará la de curso legal en el momento y lugar del pago. Cuando la imposibilidad provenga de la sustitución de la moneda, se utilizará la que legalmente la haya sustituido.

Artículo 1101.

Si por alguna de las causas previstas en el Artículo anterior, el pago se realiza en moneda diferente de aquella con la que se determinó la

deuda, la equivalencia se establecerá conforme al valor de mercado en el tiempo y lugar en que se realice el pago.

En estos mismos casos, siempre que el retraso en el pago de la deuda fuera debido a una causa imputable al deudor, el acreedor podrá exigir que se establezca la equivalencia aplicando el cambio del día del vencimiento de la obligación.

Artículo 1102.

Si el acreedor tuviera abierta en el lugar del pago una cuenta en una entidad de crédito destinada a operaciones relacionadas con el origen de la deuda, el deudor puede cumplir la obligación haciendo acreditar en dicha cuenta la suma debida, a no ser que el acreedor lo haya excluido.

La suma se considerará entregada en el momento en que se produzca el abono en la cuenta.

Artículo 1103.

La entrega de pagarés, cheques, letras de cambio u otros títulos análogos sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por causa imputable al acreedor se hubiesen perjudicado.

Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Artículo 1104.

En la obligación pecuniaria el deudor deberá intereses cuando así resulte de la ley o del título constitutivo de la obligación.

La cuantía de los mismos será la que determine la fuente que los establezca o, a falta de dicha determinación, la correspondiente al interés legal del dinero.

Artículo 1105.

Los intereses vencidos sólo devengan a su vez intereses cuando exista pacto expreso o cuando el acreedor los reclame judicial o extrajudicialmente.

**SECCIÓN CUARTA
DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS**

Artículo 1106.

El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.

El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra.

Se entiende que hay diversidad de prestaciones no sólo cuando recaigan sobre objetos distintos, sino también cuando existan diferencias referentes a sus circunstancias, como el tiempo o el lugar de su cumplimiento.

Artículo 1107.

La elección corresponde al deudor, a menos que se haya atribuido al acreedor o a un tercero.

La elección tiene lugar mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte, o a ambas, y es irrevocable desde que llega a su destinatario o destinatarios.

La obligación alternativa se convierte en simple tras la elección.

Artículo 1108.

Cuando la parte a quien corresponda la facultad de elección no la ejercite en el plazo previsto en el título de la obligación, la facultad de elegir pasará a la otra. Lo mismo procederá cuando el título no hubiere fijado el plazo para la elección, si ésta no se realiza en el tiempo debido, atendidas la naturaleza y circunstancias de la obligación.

Si la elección ha sido atribuida a un tercero y éste no la lleva a cabo en el plazo previsto, corresponderá hacerla al Juez.

Artículo 1109.

La imposibilidad de una o varias prestaciones no limita la facultad de elegir de las partes. Si se eligiera una prestación imposible, se aplicarán, en consideración a ella y a las circunstancias determinantes de la imposibilidad, las normas de responsabilidad contractual así como las de resolución por incumplimiento.

El deudor no podrá elegir una prestación imposible, a no ser que la imposibilidad resulte de causa imputable al acreedor.

SECCIÓN QUINTA DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

Artículo 1110.

En las relaciones obligatorias sometidas a condición suspensiva o resolutoria el comienzo o cese de todos o algunos de sus efectos depende del hecho futuro e incierto establecido como condición. Del mismo modo, los efectos de una relación obligatoria podrán hacerse

depender del conocimiento de un hecho pasado que los interesados ignoren.

La suerte o la voluntad de un tercero pueden constituir condición.

Artículo 1111.

Cuando el cumplimiento de la obligación dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

Artículo 1112.

Son nulas las obligaciones que dependan de condiciones prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres.

Artículo 1113.

La fase de pendencia de una condición concluye en el momento de su cumplimiento o cuando sea indudable que éste no tendrá lugar; cuando transcurra el período de tiempo dentro del cual, conforme al título y atendida la función de la condición, debiera haberse producido aquél; y en su defecto, en el tiempo que verosíblemente se hubiera querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación.

Artículo 1114.

Se tendrá por cumplida o incumplida la condición si una de las partes, en contra de la buena fe impide o provoca su cumplimiento.

Artículo 1115.

Durante el periodo de pendencia de la condición:

1. Cada una de las partes podrá realizar los actos y ejercitar las acciones que resulten procedentes para la conservación de sus derechos.

2. El deudor deberá actuar con la diligencia debida para salvaguardar la integridad del derecho del acreedor y, de no hacerlo, será responsable de los perjuicios que por aquella razón le fueren imputables si se cumple la condición.

3. El deudor podrá repetir lo que por error hubiese pagado.

4. No quedará impedida la transmisibilidad de los derechos sujetos a condición.

Artículo 1116.

El cumplimiento de las condiciones no produce efectos retroactivos salvo que otra cosa resulte del título constitutivo de la obligación.

SECCIÓN SEXTA DE LAS OBLIGACIONES A PLAZO

Artículo 1117.

Será inmediatamente exigible la obligación que no tenga plazo de cumplimiento, ni quepa deducirlo de los usos.

Si se hubiese señalado término, se presumirá éste establecido en beneficio de ambas partes, a no ser que del título de la obligación resulte otra cosa.

Artículo 1118.

Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no constituye pago indebido.

Si el pago se hubiese anticipado por un error excusable y cognoscible para la otra parte, el que pagó tendrá derecho a reclamar del acreedor el descuento correspondiente al interés legal del dinero, o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa, entre el momento del pago y el del vencimiento del plazo.

Artículo 1119.

La obligación sometida a un término, cuya fijación dependa de la voluntad de una de las partes, dará derecho a la otra para requerirla a fin de que, de acuerdo con el título y las exigencias de la buena fe, lleve a cabo la fijación. Si el requerimiento fuese desatendido, sin justa causa, la obligación se tendrá por vencida a partir del momento en que sea posible su cumplimiento, si así se hubiese expresado en el requerimiento.

La misma regla será aplicable si la obligación no señalase plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse.

Artículo 1120.

Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1. Cuando, después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que se garantice la deuda.
2. Cuando no se otorguen al acreedor aquellas garantías en cuya contemplación fue establecido el plazo.
3. Cuando por causa imputable al deudor hubiesen disminuido dichas garantías.

4. Cuando por caso fortuito desapareciesen, a menos que sean sustituidas por otras igualmente seguras.

Artículo 1121.

La obligación sujeta a un término final se extinguirá cuando llegue el día señalado o cuando el término final se deduzca de los usos.

Si las relaciones obligatorias fueren de duración indefinida, y del título o de la ley no resultare otra cosa, se extinguirán por su denuncia por cualquiera de las partes hecha de buena fe.

CAPÍTULO III DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

SECCIÓN PRIMERA DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1122.

Cuando en virtud de un mismo contrato dos o más personas sean deudoras de una misma prestación que cualquiera de ellas pueda realizar íntegramente, quedarán obligadas solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato. Esta regla no es aplicable si los deudores lo son en virtud de un contrato celebrado con un profesional y en el que han actuado como consumidores o usuarios.

Será solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas.

Tanto en el supuesto regulado en el inciso final del primer párrafo como en los demás casos en que no sea aplicable el régimen de la solidaridad, la obligación será mancomunada si otra cosa no resulta de la ley o del contrato.

Entre acreedores sólo habrá solidaridad cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley.

La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

Artículo 1123.

Si la obligación fuese mancomunada se observarán las reglas siguientes:

1.a Siendo varios los acreedores, el deudor sólo se libera pagando a todos conjuntamente y cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos. Sólo perjudican al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos.

2.a Siendo varios los deudores, el acreedor deberá ejercitar su derecho dirigiéndose contra todos, y si alguno resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta.

Artículo 1124.

En la obligación mancomunada el crédito y la deuda deberán quedar divididos en tantas partes como acreedores y deudores haya, si la prestación fuese divisible, no se opusiese a la división el título constitutivo o la finalidad perseguida por la obligación, y cualquiera de los acreedores o de los deudores hubiere manifestado a la otra parte su voluntad de que la división se produzca.

La división se hará por partes iguales, salvo que resulte otra cosa de la relación existente entre los deudores o entre los acreedores.

Los créditos y las deudas, una vez divididos, se reputan distintos y pueden ejercitarse o cumplirse independientemente unos de otros, pero para ejercitar la acción resolutoria será necesario el concurso de todos los acreedores.

SECCIÓN SEGUNDA DE LA SOLIDARIDAD DE DEUDORES

Artículo 1125.

En la deuda solidaria, cualquiera de los deudores está obligado a ejecutar la totalidad de la prestación, en tanto el derecho del acreedor no quede íntegramente satisfecho.

El acreedor puede exigir el pago a cualquiera de los deudores solidarios, a varios de ellos o a todos simultáneamente. Las reclamaciones judiciales entabladas contra uno o varios de los deudores solidarios no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

Artículo 1126.

El acreedor podrá ejercitar del mismo modo las demás facultades derivadas de su derecho, pero las reclamaciones y notificaciones hechas a uno de los deudores solidarios no perjudican a los demás. La facultad resolutoria deberá hacerse frente a todos los deudores.

Artículo 1127.

El cumplimiento por parte de uno de los deudores solidarios libera también a los demás deudores. Lo mismo sucede con la dación en pago, la consignación, la compensación y los demás actos que sean extintivos de la obligación.

Artículo 1128.

La existencia de un crédito de uno de los deudores solidarios compensable con el del acreedor autoriza a los demás a denegar el pago en la parte de aquel deudor.

Artículo 1129.

Si en una misma persona se reúnen las condiciones de acreedor y deudor solidario, la obligación de los otros deudores se extingue en la parte de aquel deudor.

Artículo 1130.

La remisión realizada en favor de un deudor solidario libera a los demás en la parte del condonado.

Cuando la solidaridad tenga origen contractual, la remisión aprovechará a todos los deudores si no consta que ha sido otra la voluntad del acreedor.

Artículo 1131.

Cada deudor solidario responde solidariamente frente al acreedor de los daños causados a éste por el incumplimiento de cualquiera, salvo que pruebe que para él existió un caso fortuito.

Artículo 1132

El deudor solidario podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor todas las excepciones que deriven objetivamente de la obligación y las que le sean personales. Podrá también servirse de las que fueren personales de los demás en la parte que a éstos corresponda.

Artículo 1133.

La sentencia dictada en proceso seguido por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto de cosa juzgada para los demás, pero éstos podrán oponerla al acreedor si les es provechosa.

Artículo 1134.

Los deudores solidarios deben comportarse entre sí de buena fe, informándose recíprocamente sobre la procedencia de las excepciones que se puedan oponer.

Asimismo, cada deudor solidario, cuando se vea requerido o demandado para el pago, podrá recabar de cada uno de los otros la prestación de las garantías oportunas.

Artículo 1135.

El deudor que haya cumplido la obligación o de otra forma liberado a los demás deudores podrá reclamar de éstos, en la parte que a cada uno corresponda, el reembolso de las cantidades aplicadas a aquel fin, los gastos razonablemente causados y los intereses de unas y otros.

Si no pudiere obtenerse el reembolso de alguno de los codeudores, la parte de éste será suplida por todos los demás a prorrata.

También podrá el deudor que haya cumplido íntegramente subrogarse en los derechos del acreedor para exigir a cada uno de los codeudores la parte que corresponda.

Artículo 1136.

Se presume que la deuda es por partes iguales.

SECCIÓN TERCERA DE LA SOLIDARIDAD DE ACREEDORES

Artículo 1137.

Cada uno de los acreedores solidarios tiene derecho a exigir la totalidad de la prestación.

El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios mientras no haya sido demandado judicialmente por alguno. La misma facultad tendrá para consignar, compensar si procediere y cumplir el acuerdo de dación en pago si lo hubiere.

Demandado judicialmente el pago a un deudor, éste sólo se libera por el pago hecho al acreedor demandante; pero podrá oponer en compensación el crédito que tenga contra otro de los acreedores.

El acreedor que haya cobrado la deuda responderá frente a los demás de la parte que les corresponda en la obligación.

Artículo 1138.

Cualquier acreedor podrá poner en mora al deudor con efectos para todos los acreedores.

Los efectos de la mora en recibir de un acreedor solidario se extienden a los demás.

Artículo 1139.

La confusión extingue la obligación en la parte que correspondiera al acreedor en quien haya recaído.

Artículo 1140.

La remisión hecha por un acreedor sólo libera al deudor frente a los restantes acreedores en la parte de deuda que corresponda al primero.

Artículo 1141.

En las obligaciones sinalagmáticas, la facultad resolutoria deberá ejercitarse con el consentimiento de todos los acreedores.

Artículo 1142.

La cesión en favor de un tercero realizada por uno de los acreedores solidarios no afectará a los demás, salvo que lo consintieren.

Artículo 1143.

La sentencia dictada en proceso seguido entre uno de los acreedores solidarios y el deudor no produce, en relación con los demás acreedores, efecto de cosa juzgada; pero éstos podrán hacerla valer frente al deudor en la medida en que les sea provechosa.

Artículo 1144.

En lo no previsto en los artículos anteriores, cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial.

Artículo 1145.

En las relaciones internas el crédito se presume por partes iguales.

CAPÍTULO IV DE LAS CLÁUSULAS PENALES

Artículo 1146.

La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin

necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal.

El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida.

Artículo 1147.

La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes.

Artículo 1148.

El acreedor sólo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor.

La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor.

Artículo 1149.

El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.

Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquélla pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado.

Artículo 1150.

El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.

Artículo 1151.

La nulidad de la cláusula de fijación de indemnización o de pena no lleva consigo la de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula.

Artículo 1152.

La atribución que una de las partes realice en favor de la otra en el momento de la celebración del contrato, será prueba de su conclusión y se imputará a la prestación debida.

Sólo existirá la facultad de desistir del contrato, perdiendo aquélla atribución quien la realizó o devolviéndola duplicada quien la recibió, si hubiese sido expresamente concedida.

La pérdida de la atribución realizada o su restitución duplicada sólo constituirán liquidación convencional de daños y perjuicios cuando así resulte del título constitutivo de la obligación.

CAPÍTULO V DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1153.

No se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía.

Artículo 1154.

El deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba una prestación diferente aun cuando fuera de valor igual o mayor que la debida.

Artículo 1155.

La obligación puede ser cumplida por un tercero, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o del contenido del contrato; pero el acreedor puede rechazar el pago si el tercero no tiene derecho a subrogarse conforme al Artículo siguiente y el deudor ha manifestado su oposición.

El tercero podrá reclamar del deudor aquello que resulte de la aplicación de las normas relativas a la relación que existiera entre ambos o, en su defecto, aquello en que el deudor se hubiera enriquecido con el pago.

Artículo 1156.

1. El tercero que haya pagado la deuda quedará subrogado en el crédito del acreedor, con sus garantías y privilegios, cuando en el momento del pago lo convenga así con el acreedor. También quedará subrogado en el crédito del acreedor, con sus garantías y privilegios, si bien con el límite de lo que efectivamente hubiere pagado, en los siguientes casos:

1.º Cuando el deudor haya aprobado expresamente el pago del tercero.

2.º Cuando pague un acreedor a otro acreedor preferente.

3.º Cuando pague el tercero que hubiera garantizado el cumplimiento de la deuda pagada o cuando por otras razones estuviera interesado en su cumplimiento.

La subrogación no puede hacerse valer en perjuicio del acreedor. Si a éste se le hubiera hecho un pago parcial, podrá ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar en virtud del pago parcial del mismo crédito.

2. El deudor que, para pagar la deuda, hubiera recibido fondos de un tercero, podrá subrogar a éste en el crédito pagado, sin necesidad de consentimiento del acreedor, siempre que la transferencia de los fondos se haya hecho constar en escritura pública y en la carta de pago se haya expresado la procedencia de la cantidad pagada.

Artículo 1157.

El pago debe hacerse al acreedor, a su representante, o a la persona indicada por el acreedor o legalmente autorizada para recibirlo.

El pago hecho a quien no estuviera legitimado para recibirlo, sólo libera al deudor en la medida en que se haya convertido en utilidad del acreedor o si éste lo ratifica expresa o tácitamente.

Artículo 1158.

El pago hecho de buena fe a quien aparezca como titular del crédito faculta al deudor para hacer valer su liberación.

Si la hiciera valer, el que recibió el pago quedará obligado frente al acreedor según las normas del cobro de lo indebido.

Artículo 1159.

El pago hecho a un incapaz para recibirlo sólo libera al deudor en la medida en que lo pagado se haya convertido en utilidad del incapaz o haya llegado a poder de su representante legal.

Por incapacidad del deudor que lo hubiere realizado, el pago sólo podrá ser repetido si hubiere sido perjudicial para él.

Artículo 1160.

No libera al deudor el cumplimiento realizado después de habersele notificado el embargo del crédito u otra orden judicial o adminis-

trativa de retener su pago; pero podrá repetir desde luego lo pagado al acreedor.

Artículo 1161.

A menos que el título constitutivo de la obligación expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.

Artículo 1162.

Si el lugar del cumplimiento no resulta de la ley, de la naturaleza de la obligación o del contenido del contrato se aplicarán las reglas siguientes.

La obligación de dar cosa determinada deberá cumplirse en el lugar en que se encontraba en el momento de constituirse la obligación.

La obligación pecuniaria deberá cumplirse en el domicilio del acreedor, pero si éste fuera distinto del que tenía en el momento de constituirse la obligación, serán de cargo del acreedor los mayores gastos que ocasionare el cambio del lugar del pago. El deudor podrá pagar en su propio domicilio cuando el acreedor no le hubiere comunicado con la antelación necesaria su nuevo domicilio.

En los demás casos, el lugar del cumplimiento será el domicilio del deudor; pero si fuera distinto del que tenía en el momento de constituirse la obligación, será en éste donde deberá cumplirse, salvo que el deudor haya comunicado al acreedor el lugar de su nuevo domicilio y asumido la obligación de resarcirle de los perjuicios que le comporte el cambio del lugar de cumplimiento.

Artículo 1163

El que tuviere varias deudas de la misma especie en favor del mismo acreedor podrá declarar, al tiempo de hacer un pago no bastante para extinguirlas todas, a cuál de ellas debe aplicarse.

A falta de tal declaración, el pago se imputará a la obligación vencida; entre las vencidas, a la más gravosa para el deudor; entre las igualmente gravosas, a la más antigua; y en última instancia, el pago se imputará a las distintas deudas a prorrata.

Si el deudor aceptare del acreedor un recibo en el que se hiciese la aplicación del pago, no podrá pretender una imputación diferente, a menos que hubiere mediado cualquiera de las causas que invalidan el consentimiento.

Artículo 1164.

Cuando, junto al capital, el deudor deba satisfacer gastos e intereses, no podrá imputar el pago al capital mientras no estén cubiertos primero los gastos y después los intereses; el acreedor podrá rechazar el pago ofrecido por el deudor con una aplicación que contravenga la regla anterior.

Artículo 1165.

Los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor.

Artículo 1166.

El deudor no puede liberarse realizando una prestación diferente a la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor lo consienta. En este caso, la obligación quedará extinguida como si se hubiera realizado la prestación debida, cuando se ejecute la prestación diferente.

Cuando la cosa dada en pago no sea conforme a lo acordado o adolezca de vicios jurídicos, el acreedor podrá ejercitar las mismas acciones que según este Código corresponden al comprador en estos casos, salvo que opte por dejar sin efecto su consentimiento a la dación y exigir la prestación primitiva con la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

Si el convenio de dación en pago fuese declarado nulo, anulado o rescindido, el acreedor conservará el derecho a la prestación primitiva.

En los casos de los dos párrafos anteriores, las garantías prestadas por terceros quedarán extinguidas, salvo que éstos conocieran o hubieran debido conocer el defecto de que adolecía la dación en pago.

Artículo 1167.

Cuando el deudor ejecuta una prestación diferente a la debida para que el acreedor se haga pago mediante la realización del objeto de aquélla, la obligación se extingue en la medida en que el acreedor quede satisfecho con su realización. La acción para exigir la obligación primitiva quedará en suspenso.

Se presumirá que este es el caso y no el contemplado en el Artículo anterior cuando la prestación diferente consista en la asunción de una deuda o en la cesión de un crédito. Salvo voluntad distinta de las partes, el acreedor podrá exigir la prestación originaria desde que resulte desatendida una reclamación de pago de la nueva deuda o del crédito.

Artículo 1168

Quien cumple una obligación tiene derecho a exigir un recibo de aquel a quien paga, así como la restitución del título de la obligación si lo hubiere o, cuando el acreedor tuviese interés legítimo en conservarlo, la mención en él del pago realizado. La alegación por el acreedor de que no puede restituir el título, ni mencionar en él el pago, dará derecho al deudor a exigir, a costa del acreedor, que el recibo conste en documento público.

El deudor puede denegar la prestación mientras no se le reconozcan los derechos a que se refiere el apartado anterior.

En todo caso, el deudor podrá exigir a su costa que el recibo conste en documento público.

Artículo 1169.

Si el acreedor diere recibo del capital sin reserva alguna de los intereses o de otras prestaciones accesorias, se presumirán pagados tales intereses o prestaciones.

Si el acreedor, sin reserva alguna, diere recibo de intereses o de otras prestaciones periódicas, se presumirán pagados los anteriores.

La entrega del título original del crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, hace presumir la liberación de éste. Siempre que dicho título se halle en poder del deudor, constando que había sido entregado antes al acreedor, se presumirá que éste lo devolvió al deudor voluntariamente.

Artículo 1170.

Si el acreedor se negare sin razón a admitir el pago ofrecido por el deudor o por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.

La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación.

Artículo 1171.

Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación.

La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago.

Artículo 1172.

La consignación se hará judicialmente en la forma prevenida en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o ante Notario.

Cuando se efectúe ante Notario, éste levantará acta a petición de quien intenta el pago. En dicha acta hará constar que se le han entregado en depósito las cosas que se consideren debidas y que se le han acreditado el ofrecimiento, en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás; y que conforme a lo solicitado notifica el depósito y ofrece la entrega de lo depositado al acreedor designado; y que requiere a éste, si se negase a recibir el pago, para que quede enterado de la consignación realizada, sin perjuicio de recoger lo que manifestase como contestación al ofrecimiento y al requerimiento. Esta consignación deberá también notificarse a los interesados.

Artículo 1173.

Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor.

Artículo 1174.

Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor o el tercero pedir que se mande cancelar el título de la obligación si el acreedor no consintiere en ello.

Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación.

Artículo 1175.

Si hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviese sobre la cosa. Los codeudores y fiadores quedarán libres.

CAPÍTULO VI DE LA COMPENSACIÓN

Artículo 1176.

Cuando dos personas sean a la vez acreedoras y deudoras la una de la otra, cualquiera de ellas puede liberarse de su deuda por medio de

la compensación si concurren los requisitos exigidos en la ley o lo que las partes hubieran establecido especialmente.

Si las deudas no fueren de igual cuantía, la compensación, cuando proceda, se producirá en la cantidad concurrente.

Artículo 1177.

La compensación se hace efectiva mediante la declaración del facultado para valerse de ella y será ineficaz si se realiza bajo condición o a término.

El Juez no puede declarar de oficio la compensación.

Hecha efectiva la compensación, los créditos quedan extinguidos desde el momento en que se hicieron compensables.

Artículo 1178.

Los efectos de la compensación se retrotraen al momento en que se creó la situación de compensabilidad, pero si después de ésta se hubiese hecho algún pago, por capital o intereses, a cuenta de alguno de los créditos, sólo se reputarán éstos extinguidos desde el momento en que el último pago se hubiese efectuado.

Artículo 1179.

Para que proceda la compensación se requiere:

1.º Que ambas obligaciones consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

2.º Que ambas obligaciones sean líquidas, salvo que los créditos puedan reconocerse como existentes y liquidarse en el mismo juicio.

3.º Que el crédito que se oponga en compensación sea judicialmente exigible y no se pueda oponer contra él ninguna excepción de derecho sustantivo.

4.º Que el que ejercita la facultad de compensación ostente la libre y plena disposición del crédito con el que pretende efectuarla.

No habrá lugar a la compensación si el crédito hubiera sido objeto de retención, embargo u otra medida judicial análoga; o si existiera sobre la titularidad del crédito litigio promovido por terceras personas y haya sido conocido por el compensante.

Artículo 1180.

Declarado un concurso de acreedores, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado; pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

Artículo 1181.

No impide la compensación el hecho de que los créditos estén constituidos en monedas diferentes. Para la compensación se tomará en cuenta la cotización del día en que las deudas se tornaron compensables en el lugar en que debió ser pagada la deuda del compensante, pero la otra parte podrá optar por la cotización del día en que se efectuó la declaración de compensación.

Artículo 1182.

Sólo pueden extinguirse por compensación créditos y deudas propios.

Un tercero facultado para pagar una deuda ajena no puede pretender su extinción por compensación, a menos que de este modo evite perder el dominio u otro derecho sobre una cosa.

El fiador y los propietarios de bienes sobre los que se hubiera constituido prenda o hipoteca en garantía de deuda ajena, podrán oponer en compensación sus propios créditos y el crédito que el deudor principal tuviere contra el acreedor.

En los casos de cesión de créditos se estará en cuanto a la compensación a lo dispuesto en los artículos 1220 y 1221 de este Código.

Artículo 1183.

La simple dilación consentida graciosamente por el acreedor no es obstáculo para la compensación.

Artículo 1184.

Las deudas pagaderas en diferentes lugares pueden compensarse indemnizando el compensante los daños sufridos como consecuencia de que el crédito no se satisfaga en el lugar previsto.

Artículo 1185

Si una persona tuviere con otra varias deudas compensables, se observará en el orden de la compensación lo dispuesto respecto a la imputación de pagos.

Artículo 1186.

La prescripción extintiva no impide la compensación si el cumplimiento del tiempo de aquélla no estuviera realizado cuando los créditos se tornaron compensables.

Artículo 1187.

No puede oponerse compensación a los siguientes créditos:

- 1.º Al proveniente de hecho ilícito doloso.
- 2.º A cualquier crédito en la medida en que sea inembargable.

Tampoco se admite la compensación si se hubiese renunciado a ello, si la ley la prohibiese expresamente. En ningún caso la compensación perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceros antes de que los créditos se tornaran compensables.

CAPÍTULO VII DEL INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN PRIMERA DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1188.

Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten.

Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque.

Artículo 1189.

Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado él mismo.

Artículo 1190.

En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos.

Artículo 1191.

En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento.

**SECCIÓN SEGUNDA
DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO****Artículo 1192**

El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento.

En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:

- 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible.
- 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor.
- 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe.
- 4.º La prestación sea personal del deudor.

Artículo 1193.

El derecho del acreedor al cumplimiento comprende, con las mismas limitaciones establecidas en el Artículo anterior, la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado cuando la naturaleza de la obligación no lo impida.

Artículo 1194.

El acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce.

Artículo 1195.

Si la obligación consistiera en emitir una declaración de voluntad, podrá el acreedor exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si se hubiese pactado

una pena para el caso de incumplimiento sólo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario.

Artículo 1196.

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

**SECCIÓN TERCERA
DE LA REDUCCIÓN DEL PRECIO**

Artículo 1197.

La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato, podrá aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tenía en el momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato.

La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor, tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso.

El ejercicio de las facultades previstas en este Artículo caducará a los seis meses a partir del momento en que hubiera recibido la prestación.

Artículo 1198.

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

**SECCIÓN CUARTA
DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**

Artículo 1199.

Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial.

La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte.

Artículo 1200.

En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad.

También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Artículo 1201.

Si el deudor ofreciere tardíamente el cumplimiento o lo hubiere efectuado de un modo no conforme con el contrato, perderá el acreedor la facultad de resolver a menos que la ejercite en un plazo razonable desde que tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad del cumplimiento.

Artículo 1202.

La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud de del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución.

Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes.

Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto.

Artículo 1203.

Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si

prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquel a quien se restituye.

Artículo 1204.

En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto.

**SECCIÓN QUINTA
DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

Artículo 1205.

El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause.

Este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento.

Artículo 1206.

El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, salvo que pruebe que el daño sea mayor.

Artículo 1207.

La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener.

Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

Artículo 1208.

El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido

doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 1209.

No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.

La exoneración prevista en este Artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo.

Lo dispuesto en este Artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código.

Artículo 1210.

Cuando la deuda fuese de cosa cierta y determinada y procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese sin razón negado a aceptarla.

Artículo 1211.

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

Artículo 1212.

Las partes podrán ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente, y de

acuerdo con los preceptos correspondientes del Capítulo IV de este Título.

Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo.

CAPÍTULO VIII DE LA ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS BÁSICAS DEL CONTRATO

Artículo 1213.

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

CAPÍTULO IX DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS

Artículo 1214.

El acreedor puede ceder a un tercero la totalidad o parte del crédito, salvo que la cesión esté prohibida por la ley o por pacto entre acreedor y deudor, o el crédito se encuentre establecido, por la propia naturaleza de la prestación, en contemplación a la persona del acreedor.

Se pueden ceder créditos futuros determinados o determinables, aunque aún no se hayan celebrado el contrato o contratos de los que tales créditos deriven.

Artículo 1215.

La transmisión del crédito se produce por el consentimiento de cedente y cesionario y sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor.

En lo no previsto en este Capítulo, los requisitos y efectos de la cesión entre las partes se regulan por las normas aplicables al contrato que le sirva de base.

Artículo 1216.

La cesión de un crédito comprende, salvo pacto en contrario, la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

Salvo que el contrato de prenda disponga lo contrario, el cesionario podrá exigir la entrega de la cosa pignorada que estuviese en posesión del cedente, pero no de la que estuviese en poder del deudor o de un tercero.

Con la adquisición de la posesión de la cosa, el cesionario asume todas las obligaciones inherentes al derecho de prenda; pero de su incumplimiento responde también el cedente como un fiador solidario.

Artículo 1217

El cedente debe facilitar al cesionario el documento de donde resulte el crédito y los demás elementos probatorios del mismo de que disponga, así como colaborar de buena fe con el cesionario en la realización del crédito cedido. Si lo cedido hubiere sido parte del crédito, el cedente debe proporcionar al cesionario copias suficientes de los documentos antes mencionados.

A petición del cesionario, el cedente está obligado a formalizar la cesión en escritura pública.

Artículo 1218.

El cedente a título oneroso responde de la existencia, titularidad y transmisibilidad del crédito, a no ser que lo haya cedido como dudoso.

Esta responsabilidad se rige por las disposiciones del Capítulo VII.

Artículo 1219.

El cedente sólo responde de la solvencia del deudor cuando la ley lo determine o así se haya pactado. Tal responsabilidad se limitará a la restitución de lo recibido del cesionario, con sus intereses o frutos y al reembolso de los gastos de la cesión y de los razonablemente realizados por el cesionario para cobrar del deudor. Será nulo todo pacto que agrave la responsabilidad del cedente.

Cuando la insolvencia del deudor fuera anterior y conocida por el cedente y no por el cesionario al tiempo de la cesión, responderá también de daños y perjuicios.

La responsabilidad de que trata este Artículo cesará cuando en la falta de realización del crédito hubiera concurrido negligencia del cesionario en reclamar el cumplimiento o en proceder contra el deudor.

Artículo 1220.

El deudor puede hacer valer frente al cesionario todas las excepciones que tuviera contra el cedente en el momento de la cesión.

Podrá asimismo hacer valer el pago hecho al cedente, la compensación ya operada con éste y cualquier otro acto o contrato sobre el crédito entre el cedente y el deudor antes de tener éste conocimiento de la cesión.

Artículo 1221.

El deudor podrá hacer valer frente al cesionario la compensación que le habría correspondido contra el cedente si la situación objetiva de compensabilidad existía en el momento en que el deudor tuvo conocimiento de la cesión.

Se exigirá además que aquel de los dos créditos compensables que hubiere surgido posteriormente tenga su origen en un contrato celebrado en consideración a la posibilidad de compensación entre ellos.

**CAPÍTULO X
DE LA ASUNCIÓN DE DEUDA**

Artículo 1222.

La asunción de una deuda por un tercero podrá producirse por acuerdo entre este tercero y el acreedor, sin consentimiento ni conocimiento del primer deudor.

Artículo 1223.

El acuerdo de asunción de deuda entre el deudor y un tercero sólo convierte a éste en deudor si el acreedor lo acepta expresamente, a solicitud del propio deudor o del tercero.

Antes de la aceptación, el deudor y el tercero podrán modificar o dejar sin efecto su acuerdo de asunción de deuda. Exceptúase el caso en que esté en vigor el plazo concedido al acreedor para manifestar su aceptación.

El acuerdo de asunción de deuda aún no aceptado por el acreedor o el rechazado por éste, vincula al tercero con el deudor al pago de la deuda, salvo que del propio acuerdo resulte otra cosa.

Artículo 1224.

La asunción de la deuda por un tercero una vez aceptada expresamente por el acreedor, libera al deudor primitivo y extingue las garantías prestadas por terceros, a no ser que los afectados hubieren consentido que en tal caso se mantengan.

Si la asunción de deuda es nula, subsistirá la obligación del deudor primitivo.

Artículo 1225.

El que haya asumido una deuda podrá oponer al acreedor las excepciones derivadas de sus relaciones con él, así como las que provengan de la deuda asumida o resulten de las vicisitudes de la relación en la que la misma se inserta.

No son oponibles al acreedor las excepciones derivadas de la relación entre el antiguo y el nuevo deudor, salvo que el acreedor al aceptar la asunción de deuda las hubiere conocido o podido fácilmente conocer.

CAPÍTULO XI DE LA DELEGACIÓN

Artículo 1226.

Quien por encargo o mandato de otro emitiese una declaración de voluntad de obligarse frente a un tercero, quedará obligado a ejecutar la prestación prometida, aun cuando las relaciones subyacentes entre delegante y delegado no existan, sean nulas o irregulares o se hayan extinguido con posterioridad.

El delegatario que hubiera aceptado expresamente la delegación habrá de dirigir su acción contra el delegado y sólo podrá repetir contra el delegante si aquélla hubiera resultado infructuosa. La misma regla se aplicará si la orden o el encargo fuesen de hacer un pago y el delegado aceptase expresamente el susodicho encargo u orden.

CAPÍTULO XII DE LA CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL

Artículo 1227.

Sin perjuicio de lo establecido en las leyes para determinadas relaciones obligatorias, el acuerdo por el que una de las partes cede a un tercero su posición jurídica en una relación obligatoria con prestaciones recíprocas, sólo adquiere eficacia frente a la otra parte si ésta lo acepta.

El cedente garantizará al cesionario, conforme a la naturaleza del negocio por el que se realiza la cesión, la existencia de la posición contractual transmitida, pero no el cumplimiento de las obligaciones por la otra parte de la relación.

Esta parte sólo podrá oponer al cesionario las excepciones que resulten de la relación cedida; las restantes que hubiera podido oponer al cedente sólo podrá hacerlas valer frente al cesionario si así se hubiese previsto al perfeccionarse la cesión.

CAPÍTULO XIII DE LA NOVACIÓN

Artículo 1228.

La novación, por la que las partes extinguen una obligación constituyendo otra nueva que la sustituye sólo tendrá lugar si así lo declaran terminantemente, o la antigua y la nueva obligación son de todo punto incompatibles.

Artículo 1229.

La novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, pero si ésta derivara de un título anulable, la novación es válida en cuanto suponga confirmación de él.

Artículo 1230.

Cuando la obligación se extinga por efecto de la novación, quedarán canceladas las garantías de aquélla.

CAPÍTULO XIV DE LA REMISIÓN

Artículo 1231.

El acreedor puede remitir, total o parcialmente, la deuda siempre que el deudor lo consienta.

A la remisión realizada con ánimo de liberalidad le serán aplicables las reglas de las donaciones.

La renuncia unilateral del crédito notificada al deudor es extintiva si no se opone a ella en un tiempo prudencial.

Artículo 1232

La remisión aprovecha a los terceros. Si en virtud de causa imputable al acreedor remitente la remisión fuere declarada nula, no subsis-

tirán las garantías prestadas por terceros que no hubieran conocido la causa de nulidad al tiempo de realizarse aquélla.

CAPÍTULO XV DE LA CONFUSIÓN

Artículo 1233.

Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor.

Se exceptúa el caso en que el crédito y la deuda formen parte de patrimonios separados.

Artículo 1234.

La confusión no perjudica los derechos de terceros.

Artículo 1235.

Si la confusión resultare ineficaz en virtud de un hecho anterior a la misma, además de subsistir la relación obligatoria, se entenderán subsistentes las garantías prestadas.

TÍTULO II DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1236.

Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas.

Artículo 1237.

Las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes.

Artículo 1238.

1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral.

Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo.

2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario.

La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado.

4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecue con la causa del contrato celebrado.

Artículo 1239.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional.

La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes.

Artículo 1240.

Habrán de constar para su validez en documento público los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente.

En los demás casos, podrán los contratantes compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público u otra especial en cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en especial, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Que esté así estipulado en el contrato.

También las partes podrán compelerse recíprocamente a que conste por escrito, aunque sea privado, el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de la cantidad mínima de diez mil euros.

Serán de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo los casos en que el contrato o la ley establezca otra cosa.

Artículo 1241.

Un contrato que conste por escrito en el que exista una cláusula que exija que cualquier modificación o extinción del mismo por mutuo acuerdo se haga por escrito, no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, aquella de las partes que con su comportamiento en relación a la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una confianza legítima, no podrá invocar la citada cláusula.

Artículo 1242.

No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores.

Si en el curso de una negociación y antes de alcanzarse el acuerdo, una de las partes hubiera manifestado a la otra que el contrato no se entendería celebrado hasta haber extendido el referido acuerdo a determinadas cláusulas o condiciones o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras tales requisitos no se cumplan.

Artículo 1243.

Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Artículo 1244.

Los contratos sólo producen sus efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que del propio contrato o la ley resulte otra cosa.

CAPÍTULO II DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN PRIMERA DE LAS NEGOCIACIONES

Artículo 1245.

1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.

2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida en que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.

SECCIÓN SEGUNDA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO POR OFERTA Y ACEPTACIÓN

Artículo 1246.

La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta siempre que precise los elementos necesarios del contrato o prevea la forma de determinarlos y revele la voluntad del oferente de obligarse.

La propuesta de contratar que se dirija a personas indeterminadas se considerará como simple invitación a presentar ofertas a menos que el proponente exprese lo contrario.

Artículo 1247.

La oferta tendrá efectividad cuando llegue al destinatario.

Aun cuando fuere irrevocable, la oferta podrá ser retirada siempre que la retirada llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 1248.

La oferta será, sin embargo, irrevocable:

1.º Cuando el oferente le hubiere atribuido este carácter.

2.º Cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocarla.

3.º Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquélla y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza.

Artículo 1249.

Toda oferta, aun cuando fuere irrevocable, queda ineficaz en el momento en que la comunicación rechazándola llegue al oferente.

Artículo 1250.

Toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta constituirá aceptación; pero no el silencio o la inacción por sí solos.

La aceptación adquiere efectividad en el momento en que llegue al oferente.

La aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta; o si no hubiese fijado ninguno, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente.

La aceptación de una oferta verbal tendrá que efectuarse en el acto, a menos que de ella o de las circunstancias se infiera otra cosa.

El comienzo de la ejecución de un contrato por el destinatario de una oferta constituirá aceptación sin necesidad de comunicación al oferente cuando así proceda en virtud de la oferta, de las prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas o de los usos de los negocios, y tal aceptación se haya realizado en los plazos establecidos en el párrafo anterior.

Artículo 1251.

1. La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones de ésta, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá contraoferta.

No obstante, la respuesta que contenga adiciones o modificaciones que no alteren significativamente los términos de la oferta constituirá aceptación, salvo que el oferente hubiera exigido expresamente una aceptación pura y simple o manifieste sin demora su disconformidad.

2. Si se hubiera alcanzado entre comerciantes o profesionales en el ámbito de su común actividad un acuerdo aún no definitivamente documentado y una de las partes hubiera enviado a la otra en un tiempo razonable un escrito de confirmación que contenga adiciones o modificaciones que no alteren significativamente los términos del acuerdo, éstas se integrarán en el contrato, a menos que el destinatario manifieste sin demora justificada su disconformidad.

Artículo 1252.

Cuando en el proceso de formación del contrato ambas partes hayan utilizado formularios de condiciones generales diferentes, si han llegado a un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato y las demás condiciones particulares, existirá contrato regido por las condiciones particulares convenidas y aquellas condiciones generales que sean sustancialmente comunes. En lo demás se aplicará lo dispuesto en el Artículo 1243 de este Código.

La norma del párrafo anterior no será aplicable cuando una de las partes haya comunicado a la otra sin demora desde que se produjo el acuerdo, su voluntad de no quedar vinculada en otros términos que los previstos en sus condiciones generales.

Artículo 1253.

La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

Si la carta o comunicación escrita que contenga una aceptación llega tardíamente, pero en circunstancias tales que demuestran que con su transmisión normal hubiera llegado al oferente en el plazo debido, habrá aceptación a menos que el oferente comunique sin demora al destinatario que considera su oferta caducada.

Artículo 1254.

La aceptación podrá ser retirada si la comunicación llega al oferente antes de que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 1255.

El contrato queda perfeccionado en el momento en que se hace efectiva la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores.

Artículo 1256.

Ni la oferta ni la aceptación pierden su eficacia por la muerte o por la incapacidad sobrevenida de una de las partes ni tampoco por la extinción de las facultades representativas de quien las hizo.

Se exceptúan los casos en que resulte lo contrario de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias.

Artículo 1257.

A los efectos de este Capítulo, para entender que una comunicación ha llegado a su destinatario, basta que haya llegado al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o a su domicilio.

Artículo 1258.

El contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Los contratos a distancia en que intervenga un consumidor se entenderán celebrados en el lugar donde éste tenga su residencia habitual.

Artículo 1259.

Una o ambas partes pueden facultar a la otra parte o a cualquiera de ellas para decidir, en el plazo o condiciones estipuladas, mediante comunicación al otro contratante la entrada en vigor del contrato prometido. Si éste estuviera sujeto por ley a especiales requisitos de forma, de capacidad o de poder, serán aplicables a la promesa.

SECCIÓN TERCERA OTROS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 1260.

1. En los supuestos de formación de contrato distinto de los regulados en la Sección anterior se aplicarán, en lo pertinente, las reglas contenidas en dicha Sección a las diversas declaraciones que se hubieran realizado en el marco de la negociación.

2. En las subastas y concursos convocados para celebrar un contrato, sólo se entenderá éste celebrado cuando haya recaído la aprobación o adjudicación del convocante, salvo que otra cosa se establezca expresamente en la convocatoria o resulte de los usos. La inobservancia por éste de las reglas de la convocatoria o su posterior modificación podrá dar lugar a la indemnización a que se refiere el segundo inciso del apartado 5 del Artículo 1245.

SECCIÓN CUARTA

DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Artículo 1261.

1. Son condiciones generales las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente.

La prueba de la existencia de una negociación individual corresponde al predisponente. En caso de contradicción entre una condición general y otra que no lo sea, prevalecerá siempre esta última.

En caso de duda sobre el sentido de una condición general, prevalecerá la interpretación más favorable para el adherente.

2. Las condiciones generales quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes.

3. No quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que:

1) Resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado.

2) Las que su redacción sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate.

Artículo 1262.

1. Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato.

2. El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa.

3. Son abusivas, entre otras, las siguientes cláusulas o condiciones:

a) Las que excluyan o limiten la responsabilidad legal del predisponente en caso de muerte o daños en la persona del adherente debidos a una acción u omisión de aquél.

b) Las que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente, en caso de dolo o de culpa grave.

c) Las que excluyan o limiten la responsabilidad del predisponente por actos de sus representantes y auxiliares, en caso de dolo o de culpa grave.

d) Las que priven al adherente de la excepción de incumplimiento o de la resolución por incumplimiento.

e) Las que excluyan o limiten la facultad legal de del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente.

f) Las que excluyan o limiten al adherente la facultad de consignación en los supuestos y con los requisitos establecidos en la ley.

g) Las que concedan al predisponente facultades exclusivas de interpretación del contrato.

h) Las que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada.

i) Las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual.

4. Se presumen abusivas las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables.

5. En todo caso, en los contratos en que el adherente sea un consumidor o usuario se aplicará su legislación especial.

Artículo 1263.

1. La declaración judicial de no incorporación al contrato de determinadas condiciones generales y la de nulidad de las mismas por su carácter abusivo, no determinarán la ineficacia total del contrato, que se integrará conforme al Artículo 1243 de este Código.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa para una de las partes, podrá declararse la ineficacia total del contrato.

2. Podrán ejercitar las correspondientes acciones los interesados y las entidades constituidas en España o en otro país de la Unión Europea para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos relacionados con esta materia.

Artículo 1264.

Las entidades a que se refiere el Artículo anterior podrán también ejercitar la acción de cesación contra la utilización de cláusulas abusivas. Esta acción podrá ejercitarse incluso cuando dicha utilización haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción si existen indicios que hagan temer su inmediata reiteración.

SECCIÓN QUINTA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES

Artículo 1265.

1. En los contratos celebrados por un empresario o por otra persona que actúe por su cuenta o encargo, fuera de su establecimiento, con un consumidor o usuario, podrá éste desistir del contrato, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase, durante los siete días siguientes desde la recepción del documento de desistimiento mencionado en el apartado sexto de este artículo.

Si el empresario no hubiera cumplido los deberes establecidos en el citado apartado, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se celebró el contrato de prestación de servicios. Si aquellos deberes se cumplen antes del transcurso de los tres meses citados, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento.

Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento.

Este desistimiento no está sujeto a forma alguna y, en todo caso, se considerará válidamente realizado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos.

Corresponde al consumidor probar que ha ejercitado su derecho de desistimiento, conforme a lo dispuesto en este artículo.

2. Ejercitado el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran realizado, que se registrarán por lo dispuesto en el Artículo 1306 de este Código.

3. El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor o usuario. En particular el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza y tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en ella.

4. A todos los efectos legales, se considerará como lugar de cumplimiento de las obligaciones referidas en los párrafos anteriores, aquel en que el consumidor o usuario hubiera recibido la prestación.

5. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor o usuario no privará a éste de su derecho de desistimiento.

Cuando la imposibilidad sea imputable al consumidor o usuario, quedará éste obligado a abonar el valor de mercado que la prestación hubiese tenido en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso sólo procederá el abono de éste.

Si el empresario hubiere incumplido los deberes de información y documentación sobre el desistimiento, la imposibilidad sólo será imputable al consumidor o usuario cuando éste no hubiera observado la diligencia que le era exigible en sus propios asuntos.

6. Los contratos a que se refiere este Artículo deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañando el documento de desistimiento, e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor o usuario. La misma regla deberá aplicarse a las ofertas contractuales.

El documento contractual deberá contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor o usuario, una referencia clara y precisa al derecho de éste a desistir del contrato y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.

El documento de desistimiento deberá contener, en forma claramente destacada, la mención "documento de desistimiento"; y expresar el nombre y dirección de la persona a que ha de enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

Una vez suscrito el contrato, el empresario o la persona que actúe por su cuenta, entregará al consumidor o usuario uno de los ejemplares y el documento de desistimiento.

Corresponde al empresario probar el cumplimiento de los requisitos aludidos en este apartado.

7. El contrato celebrado con inobservancia de los requisitos establecidos por el apartado anterior podrá ser anulado a instancia del consumidor o usuario, y la causa de nulidad no podrá ser invocada por el empresario, salvo que el incumplimiento sea imputable exclusivamente al consumidor o usuario.

8. Los derechos conferidos en este Artículo al consumidor y usuario son irrenunciables, pero se considerarán válidas las cláusulas contractuales que le sean más beneficiosas.

9. Del cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Sección responderán solidariamente el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio.

Artículo 1266.

1. Lo dispuesto en esta Sección se aplicará cuando el contrato aparezca celebrado en virtud de una oferta del consumidor o usuario emitida en cualquiera de las circunstancias anteriormente previstas.

2. Las disposiciones de la presente Sección no se aplicarán:

1.º A los contratos que se hayan celebrado por el consumidor o usuario en su vivienda o en su centro de trabajo con ocasión de una reunión o visita solicitada expresamente por éste y que haya tenido lugar en el tiempo por él señalado o, en su defecto, en el que sea razonable atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y siempre que tal reunión se haya desarrollado de acuerdo con la finalidad previamente establecida.

2.º A los contratos celebrados a distancia regulados en la Sección sexta y a las comunicaciones comerciales por vía electrónica.

3.º A los contratos en que el valor de la prestación total a cargo del consumidor o usuario sea inferior a lo dispuesto legalmente.

Se considerará como prestación total la suma de las correspondientes a cada uno de los contratos celebrados por el consumidor o usuario con ocasión de cada uno de los actos llevados a cabo en alguna de las circunstancias a que se refiere el Artículo anterior.

4.º A los contratos relativos a la construcción, venta y arrendamiento de bienes inmuebles, o que tengan por objeto algún derecho sobre los mismos.

5.º A los contratos de seguro.

6.º A los contratos de valores mobiliarios.

7.º A los contratos documentados notarialmente.

8.º A los contratos relativos a productos de alimentación, bebidas y otros bienes consumibles de uso corriente en el hogar, suministrados por proveedores que realicen a tales efectos desplazamientos frecuentes y regulares.

9.º A aquellos contratos en los que concurren las tres circunstancias siguientes:

a) Que se realicen sobre la base de un catálogo que el consumidor o usuario haya tenido ocasión de consultar en ausencia del empresario o de quien actúe por cuenta de éste,

b) que las partes hayan previsto una continuidad de los contactos entre ellas en lo referente al contrato que se celebre o a otros posteriores,

c) que el catálogo y el contrato otorguen claramente al consumidor o usuario el derecho a desistir del contrato durante un plazo mínimo de siete días o el de restituir las prestaciones recibidas durante un plazo igual al anteriormente mencionado, que empezará a contarse a partir de la fecha de la recepción.

2. Todos los contratos y ofertas celebrados fuera del establecimiento mercantil se presumen sometidos a las disposiciones de esta Sección, correspondiendo al empresario la prueba en contrario.

SECCIÓN SEXTA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA

Artículo 1267.

1. Se registrarán por este Código y por la legislación especial para la defensa de los consumidores o usuarios los contratos celebrados a distancia entre un profesional y un consumidor o usuario, sin la presencia física de los contratantes, cuando la oferta y la aceptación se realicen exclusivamente mediante técnicas de comunicación idóneas para ello, dentro de un sistema organizado por el citado profesional.

2. Las disposiciones de la presente Sección no serán aplicables a los siguientes contratos:

a) Los celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados.

b) Los celebrados mediante subasta excepto las efectuadas por vía electrónica.

c) Los contratos sobre servicios financieros.

d) Los celebrados con los operadores de telecomunicaciones mediante la utilización de teléfonos públicos.

e) Los contratos que tengan por objeto la construcción de bienes inmuebles.

La validez y eficacia de los contratos relativos a bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos quedará sujeta a las disposiciones de esta Sección y, además, al cumplimiento de los requisitos que impone la legislación específica.

3. Las disposiciones contenidas en los apartados 5, 6, 8 y 10 de este Artículo no serán de aplicación:

a) A los contratos de suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente, suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o lugar de trabajo por distribuidores a domicilio.

b) A los contratos que tengan por objeto proporcionar servicios de alojamiento, transporte, comidas o esparcimiento cuando el empresario se comprometa al otorgarse el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un periodo concreto.

4. Tampoco serán de aplicación las disposiciones contenidas en el apartado 10 de este Artículo sobre derecho de desistimiento, salvo pacto en contrario, a los siguientes contratos:

a) A los de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el empresario no pueda controlar.

b) A los de suministro de bienes producidos según las especificaciones del consumidor, o los que por su naturaleza no puedan ser devueltos o se deterioren rápidamente.

c) A los de suministro de grabaciones sonoras, de vídeo o de programas informáticos que hubieran sido desprecintados por el consumidor.

d) A los de suministro de prensa diaria, publicaciones o revistas.

e) A los que tengan por objeto apuestas o loterías.

5. En todas las ofertas de contratación deberá constar inequívocamente este carácter y en las comunicaciones telefónicas, habrá de precisarse, además, explícita y claramente, al principio de cualquier

conversación con el consumidor, la identidad del profesional y la finalidad contractual de la llamada.

6. El profesional deberá facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato y con suficiente antelación información clara sobre los siguientes extremos:

- a)* Su identidad y dirección.
- b)* Las características esenciales del bien o servicio.
- c)* El precio, incluidos todos los impuestos.
- d)* Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
- e)* Las modalidades del pago y las de entrega o ejecución.
- f)* La existencia de derecho de desistimiento a que se refiere el apartado 11.
- g)* El coste de la comunicación a distancia.
- h)* El plazo de vigencia de la oferta y del precio.
- i)* La duración mínima del contrato si es de ejecución permanente o repetida.
- j)* Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de que el profesional disponga o que esté adherido.

En toda la información anteriormente mencionada habrá de constar de modo inequívoco su finalidad contractual.

7. Antes o al tiempo de la entrega del bien o de la prestación del servicio, el consumidor debe haber recibido del profesional, por escrito o mediante otro soporte duradero adecuado a la técnica empleada en la propuesta de contratación, los datos mencionados en el apartado anterior y, además, los siguientes:

- a)* Las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de revocación.
- b)* La dirección del establecimiento del profesional donde el consumidor puede presentar sus reclamaciones.
- c)* Información relativa a los servicios postventa y a las garantías de que el consumidor disponga.
- d)* En los contratos de duración determinada o superiores a un año, las condiciones o requisitos para poner fin al mismo.

Lo dispuesto en el apartado 1 no será de aplicación a los servicios ejecutados de una sola vez por una técnica de comunicación adecua-

da si el consumidor estuviera informado de la localización geográfica del empresario para efectuar eventuales reclamaciones.

8. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta.

Si el profesional, sin aceptación expresa del consumidor o usuario, le suministrase el bien o servicio ofertado, o le entregase bienes o prestase servicios no pedidos, incluyendo una petición de pago, no podrá pedir a éste la devolución de la cosa o del servicio ni el pago del precio; ni tampoco la indemnización de los daños sufridos por el bien o servicio si el consumidor opta por su devolución. Se exceptúa el caso en que el empresario pruebe que el envío solicitado fue un error e indemnice al consumidor de los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

9. Salvo pacto en contrario, el profesional deberá entregar el bien o prestar el servicio dentro de los treinta días siguientes a aquel en que el consumidor o usuario le haya notificado la prestación del consentimiento.

10. El profesional deberá informar al consumidor de las circunstancias que le impidan el cumplimiento del contrato y éste tendrá derecho a recuperar de inmediato el precio o contraprestación; y si no lo recibiere en el plazo de treinta días desde la fecha en que debió cumplirse el contrato, podrá reclamar el doble de lo pagado y ser indemnizado de los daños y perjuicios en lo que éstos excedan de dicha cantidad.

Podrá el profesional, en caso de no hallarse disponible el bien o servicio contratado, suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares y de igual o superior calidad al contratado, siempre que el consumidor o usuario hubiera sido informado en el contrato de esta posibilidad y sin perjuicio de sus derechos de desistimiento y resolución sin coste alguno.

11. El consumidor o usuario tendrá derecho a desistir del contrato y podrá ejercitarlo sin sujeción a formalidad alguna ni expresión de sus motivos, en el plazo de siete días hábiles contados desde la recepción del bien o desde la celebración del contrato cuando este tenga por objeto la prestación de servicios. El plazo será de tres meses si el empresario no hubiera cumplido el deber de información que le impone el apartado seis de este artículo; pero si en este tiempo se facilitare al consumidor dicha información, el plazo para el desistimiento será el de siete días hábiles contados desde la recepción de la información.

Serán nulos de pleno derecho los pactos que priven al consumidor o usuario de este derecho, así como los que le impongan una penalización por su ejercicio o le exijan su renuncia.

Salvo pacto en contrario, en los contratos que tengan por objeto servicios se extinguirá el derecho de desistimiento antes de que transcurra el plazo para su ejercicio, cuando el profesional haya empezado a prestar aquellos con el consentimiento expreso del consumidor y siempre que a éste se le haya facilitado la información prevista en este artículo.

Ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 1306 de este Código en el plazo máximo de treinta días; el consumidor, pasado ese plazo sin recibir la devolución del precio, podrá exigir el duplo de la suma abonada y reclamar la indemnización de los daños y perjuicios en lo que éstos excedan de dicha cantidad. También tendrá derecho al reembolso de los gastos extraordinarios necesarios o útiles realizados en el bien. El profesional tendrá derecho a exigir el coste de la devolución del bien o servicio, pero no podrá efectuar ninguna otra reclamación por gastos.

El desistimiento implicará la resolución, sin penalización, del crédito concedido por el empresario o por un tercero, con el consentimiento de aquél, a favor del consumidor y usuario, para financiar total o parcialmente la adquisición del bien o servicio.

SECCIÓN SÉPTIMA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Artículo 1268.

1. Quien con la finalidad de celebrar contratos a distancia se valga de técnicas de comunicación electrónica deberá poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación, mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado y de modo permanente, fácil y gratuito, información clara sobre los siguientes extremos:

a) Los distintos trámites que sea preciso seguir para celebrar el contrato.

b) La lengua o lenguas que hayan de utilizarse.

c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos.

d) La forma en que en su caso vaya a archivar el documento electrónico y aquella en que resulte accesible.

Deberá también tener a disposición del destinatario las condiciones generales a que debe sujetarse el contrato de manera que pueda almacenarlas y reproducirlas.

Las disposiciones del presente Artículo no excluyen la aplicación de lo previsto en el Artículo anterior cuando uno de los contratantes sea un consumidor.

El plazo de desistimiento, si lo hubiere, no comenzará a contar hasta que se hayan cumplido los deberes de información previstos este apartado.

2. Las ofertas de contratación electrónica tendrán vigencia durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario.

3. El oferente deberá confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.

4. Las disposiciones anteriores no serán de aplicación cuando ambos contratantes así lo hayan acordado si ninguno de ellos tuviera la consideración de consumidor; o cuando el contrato se hubiera celebrado mediante correo electrónico u otra comunicación individual equivalente.

5. Siempre que en este Código o en Leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato se contiene en un soporte electrónico.

Las disposiciones de la presente Sección no serán de aplicación a los actos en que la Ley exija documento público y a los contratos relativos al derecho de familia y sucesiones.

CAPÍTULO III DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Artículo 1269.

1. Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

2. Los documentos en que intervenga Notario público se registrarán por la legislación notarial.

Artículo 1270.

1. El documento público hace prueba, aún contra tercero, del hecho, acto o estado de cosas que documente, de la fecha en que se pro-

duce esta documentación, de la autorización y de la identidad de las personas de que se hubiere dado fe en él.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

2. Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero.

3. Las copias autorizadas de una escritura pública son también escrituras públicas, que acreditan con fe pública la concordancia con su matriz. Si resultare alguna variante entre la copia y la matriz, se estará al contenido de ésta.

4. Cuando el cotejo resulte imposible por haber desaparecido la escritura matriz, el protocolo o los expedientes originales, cualquier copia autorizada producirá el efecto señalado en el párrafo anterior, salvo prueba en contrario.

Artículo 1271.

En caso de destrucción del documento público original y en defecto de copia autorizada, los datos que de él hayan quedado reflejados en algún registro o expediente público serán apreciados como prueba según las circunstancias.

Artículo 1272.

La escritura defectuosa por incompetencia del Notario o por otra falta sustancial en la forma, tendrá el concepto de documento privado si estuviera firmada por los otorgantes.

Artículo 1273

El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.

Artículo 1274.

El documento privado no prueba, por sí solo, la certeza de la fecha del acto o contrato que constituya su contenido.

La existencia del documento constará fehacientemente desde la fecha en que se incorpora o inscribe en un registro público, o en que

se entrega a un funcionario por razón de su oficio, o en que acaece la muerte de cualquiera de los que lo firmaron.

Para la determinación de la fecha o del tiempo del acto o contrato caben todo tipo de pruebas.

Artículo 1275.

El que quiera aprovecharse de un documento, papel privado, nota o asiento contra quien lo haya escrito o firmado, habrá de aceptarlo en la parte que le perjudique.

CAPÍTULO IV DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS

Artículo 1276.

Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta.

No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos.

Artículo 1277.

1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado.

Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios.

2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiese hacerlo, los

Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones.

Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan.

3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso.

CAPÍTULO V DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 1278.

Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras.

Si uno de los contratantes hubiere entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquel.

Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias.

Artículo 1279.

Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta:

1. Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores.

2. La naturaleza y el objeto del contrato.

3. La interpretación que las partes hubieran ya dado a cláusulas análogas y las prácticas establecidas entre ellas.

4. Los usos de los negocios
5. Las exigencias de la buena fe.

Artículo 1280.

1. Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas.

La interpretación de acuerdo con la cual las cláusulas de un contrato sean lícitas y produzcan efecto deberá preferirse a aquellas que las haga ilícitas o las prive de efectividad.

2. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Artículo 1281.

Cuando existan versiones de un contrato en diferentes lenguas y ninguna de ellas haya sido declarada preferente, en caso de discrepancia, se adoptará para la interpretación la versión original.

CAPÍTULO VI DE LA REPRESENTACIÓN EN LOS CONTRATOS

Artículo 1282.

Todos los contratos que una persona pueda realizar por sí misma pueden celebrarse también por representación, salvo aquellos en que la ley considere personalísimo el consentimiento contractual.

No se considera representante la persona encargada únicamente de transmitir o comunicar a otra una declaración de voluntad enteramente formada.

Artículo 1283.

La relación entre representante y representado se rige por las normas de este Capítulo, por aquellas que les sean aplicables según su naturaleza y subsidiariamente por las establecidas en este Código para el contrato de mandato.

Salvo que el representado hubiera dispuesto otra cosa, cuando una persona hubiera designado al mismo tiempo o en un solo documento varios representantes, sólo valdrá lo que todos hagan de consuno, o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás.

Artículo 1284.

La declaración unilateral de voluntad de concesión de un poder de representación produce su efecto si ha llegado al apoderado o a la persona con quien éste haya de contratar.

El apoderamiento puede ser tácito, siempre que resulte de actos concluyentes del poderdante.

La persona que con sus declaraciones o su comportamiento haya suscitado en otro la razonable y fundada confianza de que una persona era representante suyo, no puede después pretender la inexistencia del poder.

Artículo 1285.

Deberán constar en documento público el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio.

Las formas exigidas para la validez del negocio representativo serán exigibles igualmente para la validez del poder que al efecto se utilice.

Los poderes de representación otorgados por un empresario e inscritos en el Registro Mercantil se reputarán exactos a favor de los terceros de buena fe.

Artículo 1286.

Se requerirá la concesión expresa de facultades para realizar negocios gratuitos, así como para los que impongan al representado prestaciones personales y para transigir, enajenar, gravar o realizar cualquier otro acto de disposición o de riguroso dominio.

La facultad de transigir no autoriza para celebrar convenios arbitrados, ni para designar árbitros.

Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si, aún siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró por orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

Artículo 1287.

Todo representante a quien el representado no se lo haya prohibido puede designar sustituto o subapoderado para actividades de las que no sea razonable esperar que el representante tenga que realizarlas por sí mismo; pero no obstante, responderá de la gestión del susti-

tuto o del subapoderado cuando no se le dio facultad para nombrarlo. Si se le dio esta facultad sin designar la persona, responderá el representante si incurrió en culpa en la elección.

Artículo 1288.

Los actos de un representante que actúa dentro de sus facultades representativas y en nombre del representado, vinculan directamente a éste y a aquel con quien el representante hubiere contratado.

Los actos de quien actúa en nombre de otro careciendo de poderes de representación o traspasando sus límites no vinculan al así representado y al tercero a menos que los ratifique aquel en cuyo nombre se hubiera actuado.

La ratificación puede ser expresa o resultar de actos concluyentes. Se entiende que hay ratificación si el representado aprovecha las ventajas derivadas de las obligaciones contraídas en su interés.

La ratificación tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos que, entre tanto, otras personas hayan adquirido.

Mientras no se produzca la ratificación del negocio, el tercero tiene la facultad de revocarlo, mediante comunicación al representado, siempre que en el momento de su celebración no hubiera conocido ni debido conocer la falta o deficiencia del poder.

Artículo 1289.

Cuando las declaraciones o el comportamiento del representado hubieran permitido al tercero creer que el representante se encontraba investido de un poder de representación suficiente para el acto llevado a cabo, pero después se suscitara duda razonable acerca de la existencia del mismo o de su extensión, el tercero podrá pedir al representado su confirmación o ratificación. El silencio del representado, tras el referido requerimiento, equivale a la confirmación o ratificación.

Artículo 1290

A falta de ratificación, quien hubiera actuado como representante sin poder suficiente, estará obligado a abonar al tercero la indemnización que le restablezca en la situación en que se hubiera encontrado si aquél hubiera actuado con poder, a menos que el tercero hubiera conocido o debido conocer sus defectos.

Artículo 1291.

El representado puede anular el contrato concertado por el representante cuando haya un conflicto de intereses entre éste y aquel que el tercero conocía o no podía ignorar.

Se presume que hay conflicto de intereses cuando el representante ha contratado consigo mismo por su propia cuenta y cuando ha actuado a la vez como representante de otro.

Sin embargo, el representado no podrá anular el contrato si hubiera consentido o no hubiera podido ignorar el modo de actuar del representante, o si éste le hubiera informado previamente y aquél no hubiera opuesto objeción dentro de un plazo razonable.

Artículo 1292.

Cuando el representante haya actuado por cuenta del representado pero no en nombre de éste, el representante y el tercero quedan obligados por el contrato y de éste sólo nacen obligaciones entre el representado y el tercero en los supuestos a que se refieren los párrafos siguientes.

Si el representante resultare insolvente o incurriere o fuere manifiesto que incurrirá en un incumplimiento esencial frente al representado, éste podrá ejercitar frente al tercero los derechos adquiridos por el representante en virtud del contrato celebrado por su cuenta, sin perjuicio de que el tercero pueda oponerle las excepciones que tuviese contra el representante.

Si el representante resultare insolvente o incurriere o fuere manifiesto que incurrirá en un incumplimiento esencial frente al tercero con quien contrató, éste podrá ejercitar contra el representado los derechos adquiridos frente al representante, sin perjuicio de que el representado pueda oponerle las excepciones que hubiera podido alegar el representante.

En los supuestos a los que se refieren los dos párrafos anteriores el representante, a petición del interesado en ejercitar los derechos aludidos, deberá comunicar el nombre y domicilio del tercero o del representado.

El ejercicio de los derechos a que se refieren los citados dos párrafos sólo es posible si previamente se ha notificado el propósito de hacerlo al representante y, según los casos, al tercero o al representado. Tras la recepción de la referida notificación, ni el tercero ni el representado están facultados para liberarse de sus obligaciones pagando al representante.

Artículo 1293.

1. El poder de representación se extingue:

a) Por su revocación.

b) Por renuncia del representante.

c) Por muerte, incapacidad o declaración de prodigalidad del representante.

d) Por muerte del representado, salvo que el poder hubiera sido otorgado en el ámbito de la actividad empresarial del poderdante.

También se extinguirá el poder por incapacidad o declaración de prodigalidad del representado, salvo que el poder se refiera a actos que conforme a la sentencia de incapacidad o que declare la prodigalidad pueda realizar por sí solo y a salvo las excepciones contenidas en el párrafo segundo del Artículo 1732 de este Código.

e) Por la declaración de concurso del representante, o por la del representado cuando éste sea suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.

2. Si en un poder especial se establece su irrevocabilidad por haber sido conferido para el cumplimiento de una obligación del representado con el representante o con un tercero, no podrá ser revocado sin consentimiento del acreedor, salvo que exista justa causa.

3. La extinción del poder no es oponible al tercero que no la conociera ni hubiera debido conocerla en el momento de celebrar el contrato, a no ser que se haya comunicado o hecho pública por los mismos medios por los que se comunicó o se hizo público su otorgamiento.

En todo caso, la extinción del poder será oponible al tercero que sea adquirente a título gratuito y al tercero que sólo hubiera tenido conocimiento del mismo a través de la mera declaración del representante.

4. No obstante la extinción de su poder, el representante está autorizado para llevar a cabo los actos que no puedan ser diferidos sin perjuicio del representado o sus herederos.

CAPÍTULO VII DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Artículo 1294.

En el contrato a favor de tercero o que contenga estipulación en beneficio de un tercero, éste, salvo que otra cosa se haya pactado, adquiere el derecho frente al promitente por la sola celebración del contrato; pero el estipulante podrá revocar el derecho del beneficiario mientras éste no haya hecho saber su aceptación a cualquiera de los contratantes.

Si hubiere revocación, o el tercero renunciare, corresponderá el derecho al estipulante y se entenderá que el tercero nunca lo adquirió.

No será necesario que el tercero quede identificado en el momento de la celebración del contrato, pero deben establecerse los criterios para su determinación pudiendo reservarse tal designación al estipulante.

El promitente puede oponer al tercero cualquiera de las excepciones derivadas del contrato, pero no puede oponer las que deriven de otras relaciones con el estipulante.

CAPÍTULO VIII DEL CONTRATO PARA PERSONA A DESIGNAR

Artículo 1295.

En el contrato, una de las partes se puede reservar la facultad de designar la persona que haya de convertirse en definitivo contratante.

La designación ha de hacerse mediante comunicación a la otra parte dentro del plazo convenido o, a falta de pacto, en un plazo razonable y, en uno y otro caso, antes del comienzo de la ejecución de las prestaciones contractuales.

La designación no produce efecto si no se acompaña la aceptación de la persona designada o el poder de representación otorgado por ésta.

La designación y aceptación de la persona designada o el poder de representación habrán de revestir al menos la misma forma que las partes hayan utilizado para el contrato.

Si la designación no hubiera sido válidamente hecha dentro del plazo establecido, el contrato producirá definitivamente sus efectos entre los que lo celebraron.

CAPÍTULO IX DE LA NULIDAD Y ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 1296.

1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial, se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible.

2. La nulidad del contrato simulado, cuando encubra otro distinto, no impedirá la validez de este último, al que será de aplicación el régimen que corresponda.

Los autores de la simulación no podrán oponer la nulidad al tercero que haya adquirido a título oneroso un derecho del titular aparente y no conociera ni hubiera debido conocer la simulación.

3. El contrato nulo de pleno derecho no puede ser convalidado. Un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de éste y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, debe suponerse que éstas lo habrían querido de haber conocido la nulidad.

Artículo 1297.

1. Los contratos celebrados por personas que carezcan de la capacidad de obrar necesaria podrán ser anulados por sus representantes legales, por aquellos a quienes les corresponda prestar su asistencia o por ellas mismas cuando adquieran dicha capacidad o por sus herederos.

2. Asimismo, podrán ser anulados los contratos celebrados por quienes por cualquier causa, aunque sea transitoria, carezcan de la capacidad para entender su alcance o para querer sus consecuencias.

Artículo 1298.

1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.

2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.

3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

3. Los contratos no serán anulables por error cuando éste sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error.

4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido.

5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los

contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Artículo 1299.

1. Podrá ser anulado el contrato por aquel de los contratantes que hubiera prestado su consentimiento por violencia o intimidación.

2. Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

3. Hay intimidación cuando se inspira injustamente a uno de los contratantes el temor racional y fundado de un mal inminente y grave.

4. Para calificar la intimidación ha de atenderse a la edad y a la condición de la persona.

5. La violencia o intimidación harán anulable el contrato aunque se hayan empleado por un tercero.

Artículo 1300.

1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado.

2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

3. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

Artículo 1301.

Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico.

Artículo 1302.

También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el Artículo anterior, cuando hayan

sido causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante.

Artículo 1303.

No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo.

Artículo 1304.

La acción de anulación caducará a los dos años y este tiempo empezará a correr:

- En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado.

- En los de error o dolo, y en el caso contemplado en el Artículo 1291 de este Código, desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad; y en el del Artículo 1301, desde la consumación del contrato.

- Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapaces, sin perjuicio de la legitimación que se concede en el Artículo 1297 de este Código a sus representantes legales y a quienes corresponda prestar su asistencia, desde que adquieran o recuperen la capacidad necesaria, y en su defecto desde su muerte.

- Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

Artículo 1305.

La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde.

También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el Artículo anterior.

Artículo 1306

Declarado nulo o anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en

virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor.

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

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando la anulación proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no estará obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se hubiere enriquecido con la prestación recibida.

Artículo 1307.

La facultad de anulación queda extinguida si quien puede ejercerla, con conocimiento de la causa de anulabilidad y habiendo ésta cesado, confirma el contrato expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a dicha facultad.

La confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la facultad de anular.

La confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera, desde el momento de la celebración de éste.

Artículo 1308.

También se extinguirá la facultad de anulación de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla.

Si la causa de la anulación fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad.

Artículo 1309.

La nulidad de alguna estipulación sólo comportará la de todo el contrato cuando por aquélla quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe. No obstante, subsistirá el contrato sin aquella estipulación cuando sea ésta la consecuencia que se derive de la ley imperativa infringida.

Si la anulación afectase solamente a alguna estipulación o a alguno de los contratantes, se aplicarán los criterios establecidos en el párrafo anterior.

CAPÍTULO X DE LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 1310.

1. Son rescindibles:

1.º Los contratos que, sin autorización judicial, pudieren celebrar los tutores o los representantes de los ausentes si las personas a quienes representan han sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

2.º Los contratos y demás actos jurídicos patrimoniales celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan cobrar lo que se les deba.

3.º Los contratos que se refieren a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente. Se tendrá por litigiosa una cosa desde que se presenta la demanda.

4.º Cualesquiera otros que especialmente determine la ley.

2. A los efectos de lo dispuesto en el número 2º del apartado anterior, son fraudulentos: los actos dispositivos a título gratuito; los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos y los actos a título oneroso en los que éste y el otro contratante hayan conocido o debido conocer el perjuicio causado. Las disposiciones onerosas en las que, en detrimento del patrimonio del deudor, haya un notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones, serán tenidas por gratuitas en la medida del enriquecimiento del otro contratante.

Se presume el fraude de acreedores en las disposiciones onerosas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, en las realizadas por éste en una situación de insolvencia notoria y en las enajenaciones a título oneroso hechas después de haberse pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.

Artículo 1311.

El demandado puede evitar la rescisión indemnizando el perjuicio producido, salvo en el supuesto del número 3º del Artículo 1310.1. La acción de rescisión no podrá ejercitarse si el perjudicado dispone de otro medio apropiado para obtener la reparación del perjuicio.

Artículo 1312.

La acción de rescisión caduca a los dos años, y este tiempo empezará a correr:

- Para las personas sujetas a tutela y para los ausente, desde que haya cesado la incapacidad o la ausencia.

- En los demás casos, desde que hubiera resultado conocido o se hubiera debido conocer el acto fraudulento o lesivo.

Artículo 1313.

En los supuestos del número 1º del Artículo 1310.1, la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado. Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubiesen adquirido a título oneroso y hubiesen procedido de buena fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

Artículo 1314.

En los contratos en fraude de acreedores la rescisión hará ineficaz el contrato sólo a favor del acreedor que lo haya impugnado y en la medida necesaria para que éste pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente.

El adquirente de mala fe será responsable del perjuicio producido cuando haya enajenado los citados bienes o cuando éstos se hayan perdido o deteriorado por cualquier causa. En los casos citados, el adquirente de buena fe responderá del perjuicio causado sólo en cuanto se haya enriquecido.

La acción de rescisión por fraude procederá también contra los subadquirentes posteriores a la enajenación fraudulenta que sean a título gratuito o de mala fe.

**ARTÍCULO SEGUNDO.
ARTÍCULOS DEL LIBRO CUARTO QUE QUEDAN
SIN CONTENIDO.**

“Quedan derogados los artículos 1526 a 1530, 1535 y 1536, del Capítulo VII, De la transmisión de créditos y demás derechos incorporeales, dentro del Título IV, Del contrato de compra venta; así como el Artículo 1911 comprendido en su Capítulo I, Disposiciones Generales, dentro del Título XVII, De la concurrencia y prelación de créditos”.

ARTÍCULO TERCERO MODIFICACIÓN DE LA REDACCIÓN DE DETERMINADOS ARTÍCULOS

Los artículos 1452, 1460, primer párrafo, 1501-3º, 1503, segundo párrafo, 1568, 1574, 1621, 1684, segundo párrafo, 1754, primer párrafo, 1772, segundo párrafo, 1817, primer párrafo, 1822, segundo párrafo, y 1974, tendrán en lo sucesivo la siguiente redacción:

Artículo 1452.

El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla.

A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros.

Artículo 1460. *Primer párrafo.*

La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos.

Artículo 1501. *Supuesto 3.º*

3.º Si se hubiere incurrido en mora.

Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en los artículos 1199 y siguientes.

Artículo 1568.

Si alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará lo dispuesto en los artículos contenidos en el Capítulo VII del Título I de este Libro.

Artículo 1574.

Si nada se hubiere pactado sobre el lugar y tiempo del pago del arrendamiento, se aplicará, en cuanto al lugar, lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 1162 y, en cuanto al tiempo, se estará a la costumbre de la tierra.

Artículo 1621.

Será necesario el pago de dos pensiones consecutivas para suponer satisfechas todas las anteriores.

Artículo 1684. Segundo párrafo.

Lo dispuesto en este Artículo se entiende sin perjuicio de que el deudor pueda usar de la facultad que se le concede en el Artículo 1163, primer párrafo, en el solo caso de que el crédito personal del socio le sea más oneroso.

Artículo 1754. Primer párrafo.

La obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en los artículos 1099, primer párrafo, y 1100 a 1103, ambos inclusive, de este Código.

Artículo 1772. Segundo párrafo.

Cuando haya solidaridad, o la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los artículos 1137, 1138 y 1144 de este Código.

Artículo 1817. Primer párrafo.

La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el Capítulo IX del Título II de este Código.

Artículo 1822. Segundo párrafo.

Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección segunda, Capítulo III, Título I de este Libro.

Artículo 1974.

La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias con pluralidad de acreedores aprovecha por igual a todos ellos.

La presente Ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el Artículo 149.1.8.a de la Constitución, por lo que será de aplicación general.

ARTÍCULO CUARTO. APLICACIÓN GENERAL DE LA REFORMA LEGAL PROPUESTA

La presente Ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, por lo que será de aplicación general.

ANEXO

Relación de los integrantes de la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación que han participado en la elaboración de la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos

(Reuniones celebradas desde el 23 de noviembre de 1994 a 28 de mayo de 2008)

PRESIDENTE

D. Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN

VOCALES

D. José Luis ÁLVAREZ ÁLVAREZ

D. Manuel AMORÓS GUARDIOLA

D. Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ

D. Alberto BALLARÍN MARCIAL

D. Roberto BLANQUER UBEROS

D.a Alegría BORRAS RODRÍGUEZ

D. Jorge CAFFARENA LAPORTA

D. Alfonso CALVO CARAVACA

D. Eduardo CERRO SÁNCHEZ HERRERA (fallecido)

D. José María CHICO ORTIZ (fallecido)

D. Jesús DÍEZ DEL CORRAL Y RIVAS

D. José Antonio ESCARTÍN IPIENS D. Diego ESPÍN CANOVAS (fallecido)

D. José FERRANDIS VILELLA

D. Manuel GITRAMA GONZÁLEZ (fallecido)

D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO

D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS (fallecido) D.a Carmen de GRADO SÁNZ D. Carlos LASARTE ÁLVAREZ

D. Ramón LÓPEZ VILAS

D. Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (fallecido)

D. Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

D. Francisco MATA PALLARES

- D. José María MIQUEL GONZÁLEZ
D. José MIURA FUENTES
D. Vicente MONTES PENADÉS
D. Antonio Manuel MORALES MORENO
D. José Luis DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS D. Francisco NÚÑEZ
LAGOS
D. Fernando PANTALEÓN PRIETO D. Antonio PAU PEDRÓN
D. Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
D. José POVEDA DIAZ
D.a Encarna ROCA I TRÍAS
D. Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS
D. Manuel Ángel RUEDA PÉREZ
D. Luis SANCHO MENDIZÁBAL
D. Juan SARMIENTO RAMOS
D.a María Concepción SIERRA ORDÓÑEZ
D. Manuel TABOADA ROCA (fallecido)
D.a María TELO NÚÑEZ
D. Miguel VIRGOS SORIANO (Vocal de la Sección Segunda de Dere-
cho Mercantil)

SECRETARIA DE ACTAS

Da. Marta MOLINA GUTIÉRREZ

**7. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF
EUROPEAN PRIVATE LAW**

**STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH
GROUP ON EC PRIVATE LAW
(ACQUIS GROUP)**

ÍNDICE

MODEL RULES

	Pág.
BOOK I: GENERAL PROVISIONS	
I. - 1:101: Intended field of application	2129
I. - 1:102: Interpretation and development	2130
I. - 1:103: Definitions.....	2130
I. - 1:104: Computation of time	2130
I. - 1:105: Meaning of “in writing” and similar expressions	2130
I. - 1:106: Meaning of “signature” and similar expressions.....	2131
BOOK II: CONTRACTS AND OTHER JURIDICAL ACTS	
CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS	
II. - 1:101: Definitions	2131
II. - 1:102: Party autonomy	2132
II. - 1:103: Binding effect.....	2132
II. - 1:104: Usages and practices	2132
II. - 1:105: Imputed knowledge etc.	2132
II. - 1:106: Notice	2133
II. - 1:107: Form	2133
II. - 1:108: Mixed contracts	2134
II. - 1:109: Partial invalidity or ineffectiveness.....	2134
CHAPTER 2: NON-DISCRIMINATION	
II. - 2:101: Right not to be discriminated against.....	2134
II. - 2:102: Meaning of discrimination	2135

	Pág.
II. - 2:103: Exception	2135
II. - 2:104: Remedies.....	2135
II. - 2:105: Burden of proof.....	2135

CHAPTER 3: MARKETING AND PRE-CONTRACTUAL DUTIES

SECTION 1: INFORMATION DUTIES

II. - 3:101: Duty to disclose information about goods and services	2136
II. - 3:102: Specific duties for businesses marketing goods or services to consumers.....	2136
II. - 3:103: Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage.....	2137
II. - 3:104: Information duties in direct and immediate distance communication	2137
II. - 3:105: Formation by electronic means.....	2137
II. - 3:106: Clarity and form of information	2138
II. - 3:107: Remedies for breach of information duties.....	2138

SECTION 2: DUTY TO PREVENT INPUT ERRORS

II. - 3:201: Correction of input errors	2139
---	------

SECTION 3: NEGOTIATION AND CONFIDENTIALITY DUTIES

II. - 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing.....	2139
II. - 3:302: Breach of confidentiality.....	2140

SECTION 4: UNSOLICITED GOODS OR SERVICES

II. - 3:401 No obligation arising from failure to respond.....	2140
--	------

CHAPTER 4: FORMATION

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

II. - 4:101: Requirements for the conclusion of a contract.....	2141
II. - 4:102: How intention is determined	2141
II. - 4:103: Sufficient agreement	2141
II. - 4:104: Merger clause.....	2141
II. - 4:105: Modification in certain form only	2142

SECTION 2: OFFER AND ACCEPTANCE

II. - 4:201: Offer.....	2142
II. - 4:202: Revocation of offer	2142
II. - 4:203: Rejection of offer	2143
II. - 4:204: Acceptance.....	2143
II. - 4:205: Time of conclusion of the contract.....	2143

	Pág.
II. – 4:206: Time limit for acceptance	2143
II. – 4:207: Late acceptance	2143
II. – 4:208: Modified acceptance.....	2144
II. – 4:209: Conflicting standard terms	2144
II. – 4:210: Formal confirmation of contract between businesses	2144
II. – 4:211: Contracts not concluded through offer and acceptance.....	2145

SECTION 3: OTHER JURIDICAL ACTS

II. – 4:301: Requirements for a unilateral juridical act.....	2145
II. – 4:302: How intention is determined	2145
II. – 4:303: Right or benefit may be rejected	2145

CHAPTER 5: RIGHT OF WITHDRAWAL

SECTION 1: EXERCISE AND EFFECTS

II. – 5:101: Scope and mandatory nature	2145
II. – 5:102: Exercise of right to withdraw	2146
II. – 5:103: Withdrawal period.....	2146
II. – 5:104: Adequate notification of the right to withdraw	2146
II. – 5:105: Effects of withdrawal	2146
II. – 5:106: Linked contracts	2147

SECTION 2: PARTICULAR RIGHTS

OF WITHDRAWAL

II. – 5:201: Contracts negotiated away from business premises.....	2148
II. – 5:202: Timeshare contracts.....	2149

CHAPTER 6: REPRESENTATION

II. – 6:101: Scope	2150
II. – 6:102: Definitions	2150
II. – 6:103: Authorisation	2150
II. – 6:104: Scope of authority.....	2151
II. – 6:105: When representative's act affects principal's legal position.....	2151
II. – 6:106: Representative acting in own name.....	2151
II. – 6:107: Person purporting to act as representative but not having authority	2151
II. – 6:108: Unidentified principal.....	2152
II. – 6:109: Conflict of interest	2152
II. – 6:110: Several representatives	2152
II. – 6:111: Ratification.....	2153
II. – 6:112: Effect of ending or restriction of authorisation	2153

CHAPTER 7: GROUNDS OF INVALIDITY
SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

II. – 7:101: Scope	2153
II. – 7:102: Initial impossibility.....	2154

SECTION 2: VITIATED CONSENT OR INTENTION

II. – 7:201: Mistake	2154
II. – 7:202: Inaccuracy in communication may be treated as mistake.....	2154
II. – 7:203: Adaptation of contract in case of mistake	2155
II. – 7:204: Liability for loss caused by reliance on incorrect information ...	2155
II. – 7:205: Fraud	2155
II. – 7:206: Coercion or threats.....	2156
II. – 7:207: Unfair exploitation	2156
II. – 7:208: Third persons	2157
II. – 7:209: Notice of avoidance	2157
II. – 7:210: Time.....	2157
II. – 7:211: Confirmation	2157
II. – 7:212: Effects of avoidance.....	2157
II. – 7:213: Partial avoidance	2158
II. – 7:214: Damages for loss.....	2158
II. – 7:215: Exclusion or restriction of remedies	2158
II. – 7:216: Overlapping remedies.....	2158

SECTION 3: INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES
OR MANDATORY RULES

II. – 7:301: Contracts infringing fundamental principles.....	2159
II. – 7:302: Contracts infringing mandatory rules	2159
II. – 7:303: Effects of nullity or avoidance	2159
II. – 7:304: Damages for loss.....	2160

CHAPTER 8: INTERPRETATION
SECTION 1: INTERPRETATION OF CONTRACTS

II. – 8:101: General rules.....	2160
II. – 8:102: Relevant matters	2161
II. – 8:103: Interpretation against party supplying term	2161
II. – 8:104: Preference for negotiated terms.....	2161
II. – 8:105: Reference to contract as a whole.....	2162
II. – 8:106: Preference for interpretation which gives terms effect	2162
II. – 8:107: Linguistic discrepancies	2162

SECTION 2: INTERPRETATION OF OTHER JURIDICAL ACTS

II. – 8:201: General rules.....	2162
II. – 8:202: Application of other rules by analogy	2162

CHAPTER 9: CONTENTS AND EFFECTS OF CONTRACTS

SECTION 1: CONTENTS

II. – 9:101: Terms of a contract	2163
II. – 9:102: Certain pre-contractual statements regarded as contract terms	2163
II. – 9:103: Terms not individually negotiated	2164
II. – 9:104: Determination of price.....	2165
II. – 9:105: Unilateral determination by a party.....	2165
II. – 9:106: Determination by a third person.....	2165
II. – 9:107: Reference to a non-existent factor	2165
II. – 9:108: Quality	2165

SECTION 2: SIMULATION

II. – 9:201: Effect of simulation	2165
---	------

SECTION 3: EFFECT OF STIPULATION IN FAVOUR
OF A THIRD PARTY

II. – 9:301: Basic rules	2166
II. – 9:302: Rights, remedies and defences	2166
II. – 9:303: Rejection or revocation of benefit	2166

SECTION 4: UNFAIR TERMS

II. – 9:401: Mandatory nature of following provisions	2167
II. – 9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated	2167
II. – 9:403: Meaning of “not individually negotiated”	2167
II. – 9:404: Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer	2168
II. – 9:405: Meaning of “unfair” in contracts between non-business parties.....	2168
II. – 9:406: Meaning of “unfair” in contracts between businesses	2168
II. – 9:407: Exclusions from unfairness test.....	2168
II. – 9:408: Factors to be taken into account in assessing unfairness.....	2169
II. – 9:409: Effects of unfair terms	2169
II. – 9:410: Exclusive jurisdiction clauses.....	2169
II. – 9:411: Terms which are presumed to be unfair in contracts between a business and a consumer.....	2169

BOOK III: OBLIGATIONS AND CORRESPONDING RIGHTS

CHAPTER 1: GENERAL

III. - 1:101: Definitions	2171
III. - 1:102: Scope of Book	2172
III. - 1:103: Good faith and fair dealing	2172
III. - 1:104: Co-operation	2172
III. - 1:105: Non-discrimination	2173
III. - 1:106: Conditional rights and obligations	2173
III. - 1:107: Time-limited rights and obligations	2173
III. - 1:108: Variation or termination by agreement	2174
III. - 1:109: Variation or termination by notice	2174
III. - 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances	2174

CHAPTER 2: PERFORMANCE

III. - 2:101: Place of performance	2175
III. - 2:102: Time of performance	2176
III. - 2:103: Early performance	2176
III. - 2:104: Order of performance	2176
III. - 2:105: Alternative obligations or methods of performance	2176
III. - 2:107: Performance by a third person	2177
III. - 2:108: Method of payment	2177
III. - 2:109: Currency of payment	2177
III. - 2:110: Imputation of performance	2178
III. - 2:111: Property not accepted	2179
III. - 2:112: Money not accepted	2179
III. - 2:113: Costs and formalities of performance	2179
III. - 2:114: Extinctive effect of performance	2179

CHAPTER 3: REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE

SECTION 1: GENERAL

III. - 3:101: Remedies available	2180
III. - 3:102: Cumulation of remedies	2180
III. - 3:103: Notice fixing additional period for performance	2180
III. - 3:104: Excuse due to an impediment	2180
III. - 3:105: Term excluding or restricting remedies	2181
III. - 3:106: Notices relating to non-performance	2181
III. - 3:107: Failure to notify non-conformity	2182

SECTION 2: CURE BY DEBTOR OF NON-CONFORMING
PERFORMANCE

III. - 3:201: Scope	2182
III. - 3:202: Cure by debtor: general rules	2182
III. - 3:203: When creditor need not allow debtor an opportunity to cure...	2182
III. - 3:204: Consequences of allowing debtor opportunity to cure.....	2183

SECTION 3: RIGHT TO ENFORCE PERFORMANCE

III. - 3:301: Monetary obligations	2183
III. - 3:302: Non-monetary obligations	2183
III. - 3:303: Damages not precluded	2184

SECTION 4: WITHHOLDING PERFORMANCE

III. - 3:401: Right to withhold performance of reciprocal obligation	2184
--	------

SECTION 5: TERMINATION

III. - 3:501: Scope and definition.....	2185
---	------

SUB-SECTION 1: GROUNDS FOR TERMINATION

III. - 3:502: Termination for fundamental non-performance	2185
III. - 3:503: Termination after notice fixing additional time for performance	2185
III. - 3:504: Termination for anticipated non-performance	2186
III. - 3:505: Termination for inadequate assurance of performance	2186

SUB-SECTION 2: SCOPE, EXERCISE AND LOSS OF
RIGHT TO TERMINATE

III. - 3:506: Scope of right when obligations divisible	2186
III. - 3:507: Notice of termination.....	2186
III. - 3:508: Loss of right to terminate.....	2187

SUB-SECTION 3: EFFECTS OF TERMINATION

III. - 3:509: Effect on obligations under the contract	2187
III. - 3:510: Property reduced in value	2188

SUB-SECTION 4: RESTITUTION

III. - 3:511: Restitution of benefits received by performance.....	2188
III. - 3:512: When restitution not required	2188
III. - 3:513: Payment of value of benefit	2188
III. - 3:514: Use and improvements.....	2189
III. - 3:515: Liabilities arising after time when return due.....	2190

	Pág.
SECTION 6: PRICE REDUCTION	
III. - 3:601: Right to reduce price.....	2190
SECTION 7: DAMAGES AND INTEREST	
III. - 3:701: Right to damages.....	2190
III. - 3:702: General measure of damages.....	2191
III. - 3:703: Foreseeability	2191
III. - 3:704: Loss attributable to creditor	2191
III. - 3:705: Reduction of loss	2191
III. - 3:706: Substitute transaction.....	2191
III. - 3:707: Current price	2191
III. - 3:708: Delay in payment of money	2192
III. - 3:709: When interest to be added to capital.....	2192
III. - 3:710: Stipulated payment for non-performance	2192
III. - 3:711: Currency by which damages to be measured.....	2192
CHAPTER 4: PLURALITY OF DEBTORS AND CREDITORS	
SECTION 1: PLURALITY OF DEBTORS	
III. - 4:101: Scope of Section	2192
III. - 4:102: Solidary, divided and joint obligations	2193
III. - 4:103: When different types of obligation arise	2193
III. - 4:104: Liability under divided obligations.....	2193
III. - 4:105: Joint obligations: special rule when money claimed for non-performance.....	2193
III. - 4:106: Apportionment between solidary debtors.....	2193
III. - 4:107: Recourse between solidary debtors.....	2194
III. - 4:108: Performance, set-off and merger in solidary obligations	2194
III. - 4:109: Release or settlement in solidary obligations	2194
III. - 4:110: Effect of judgment in solidary obligations	2195
III. - 4:111: Prescription in solidary obligations.....	2195
III. - 4:112: Opposability of other defences in solidary obligations.....	2195
SECTION 2: PLURALITY OF CREDITORS	
III. - 4:201: Scope of Section	2195
III. - 4:202: Solidary, divided and joint rights.....	2195
III. - 4:203: When different types of right arise.....	2196
III. - 4:204: Apportionment in cases of divided rights	2196
III. - 4:205: Difficulties of performing in cases of joint rights.....	2196
III. - 4:206: Apportionment in cases of solidary rights	2196

III. – 4:207: Regime of solidary rights	Pág. 2196
---	--------------

CHAPTER 5: TRANSFER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS

SECTION 1: ASSIGNMENT OF RIGHTS

SUB-SECTION 1: GENERAL

III. – 5:101: Scope of Section	2197
III. – 5:102: Definitions	2197
III. – 5:103: Priority of provisions on proprietary securities and trusts	2197

SUB-SECTION 2: REQUIREMENTS FOR ASSIGNMENT

III. – 5:105: Assignability: general rule	2198
III. – 5:106: Future and unspecified rights	2198
III. – 5:107: Assignability in part	2198
III. – 5:108: Assignability: effect of contractual prohibition	2198
III. – 5:109: Assignability: rights personal to the creditor	2199
III. – 5:110: Act of assignment: formation and validity	2199
III. – 5:111: Entitlement to assign	2200
III. – 5:112: Undertakings by assignor	2200

SUB-SECTION 4: EFFECTS OF ASSIGNMENT

III. – 5:113: New creditor	2201
III. – 5:114: When assignment takes place	2201
III. – 5:115: Rights transferred to assignee	2201
III. – 5:116: Effect on defences and rights of set-off.....	2202
III. – 5:117: Effect on place of performance	2202

SUB-SECTION 5: PROTECTION OF DEBTOR

III. – 5:118: Performance to person who is not the creditor	2202
III. – 5:119: Adequate proof of assignment	2203

SUB-SECTION 6: PRIORITY

III. – 5:120: Competition between successive assignees	2203
--	------

SECTION 2: SUBSTITUTION OF NEW DEBTOR

III. – 5:201: Substitution: general rules	2203
III. – 5:202: Effects of substitution on defences and securities	2204

SECTION 3: TRANSFER OF CONTRACTUAL POSITION

III. – 5:301: Transfer of contractual position.....	2204
---	------

	Pág.
CHAPTER 6: SET-OFF AND MERGER SECTION 1: SET-OFF	
III. – 6:101: Definitions	2204
III. – 6:102: Requirements for set-off	2205
III. – 6:103: Unascertained rights	2205
III. – 6:104: Foreign currency set-off	2205
III. – 6:105: Set-off by notice	2205
III. – 6:106: Two or more rights and obligations	2205
III. – 6:107: Effect of set-off	2205
III. – 6:108: Exclusion of right of set-off	2206
SECTION 2: MERGER OF DEBTS	
III. – 6:201: Extinction of obligations by merger	2206
CHAPTER 7: PRESCRIPTION	
SECTION 1: GENERAL PROVISION	
III. – 7:101: Rights subject to prescription	2206
SECTION 2: PERIODS OF PRESCRIPTION AND THEIR COMMENCEMENT	
III. – 7:201: General period	2206
III. – 7:202: Period for a right established by legal proceedings	2206
III. – 7:203: Commencement	2207
SECTION 3: EXTENSION OF PERIOD	
III. – 7:301: Suspension in case of ignorance	2207
III. – 7:302: Suspension in case of judicial and other proceedings	2207
III. – 7:303: Suspension in case of impediment beyond creditor's control ..	2208
III. – 7:304: Postponement of expiry in case of negotiations	2208
III. – 7:305: Postponement of expiry in case of incapacity	2208
III. – 7:306: Postponement of expiry: deceased's estate	2208
III. – 7:307: Maximum length of period	2208
SECTION 4: RENEWAL OF PERIOD	
III. – 7:401: Renewal by acknowledgement	2209
III. – 7:402: Renewal by attempted execution	2209
SECTION 5: EFFECTS OF PRESCRIPTION	
III. – 7:501: General effect	2209
III. – 7:502: Effect on ancillary rights	2209
III. – 7:503: Effect on set-off	2209

SECTION 6: MODIFICATION BY AGREEMENT

III. - 7:601: Agreements concerning prescription.....	2210
---	------

BOOK IV: SPECIFIC CONTRACTS AND THE RIGHTS AND
OBLIGATIONS ARISING FROM THEM

PART A: SALES

CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS

SECTION 1: SCOPE OF APPLICATION

IV. A. - 1:101: Contracts covered.....	2210
IV. A. - 1:102: Goods to be manufactured or produced.....	2211
IV. A. - 1:103: Consumer goods guarantees.....	2211

SECTION 2: GENERAL PROVISIONS

IV. A. - 1:201: Goods	2211
IV. A. - 1:202: Contract for sale	2211
IV. A. - 1:203: Contract for barter.....	2211
IV. A. - 1:204: Consumer contract for sale	2212

SECTION 3: DEROGATION

IV. A. - 1:301: Rules not mandatory unless otherwise stated	2212
---	------

CHAPTER 2: OBLIGATIONS OF THE SELLER

SECTION 1: OVERVIEW

IV. A. - 2:101: Overview of obligations of the seller.....	2212
--	------

SECTION 2: DELIVERY OF THE GOODS

IV. A. - 2:201: Delivery	2212
IV. A. - 2:202: Place and time for delivery	2213
IV. A. - 2:203: Cure in case of early delivery.....	2213
IV. A. - 2:204: Carriage of the goods	2213

SECTION 3: CONFORMITY OF THE GOODS

IV. A. - 2:301: Conformity with the contract.....	2214
IV. A. - 2:302: Fitness for purpose, qualities, packaging	2214
IV. A. - 2:303: Statements by third persons.....	2215
IV. A. - 2:304: Incorrect installation under a consumer contract for sale.....	2215
IV. A. - 2:305: Third party rights or claims in general.....	2215
IV. A. - 2:306: Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property	2215
IV. A. - 2:307: Buyer's knowledge of lack of conformity.....	2216

	Pág.
IV. A. – 2:308: Relevant time for establishing conformity	2216
IV. A. – 2:309: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for sale.....	2216

CHAPTER 3: OBLIGATIONS OF THE BUYER

SECTION 1: OVERVIEW

IV. A. – 3:101: Overview of obligations of the buyer	2216
IV. A. – 3:102: Determination of form, measurement or other features	2217

SECTION 2: PAYMENT OF THE PRICE

IV. A. – 3:201: Place and time for payment.....	2217
IV. A. – 3:202: Formalities of payment	2217
IV. A. – 3:203: Price fixed by weight	2217

SECTION 3: TAKING DELIVERY OF THE GOODS

IV. A. – 3:301: Taking delivery	2217
IV. A. – 3:302: Early delivery and delivery of excess quantity	2218

CHAPTER 4: REMEDIES

SECTION 1: REMEDIES OF THE PARTIES IN GENERAL

IV. A. – 4:101: Application of Book III	2218
IV. A. – 4:102: Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale	2218

SECTION 2: REMEDIES OF THE BUYER FOR LACK OF CONFORMITY

IV. A. – 4:201: Overview of remedies	2219
IV. A. – 4:202: Termination by consumer for lack of conformity	2219
IV. A. – 4:203: Limitation of liability for damages of non-business sellers ...	2219

SECTION 3: REQUIREMENTS OF EXAMINATION AND NOTIFICATION

IV. A. – 4:301: Examination of the goods	2219
IV. A. – 4:302: Notification of lack of conformity	2220
IV. A. – 4:303: Notification of partial delivery	2220
IV. A. – 4:304: Seller's knowledge of lack of conformity	2220

CHAPTER 5: PASSING OF RISK

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

IV. A. – 5:101: Effect of passing of risk.....	2221
IV. A. – 5:102: Time when risk passes	2221
IV. A. – 5:103: Passing of risk in a consumer contract for sale	2221

SECTION 2: SPECIAL RULES

IV. A. – 5:201: Goods placed at buyer’s disposal.....	2221
IV. A. – 5:202: Carriage of the goods	2222
IV. A. – 5:203: Goods sold in transit	2222

CHAPTER 6: CONSUMER GOODS GUARANTEES

IV. A. – 6:101: Definition of a consumer goods guarantee	2222
IV. A. – 6:102: Binding nature of the guarantee	2223
IV. A. – 6:103: Guarantee document	2223
IV. A. – 6:104: Coverage of the guarantee	2224
IV. A. – 6:105: Guarantee limited to specific parts.....	2224
IV. A. – 6:106: Exclusion or limitation of the guarantor’s liability	2225
IV. A. – 6:107: Burden of proof.....	2225
IV. A. – 6:108: Prolongation of the guarantee period.....	2225

PART B: LEASE OF GOODS

CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS

IV. B. – 1:101: Lease of goods.....	2225
-------------------------------------	------

CHAPTER 2: LEASE PERIOD

IV. B. – 2:101: Start of lease period.....	2226
IV. B. – 2:102: End of lease period	2226
IV. B. – 2:103: Tacit prolongation	2227

CHAPTER 3: OBLIGATIONS OF THE LESSOR

IV. B. – 3:101: Availability of the goods	2227
IV. B. – 3:102: Conformity with the contract at the start of the lease period	2228
IV. B. – 3:103: Fitness for purpose, qualities, packaging etc.....	2228
IV. B. – 3:104: Conformity of the goods during the lease period	2229
IV. B. – 3:105: Incorrect installation under a consumer contract for the lease of goods.....	2229
IV. B. – 3:106: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for lease.....	2229
IV. B. – 3:107: Obligations on return of the goods	2230

CHAPTER 4: REMEDIES OF THE LESSEE

IV. B. – 4:101: Overview of remedies of lessee	2230
IV. B. – 4:102: Rules on remedies mandatory in consumer contract	2230
IV. B. – 4:103: Lessee’s right to have lack of conformity remedied	2230
IV. B. – 4:104: Rent reduction	2231

	Pág.
IV. B. – 4:105: Substitute transaction by lessee	2231
IV. B. – 4:106: Notification of lack of conformity.....	2231
IV. B. – 4:107: Remedies channelled towards supplier of the goods	2232

CHAPTER 5: OBLIGATIONS OF THE LESSEE

IV. B. – 5:101: Obligation to pay rent.....	2232
IV. B. – 5:102: Time for payment	2233
IV. B. – 5:103: Acceptance of goods	2233
IV. B. – 5:104: Handling the goods in accordance with the contract.....	2233
IV. B. – 5:105: Intervention to avoid danger or damage to the goods	2234
IV. B. – 5:106: Compensation for maintenance and improvements	2234
IV. B. – 5:107: Obligation to inform.....	2234
IV. B. – 5:108: Repairs and inspections by the lessor.....	2234
IV. B. – 5:109: Obligation to return the goods	2235

CHAPTER 6: REMEDIES OF THE LESSOR

IV. B. – 6:101: Overview of remedies of lessor.....	2235
IV. B. – 6:102: Consumer contract for the lease of goods	2235
IV. B. – 6:103: Right to enforce performance of monetary obligations	2235
IV. B. – 6:105: Reduction of liability in consumer contract for the lease of goods	2236

CHAPTER 7: NEW PARTIES AND SUBLEASE

IV. B. – 7:101: Change in ownership and substitution of lessor.....	2236
IV. B. – 7:102: Assignment of lessee's rights to performance	2237
IV. B. – 7:103: Sublease	2237

PART C: SERVICES

CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS

SECTION 1: SCOPE

IV. C. – 1:101: Supply of a service.....	2237
IV. C. – 1:102: Exclusions	2237

SECTION 2: OTHER GENERAL PROVISIONS

IV. C. – 1:201: Structure.....	2238
--------------------------------	------

CHAPTER 2: RULES APPLYING TO SERVICE CONTRACTS IN GENERAL

IV. C. – 2:101: Price.....	2238
IV. C. – 2:102: Pre-contractual duties to warn.....	2238
IV. C. – 2:103: Obligation to co-operate.....	2239

	Pág.
IV. C. - 2:104: Subcontractors, tools and materials	2240
IV. C. - 2:105: Obligation of skill and care	2241
IV. C. - 2:106: Obligation to achieve result.....	2241
IV. C. - 2:108: Contractual obligation of the service provider to warn.....	2242
IV. C. - 2:109: Unilateral variation of the service contract	2243
IV. C. - 2:110: Client's obligation to notify anticipated non-conformity	2244
IV. C. - 2:111: Client's right to terminate	2245

CHAPTER 3: CONSTRUCTION

IV. C. - 3:101: Scope	2245
IV. C. - 3:102: Obligation of client to co-operate	2246
IV. C. - 3:103: Obligation to prevent damage to structure	2246
IV. C. - 3:104: Conformity.....	2246
IV. C. - 3:105: Inspection, supervision and acceptance.....	2246
IV. C. - 3:106: Handing-over of the structure.....	2247
IV. C. - 3:107: Payment of the price	2247
IV. C. - 3:108: Risks.....	2247

CHAPTER 4: PROCESSING

IV. C. - 4:101: Scope	2249
IV. C. - 4:102: Obligation of client to co-operate	2249
IV. C. - 4:103: Obligation to prevent damage to thing being processed	2249
IV. C. - 4:104: Inspection and supervision	2249
IV. C. - 4:105: Return of the thing processed	2250
IV. C. - 4:106: Payment of the price	2250
IV. C. - 4:107: Risks.....	2250
IV. C. - 4:108: Limitation of liability.....	2252

CHAPTER 5: STORAGE

IV.C. - 5:101: Scope	2252
IV. C. - 5:102: Storage place and subcontractors.....	2252
IV. C. - 5:103: Protection and use of the thing stored.....	2252
IV. C. - 5:104: Return of the thing stored.....	2253
IV.C. - 5:105: Conformity.....	2253
IV. C. - 5:106: Payment of the price	2254
IV. C. - 5:107: Post-storage obligation to inform	2254
IV. C. - 5:108: Risks.....	2254
IV. C. - 5:109: Limitation of liability.....	2255

	Pág.
IV. C. – 5:110: Liability of the hotel-keeper	2255

CHAPTER 6: DESIGN

IV. C. – 6:101: Scope	2256
IV. C. – 6:102: Pre-contractual duty to warn	2257
IV. C. – 6:103: Obligation of skill and care	2257
IV. C. – 6:104: Conformity.....	2257
IV. C. – 6:105: Handing over of the design.....	2257
IV. C. – 6:106: Records.....	2258
IV. C. – 6:107: Limitation of liability.....	2258

CHAPTER 7: INFORMATION AND ADVICE

IV. C. – 7:101: Scope	2258
IV. C. – 7:102: Obligation to collect preliminary data.....	2258
IV. C. – 7:103: Obligation to acquire and use expert knowledge	2259
IV. C. – 7:104: Obligation of skill and care	2259
IV. C. – 7:106: Records.....	2260
IV. C. – 7:107: Conflict of interest.....	2260
IV. C. – 7:108: Influence of ability of the client.....	2260
IV. C. – 7:109: Causation	2261

CHAPTER 8: TREATMENT

IV. C. – 8:101: Scope	2261
IV. C. – 8:102: Preliminary assessment.....	2261
IV. C. – 8:103: Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises.....	2262
IV. C. – 8:104: Obligation of skill and care	2262
IV. C. – 8:105: Obligation to inform.....	2262
IV. C. – 8:106: Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment.....	2263
IV. C. – 8:107: Exceptions to the obligation to inform	2263
IV. C. – 8:108: Obligation not to treat without consent	2263
IV. C. – 8:109: Records.....	2264
IV. C. – 8:110: Remedies for non-performance.....	2265
IV. C. – 8:111: Obligations of treatment-providing organisations	2265

PART D: MANDATE

CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS

IV. D. – 1:101: Scope.....	2266
----------------------------	------

	Pág.
IV. D. - 1:102: Definitions	2267
IV. D. - 1:103: Duration.....	2267
IV. D. - 1:104: Revocation of the mandate.....	2268
IV. D. - 1:105: Irrevocable mandate.....	2268

CHAPTER 2: MAIN OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL

IV. D. - 2:101: Obligation to co-operate.....	2269
IV. D. - 2:102: Price	2269
IV. D. - 2:103: Expenses incurred by representative.....	2270

CHAPTER 3: PERFORMANCE BY THE REPRESENTATIVE

SECTION 1: MAIN OBLIGATIONS OF REPRESENTATIVE

IV. D. - 3:101: Obligation to act in accordance with mandate.....	2271
IV. D. - 3:102: Obligation to act in interests of principal	2271
IV. D. - 3:103: Obligation of skill and care	2271

SECTION 2: CONSEQUENCES OF ACTING BEYOND MANDATE

IV. D. - 3:201: Acting beyond mandate	2272
IV. D. - 3:202: Consequences of ratification	2272

SECTION 3: CONCLUSION OF PROSPECTIVE CONTRACT BY OTHER PERSON

IV. D. - 3:301: Exclusivity not presumed	2272
IV. D. - 3:302: Subcontracting	2273

SECTION 4: OBLIGATION TO INFORM PRINCIPAL

IV. D. - 3:401: Information about progress of performance	2273
IV. D. - 3:402: Giving account to principal.....	2273
IV. D. - 3:403: Communication of identity of third party	2273

CHAPTER 4: DIRECTIONS AND CHANGES

SECTION 1: DIRECTIONS

IV. D. - 4:101: Directions given by principal	2274
IV. D. - 4:102: Request for a direction.....	2274
IV. D. - 4:103: Consequences of failure to give a direction	2274
IV. D. - 4:104: No time to ask or wait for direction	2275

SECTION 2: CHANGES OF THE MANDATE CONTRACT

IV. D. - 4:201: Changes of the mandate contract.....	2275
--	------

CHAPTER 5: CONFLICT OF INTEREST

IV. D. - 5:101: Self-contracting	2276
--	------

	Pág.
IV. D. – 5:102: Double mandate	2277
CHAPTER 6: TERMINATION BY NOTICE OTHER THAN FOR NON-PERFORMANCE	
IV. D. – 6:101: Termination by notice in general.....	2278
IV. D. – 6:102: Termination by principal when relationship is to last for indefinite period or when mandate is for a particular task	2279
IV. D. – 6:103: Termination by principal for extraordinary and serious reason.....	2279
IV. D. – 6:104: Termination by representative when relationship is to last for indefinite period or when it is gratuitous	2279
IV. D. – 6:105: Termination by representative for extraordinary and serious reason	2280
CHAPTER 7: OTHER PROVISIONS ON TERMINATION	
IV. D. – 7:101: Conclusion of the prospective contract.....	2280
IV. D. – 7:102: Expiry of fixed period	2280
IV. D. – 7:103: Death of the principal.....	2281
IV. D. – 7:104: Death of the representative	2281
PART E: COMMERCIAL AGENCY, FRANCHISE AND DISTRIBUTORSHIP	
CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS	
SECTION 1: SCOPE	
IV. E. – 1:101: Contracts covered.....	2281
SECTION 2: OTHER GENERAL PROVISIONS	
IV. E. – 1:201: Priority rules.....	2282
IV. E. – 1:202: Derogation	2282
CHAPTER 2: RULES APPLYING TO ALL CONTRACTS WITHIN THE SCOPE OF THIS PART	
SECTION 1: PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY	
IV. E. – 2:101: Pre-contractual information duty	2282
SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE PARTIES	
IV. E. – 2:201: Co-operation	2282
IV. E. – 2:202: Information during the performance	2282
IV. E. – 2:203: Confidentiality	2283
SECTION 3: TERMINATION OF CONTRACTUAL RELATIONSHIP	
IV. E. – 2:301: Contract for a definite period	2283
IV. E. – 2:302: Contract for an indefinite period.....	2283
IV. E. – 2:303: Damages for termination with inadequate notice.....	2284

	Pág.
IV. E. - 2:304: Termination for non-performance.....	2284
IV. E. - 2:305: Indemnity for goodwill.....	2285
IV. E. - 2:306: Stock, spare parts and materials.....	2285

SECTION 4: OTHER GENERAL PROVISIONS

IV. E. - 2:401: Right of retention	2285
IV. E. - 2:402: Signed document available on request.....	2285

CHAPTER 3: COMMERCIAL AGENCY

SECTION 1: GENERAL

IV. E. - 3:101: Scope	2286
-----------------------------	------

SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE COMMERCIAL AGENT

IV. E. - 3:201: Negotiate and conclude contracts.....	2286
IV. E. - 3:202: Instructions	2286
IV. E. - 3:203: Information by agent during the performance	2286
IV. E. - 3:204: Accounting.....	2286

SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL

IV. E. - 3:301: Commission during the agency	2287
IV. E. - 3:302: Commission after the agency has ended.....	2287
IV. E. - 3:303: Conflicting entitlements of successive agents.....	2288
IV. E. - 3:304: When commission is to be paid	2288
IV. E. - 3:305: Entitlement to commission extinguished.....	2288
IV. E. - 3:306: Remuneration	2289
IV. E. - 3:307: Information by principal during the performance	2289
IV. E. - 3:308: Information on acceptance, rejection and non-performance .	2289
IV. E. - 3:309: Warning of decreased volume of contracts	2289
IV. E. - 3:310: Information on commission.....	2289
IV. E. - 3:311: Accounting.....	2290
IV. E. - 3:312: Amount of indemnity.....	2290
IV. E. - 3:313: Del credere clause	2291

CHAPTER 4: FRANCHISE SECTION 1: GENERAL

IV. E. - 4:101: Scope	2291
IV. E. - 4:102: Pre-contractual information.....	2291
IV. E. - 4:103: Co-operation.....	2292

SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE FRANCHISOR

IV. E. - 4:201: Intellectual property rights	2292
--	------

	Pág.
IV. E. – 4:202: Know-how	2292
IV. E. – 4:203: Assistance.....	2293
IV. E. – 4:204: Supply	2293
IV. E. – 4:205: Information by franchisor during the performance	2293
IV. E. – 4:206: Warning of decreased supply capacity	2294
IV. E. – 4:207: Reputation of network and advertising	2294

SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE FRANCHISEE

IV. E. – 4:301: Fees, royalties and other periodical payments.....	2294
IV. E. – 4:302: Information by franchisee during the performance.....	2294
IV. E. – 4:303: Business method and instructions.....	2295
IV. E. – 4:304: Inspection	2295

CHAPTER 5: DISTRIBUTORSHIP

SECTION 1: GENERAL

IV. E. – 5:101: Scope and definitions.....	2295
--	------

SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE SUPPLIER

IV. E. – 5:201: Obligation to supply.....	2296
IV. E. – 5:202: Information by supplier during the performance.....	2296
IV. E. – 5:203: Warning by supplier of decreased supply capacity.....	2296
IV. E. – 5:204: Advertising materials	2297
IV. E. – 5:205: The reputation of the products	2297

SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE DISTRIBUTOR

IV. E. – 5:301: Obligation to distribute	2297
IV. E. – 5:302: Information by distributor during the performance	2297
IV. E. – 5:303: Warning by distributor of decreased requirements.....	2297
IV. E. – 5:304: Instructions	2297
IV. E. – 5:305: Inspection	2298
IV. E. – 5:306: The reputation of the products	2298

PART F: LOANS

[In preparation]	2298
------------------------	------

PART G: PERSONAL SECURITY

CHAPTER I: COMMON RULES

IV. G. – 1:101: Definitions	2298
IV. G. – 1:102: Scope	2299
IV. G. – 1:103: Freedom of contract.....	2299

	Pág.
IV. G. - 1:104: Creditor's acceptance	2299
IV. G. - 1:105: Interpretation	2300
IV. G. - 1:106: Co-debtorship for security purposes.....	2300
IV. G. - 1:107: Several security providers: solidary liability towards creditor.....	2300
IV. G. - 1:108: Several security providers: internal recourse.....	2300
IV. G. - 1:109: Several security providers: recourse against debtor.....	2301
IV. G. - 1:110: Subsidiary application of rules on solidary debtors.....	2302

CHAPTER 2: DEPENDENT PERSONAL SECURITY

IV. G. - 2:101: Presumption for dependent personal security	2302
IV. G. - 2:102: Dependence of security provider's obligation.....	2302
IV. G. - 2:103: Debtor's defences available to the security provider.....	2303
IV. G. - 2:104: Coverage of security	2303
IV. G. - 2:105: Solidary liability of security provider.....	2304
IV. G. - 2:106: Subsidiary liability of security provider.....	2304
IV. G. - 2:107: Requirement of notification by creditor	2304
IV. G. - 2:108: Time limit for resort to security.....	2305
IV. G. - 2:109: Limiting security without time limit.....	2306
IV. G. - 2:110: Reduction of creditor's rights	2306
IV. G. - 2:111: Debtor's relief for the security provider.....	2307
IV. G. - 2:112: Notification and request by security provider before performance	2307
IV. G. - 2:113: Security provider's rights after performance	2307

CHAPTER 3: INDEPENDENT PERSONAL SECURITY

IV. G. - 3:101: Scope	2308
IV. G. - 3:102: Notification to debtor by security provider	2308
IV. G. - 3:103: Performance by security provider.....	2309
IV. G. - 3:104: Independent personal security on first demand	2309
IV. G. - 3:105: Manifestly abusive or fraudulent demand	2309
IV. G. - 3:106: Security provider's right to reclaim.....	2310
IV. G. - 3:107: Security with or without time limits	2310
IV. G. - 3:108: Transfer of security right.....	2310
IV. G. - 3:109: Security provider's rights after performance	2311

	Pág.
CHAPTER 4: SPECIAL RULES FOR PERSONAL SECURITY OF CONSUMERS	
IV. G. – 4:101: Scope of application.....	2311
IV. G. – 4:102: Applicable rules.....	2311
IV. G. – 4:103: Creditor’s pre-contractual duties.....	2311
IV. G. – 4:104: Form	2312
IV. G. – 4:105: Nature of security provider’s liability.....	2312
IV. G. – 4:106: Creditor’s obligations of annual information	2312
IV. G. – 4:107: Limiting security with time limit.....	2313
BOOK V: BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER’S AFFAIRS	
CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION	
V. – 1:101: Intervention to benefit another	2313
V. – 1:102: Intervention to perform another’s duty	2313
V. – 1:103: Exclusions.....	2313
CHAPTER 2: DUTIES OF INTERVENER	
V. – 2:101: Duties during intervention.....	2314
V. – 2:102: Reparation for damage caused by breach of duty	2314
V. – 2:103: Obligations after intervention.....	2314
CHAPTER 3: RIGHTS AND AUTHORITY OF INTERVENER	
V. – 3:101: Right to indemnification or reimbursement.....	2315
V. – 3:102: Right to remuneration	2315
V. – 3:103: Right to reparation	2315
V. – 3:104: Reduction or exclusion of intervener’s rights	2315
V. – 3:105: Obligation of third person to indemnify or reimburse the principal	2316
V. – 3:106: Authority of intervener to act as representative of the principal.	2316
BOOK VI: NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING OUT OF DAMAGE CAUSED TO ANOTHER	
CHAPTER 1: FUNDAMENTAL PROVISIONS	
VI. – 1:101: Basic rule.....	2316
VI. – 1:102: Prevention.....	2316
VI. – 1:103: Scope of application.....	2317
CHAPTER 2: LEGALLY RELEVANT DAMAGE	
SECTION 1: GENERAL	
VI. – 2:101: Meaning of legally relevant damage	2317

SECTION 2: PARTICULAR INSTANCES OF LEGALLY RELEVANT DAMAGE

VI. - 2:201: Personal injury and consequential loss.....	2318
VI. - 2:202: Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death	2318
VI. - 2:203: Infringement of dignity, liberty and privacy	2318
VI. - 2:204: Loss upon communication of incorrect information about another.....	2319
VI. - 2:205: Loss upon breach of confidence	2319
VI. - 2:206: Loss upon infringement of property or lawful possession.....	2319
VI. - 2:207: Loss upon reliance on incorrect advice or information.....	2319
VI. - 2:208: Loss upon unlawful impairment of business.....	2320
VI. - 2:209: Burdens incurred by the State upon environmental impairment.....	2320
VI. - 2:210: Loss upon fraudulent misrepresentation.....	2320
VI. - 2:211: Loss upon inducement of non-performance of obligation.....	2320

CHAPTER 3: ACCOUNTABILITY

SECTION 1: INTENTION AND NEGLIGENCE

VI. - 3:101: Intention	2320
VI. - 3:102: Negligence	2321
VI. - 3:103: Persons under eighteen	2321
VI. - 3:104: Accountability for damage caused by children or supervised persons	2321

SECTION 2: ACCOUNTABILITY WITHOUT INTENTION

OR NEGLIGENCE

VI. - 3:201: Accountability for damage caused by employees and representatives.....	2322
VI. - 3:202: Accountability for damage caused by the unsafe state of an immovable	2322
VI. - 3:203: Accountability for damage caused by animals	2323
VI. - 3:204: Accountability for damage caused by defective products	2323
VI. - 3:205: Accountability for damage caused by motor vehicles.....	2325
VI. - 3:206: Accountability for damage caused by dangerous substances or emissions.....	2325
VI. - 3:207: Other accountability for the causation of legally relevant damage.....	2326
VI. - 3:208: Abandonment.....	2326

CHAPTER 4: CAUSATION

VI. - 4:101: General rule	2326
---------------------------------	------

	Pág.
VI. - 4:102: Collaboration.....	2326
VI. - 4:103: Alternative causes	2327

CHAPTER 5: DEFENCES

SECTION 1: CONSENT OR CONDUCT OF THE INJURED PERSON

VI. - 5:101: Consent and acting at own risk.....	2327
VI. - 5:102: Contributory fault and accountability.....	2327
VI. - 5:103: Damage caused by a criminal to a collaborator.....	2328

SECTION 2: INTERESTS OF ACCOUNTABLE PERSONS OR THIRD PARTIES

VI. - 5:201: Authority conferred by law	2328
VI. - 5:202: Self-defence, benevolent intervention and necessity	2328
VI. - 5:203: Protection of public interest	2328

SECTION 3: INABILITY TO CONTROL

VI. - 5:301: Mental incompetence.....	2329
VI. - 5:302: Event beyond control.....	2329

SECTION 4: CONTRACTUAL EXCLUSION AND RESTRICTION OF LIABILITY

VI. - 5:401: Contractual exclusion and restriction of liability.....	2329
--	------

SECTION 5: LOSS WITHIN

VI. - 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death)	2330
VI. - 5:501: Extension of defences against the injured person to third persons	2330

CHAPTER 6: REMEDIES

SECTION 1: REPARATION IN GENERAL

VI. - 6:101: Aim and forms of reparation	2330
VI. - 6:102: De minimis rule.....	2330
VI. - 6:103: Equalisation of benefits	2331
VI. - 6:104: Multiple injured persons	2331
VI. - 6:105: Solidary liability.....	2331
VI. - 6:106: Assignment of right to reparation	2331

SECTION 2: COMPENSATION

VI. - 6:201: Injured person's right of election	2331
VI. - 6:202: Reduction of liability.....	2331
VI. - 6:203: Capitalisation and quantification	2331
VI. - 6:204: Compensation for injury as such	2332

SECTION 3: PREVENTION

VI. – 6:301: Right to prevention.....	2332
VI. – 6:302: Liability for loss in preventing damage.....	2332

CHAPTER 7: ANCILLARY RULES

VI. – 7:101: National constitutional laws.....	2332
VI. – 7:102: Statutory provisions	2332
VI. – 7:103: Public law functions and court proceedings.....	2332
VI. – 7:104: Liability of employees, employers, trade unions and employers' associations.....	2333
VI. – 7:105: Reduction or exclusion of liability to indemnified persons.....	2333

BOOK VII: UNJUSTIFIED ENRICHMENT

CHAPTER 1: GENERAL

VII. – 1:101: Basic rule	2333
--------------------------------	------

CHAPTER 2: WHEN ENRICHMENT UNJUSTIFIED

VII. – 2:101: Circumstances in which an enrichment is unjustified	2333
VII. – 2:102: Performance of obligation to third person	2334
VII. – 2:103: Consenting or performing freely	2334

CHAPTER 3: ENRICHMENT AND
DISADVANTAGE

VII. – 3:101: Enrichment.....	2335
VII. – 3:102: Disadvantage.....	2335

CHAPTER 4: ATTRIBUTION

VII. – 4:101: Instances of attribution	2335
VII. – 4:102: Indirect representation.....	2336
VII. – 4:103: Debtor's performance to a non-creditor; onward transfer in good faith.....	2336
VII. – 4:104: Ratification of debtor's performance to a non-creditor.....	2336
VII. – 4:105: Attribution resulting from an act of an intervener	2336
VII. – 4:106: Ratification of intervener's acts.....	2337
VII. – 4:107: Where type or value not identical.....	2337

CHAPTER 5: REVERSAL OF ENRICHMENT

VII. – 5:101: Transferable enrichment.....	2337
VII. – 5:102: Non-transferable enrichment.....	2338
VII. – 5:103: Monetary value of an enrichment; saving	2338
VII. – 5:104: Fruits and use of an enrichment.....	2338

	Pág.
CHAPTER 6: DEFENCES	
VII. - 6:101: Disenrichment	2339
VII. - 6:102: Juridical acts in good faith with third parties.....	2339
VII. - 6:103: Illegality	2339
CHAPTER 7: RELATION TO OTHER LEGAL RULES	
VII. - 7:101: Other private law rights to recover	2340
VII. - 7:102: Concurrent obligations.....	2340
VII. - 7:103: Public law claims	2340
ANNEX 1: DEFINITIONS	
.....	2341
ANNEX 2: COMPUTATION OF TIME	
.....	2357



7. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF
EUROPEAN PRIVATE LAW

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE
RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW
(ACQUIS GROUP)

MODEL RULES

BOOK I
GENERAL PROVISIONS

I. – 1:101: Intended field of application

(1) These rules are intended to be used primarily in relation to contractual and non-contractual rights and obligations and related property matters.

(2) They are not intended to be used, or used without modification or supplementation, in relation to rights and obligations of a public law nature, or in relation to:

(a) the status or legal capacity of natural persons;

(b) wills and succession;

(c) family relationships, including matrimonial and similar relationships;

(d) bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments;

(e) employment relationships;

(f) the ownership of, or rights in security over, immovable property;

(g) the creation, capacity, internal organisation, regulation or dissolution of companies and other bodies corporate or unincorporated;

(h) matters relating primarily to procedure or enforcement.

(3) Further restrictions on intended fields of application are contained in later Books.

I. – 1:102: Interpretation and development

(1) These rules are to be interpreted and developed autonomously and in accordance with their objectives.

(2) They are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws.

(3) In their interpretation and development regard should be had to the need to promote:

- (a) uniformity of application;
- (b) good faith and fair dealing; and
- (c) legal certainty.

(4) Issues within the scope of the rules but not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the principles underlying them.

(5) Where there is a general rule and a special rule applying to a particular situation within the scope of the general rule, the special rule prevails in any case of conflict.

I. – 1:103: Definitions

(1) The definitions in Annex 1 apply for all the purposes of these rules unless the context otherwise requires.

(2) Where a word is defined, other grammatical forms of the word have a corresponding meaning.

I. – 1:104: Computation of time

The provisions of Annex 2 apply in relation to the computation of time for any purpose under these rules.

I. – 1:105: Meaning of “in writing” and similar expressions

(1) For the purposes of these rules, a statement is “in writing” if it is in textual form, on paper or another durable medium and in directly legible characters.

(2) “Textual form” means a text which is expressed in alphabetical or other intelligible characters by means of any support which permits reading, recording of the information contained in the text and its reproduction in tangible form.

(3) “Durable medium” means any material on which information is stored so that it is accessible for future reference for a period of time adequate to the purposes of the information, and which allows the unchanged reproduction of this information.

I. – 1:106: Meaning of “signature” and similar expressions

(1) A reference to a person’s signature includes a reference to that person’s handwritten signature, electronic signature or advanced electronic signature, and references to anything being signed by a person are to be construed accordingly.

(2) A “handwritten signature” means the name of, or sign representing, a person written by that person’s own hand for the purpose of authentication.

(3) An “electronic signature” means data in electronic form which are attached to or logically associated with other electronic data, and which serve as a method of authentication.

(4) An “advanced electronic signature” means an electronic signature which is:

(a) uniquely linked to the signatory;

(b) capable of identifying the signatory;

(c) created using means which can be maintained under the signatory’s sole control; and

(d) linked to the data to which it relates in such a manner that any subsequent change of the data is detectable.

(5) In this Article, “electronic” means relating to technology with electrical, digital, magnetic, wireless, optical, electromagnetic, or similar capabilities.

BOOK II CONTRACTS AND OTHER JURIDICAL ACTS

CHAPTER I GENERAL PROVISIONS

II. – 1:101: Definitions

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

(2) A juridical act is any statement or agreement or declaration of intention, whether express or implied from conduct, which has or is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral.

II. - 1:102: Party autonomy

(1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing and any other applicable mandatory rules.

(2) Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.

(3) A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.

II. - 1:103: Binding effect

(1) A valid contract is binding on the parties.

(2) A valid unilateral promise or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.

(3) This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law.

II. - 1:104: Usages and practices

(1) The parties to a contract are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.

(3) This Article applies to other juridical acts with any necessary adaptations.

II. - 1:105: Imputed knowledge etc.

If any person who with a party's assent was involved in making a contract or other juridical act or in exercising a right or performing an obligation under it:

(a) knew or foresaw a fact, or is treated as having knowledge or foresight of a fact; or

(b) acted intentionally or with any other relevant state of mind this knowledge, foresight or state of mind is imputed to the party.

II. - 1:106: Notice

(1) This Article applies in relation to the giving of notice for any purpose under these rules. "Notice" includes the communication of a promise, offer, acceptance or other juridical act.

(2) The notice may be given by any means appropriate to the circumstances.

(3) The notice becomes effective when it reaches the addressee, unless it provides for a delayed effect.

(4) The notice reaches the addressee:

(a) when it is delivered to the addressee;

(b) when it is delivered to the addressee's place of business, or, where there is no such place of business or the notice does not relate to a business matter, to the addressee's habitual residence;

(c) in the case of a notice transmitted by electronic means, when it can be accessed by the addressee; or

(d) when it is otherwise made available to the addressee at such a place and in such a way that the addressee could reasonably be expected to obtain access to it without undue delay.

(5) The notice has no effect if a revocation of it reaches the addressee before or at the same time as the notice.

(6) Any reference in these rules to a notice given by or to a person includes a notice given by or to a representative of that person who has authority to give or receive it.

(7) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the rule in paragraph (4) (c) or derogate from or vary its effects.

II. - 1:107: Form

(1) A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form.

(2) Particular rules may require writing or some other formality.

II. – 1:108: Mixed contracts

(1) For the purposes of this Article a mixed contract is a contract which contains:

(a) parts falling within two or more of the categories of contracts regulated specifically in these rules; or

(b) a part falling within one such category and another part falling within the category of contracts governed only by the rules applicable to contracts generally.

(2) Where a contract is a mixed contract then, unless this is contrary to the nature and purpose of the contract, the rules applicable to each relevant category apply, with any appropriate adaptations, to the corresponding part of the contract and the rights and obligations arising from it.

(3) Paragraph (2) does not apply where:

(a) a rule provides that a mixed contract is to be regarded as falling primarily within one category; or

(b) in a case not covered by the preceding sub-paragraph, one part of a mixed contract is in fact so predominant that it would be unreasonable not to regard the contract as falling primarily within one category.

(4) In cases covered by paragraph (3) the rules applicable to the category into which the contract primarily falls (the primary category) apply to the contract and the rights and obligations arising from it. However, rules applicable to any elements of the contract falling within another category apply with any appropriate adaptations so far as is necessary to regulate those elements and provided that they do not conflict with the rules applicable to the primary category.

(5) Nothing in this Article prevents the application of any mandatory rules.

II. – 1:109: Partial invalidity or ineffectiveness

Where only part of a contract or other juridical act is invalid or ineffective, the remaining part continues in effect if it can reasonably be maintained without the invalid or ineffective part.

**CHAPTER 2
NON-DISCRIMINATION****II. – 2:101: Right not to be discriminated against**

A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridi-

cal act the object of which is to provide access to, or supply, goods or services which are available to the public.

II. - 2:102: Meaning of discrimination

(1) “Discrimination” means any conduct whereby, or situation where, on grounds such as those mentioned in the preceding Article:

(a) one person is treated less favourably than another person is, has been or would be treated in a comparable situation; or

(b) an apparently neutral provision, criterion or practice would place one group of persons at a particular disadvantage when compared to a different group of persons.

(2) Discrimination also includes harassment on grounds such as those mentioned in the preceding Article. “Harassment” means unwanted conduct (including conduct of a sexual nature) which violates a person’s dignity, particularly when such conduct creates an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment, or which aims to do so.

(3) Any instruction to discriminate also amounts to discrimination.

II. - 2:103: Exception

Unequal treatment which is justified by a legitimate aim does not amount to discrimination if the means used to achieve that aim are appropriate and necessary.

II. - 2:104: Remedies

(1) If a person is discriminated against contrary to II. - 2:101 (Right not to be discriminated against) then, without prejudice to any remedy which may be available under Book VI (Non-contractual liability for damage caused to another), the remedies for non-performance of an obligation under Book III, Chapter 3 (including damages for economic and non-economic loss) are available.

(2) Any remedy granted must be proportionate to the injury or anticipated injury; the dissuasive effect of remedies may be taken into account.

II. - 2:105: Burden of proof

(1) If a person who considers himself or herself discriminated against on one of the grounds mentioned in II. - 2:101 (Right not to be discriminated against) establishes, before a court or another competent authority, facts from which it may be presumed that there has

been such discrimination, it falls on the other party to prove that there has been no such discrimination.

(2) Paragraph (1) does not apply to proceedings in which it is for the court or another competent authority to investigate the facts of the case.

CHAPTER 3: MARKETING AND PRE-CONTRACTUAL DUTIES

SECTION 1 INFORMATION DUTIES

II. – 3:101: Duty to disclose information about goods and services

(1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.

(2) In assessing what information the other party can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other party is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice.

II. – 3:102: Specific duties for businesses marketing goods or services to consumers

(1) Where a business is marketing goods or services to a consumer, the business must, so far as is practicable having regard to all the circumstances and the limitations of the communication medium employed, provide such material information as the average consumer needs in the given context to take an informed decision on whether to conclude a contract.

(2) Where a business uses a commercial communication which gives the impression to consumers that it contains all the relevant information necessary to make a decision about concluding a contract, it must in fact contain all the relevant information. Where it is not already apparent from the context of the commercial communication, the information to be provided comprises:

(a) the main characteristics of the goods or services, the identity and address, if relevant, of the business, the price, and any available right of withdrawal;

(b) peculiarities related to payment, delivery, performance and complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence.

II. – 3:103: Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage

(1) In the case of transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of the transaction, the business must, as appropriate in the circumstances, provide clear information about the main characteristics of the goods or services, the price including delivery charges, taxes and other costs, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available right of withdrawal or redress procedures. This information must be provided a reasonable time before the conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must, as appropriate in the circumstances, also be adequate in the sense of II. – 5:104 (Adequate notification of the right to withdraw).

(2) Where more specific information duties are provided for specific situations, these take precedence over the general information duties under paragraph (1).

II. – 3:104: Information duties in direct and immediate distance communication

(1) When initiating direct and immediate distance communication with a consumer, a business must provide at the outset explicit information on its identity and the commercial purpose of the contact.

(2) Direct and immediate distance communication includes telephone and electronic means such as voice over internet protocol and internet related chat.

(3) The business bears the burden of proof that the consumer has received the information required under paragraph (1).

II. – 3:105: Formation by electronic means

(1) If a contract is to be concluded by electronic means and without individual communication, a business must provide information about the following matters before the other party makes or accepts an offer: (a) the technical steps which must be followed in order to conclude the contract;

(b) whether or not a contract document will be filed by the business and whether it will be accessible;

(c) the technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts an offer;

(d) the languages offered for the conclusion of the contract;

(e) any contract terms used.

(2) The contract terms referred to in paragraph (1) (e) must be available in textual form.

II. – 3:106: Clarity and form of information

(1) A duty to provide information imposed on a business under this Chapter is not fulfilled unless the information is clear and precise, and expressed in plain and intelligible language.

(2) Rules for specific contracts may require information to be provided on a durable medium or in another particular form.

(3) In the case of contracts between a business and a consumer concluded at a distance, information about the main characteristics of the goods or services, the price including delivery charges, taxes and other costs, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, need to be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must also be adequate in the sense of II. – 5:104 (Adequate notification of the right to withdraw).

(4) Failure to observe a particular form will have the same consequences as breach of information duties.

II. – 3:107: Remedies for breach of information duties

(1) If a business is required under II. – 3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided. Regardless of this, the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract.

(2) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of

this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure.

(3) If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations.

(4) The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II. – 7:201 (Mistake).

(5) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

SECTION 2 DUTY TO PREVENT INPUT ERRORS

II. – 3:201: Correction of input errors

(1) A business which intends to conclude a contract by making available electronic means without individual communication for concluding it, must make available to the other party appropriate, effective and accessible technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts an offer.

(2) Where a person concludes a contract in error because of a failure by a business to comply with the duty under paragraph (1) the business is liable for any loss caused to that person by such failure. This is without prejudice to any remedy which may be available under II. – 7:201 (Mistake).

(3) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

SECTION 3 NEGOTIATION AND CONFIDENTIALITY DUTIES

II. – 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing

(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

II. – 3:302: Breach of confidentiality

(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party's own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.

(2) In this Article, "confidential information" means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party.

(3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it.

(4) A party who is in breach of the duty is liable to pay damages to the other party for any loss caused by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach.

SECTION 4 UNSOLICITED GOODS OR SERVICES

II. – 3:401 No obligation arising from failure to respond

(1) If a business delivers unsolicited goods to, or performs unsolicited services for, a consumer:

(a) no contract arises from the consumer's failure to respond or from any other action or inaction by the consumer in relation to the goods and services; and

(b) no non-contractual obligation arises from the consumer's acquisition, retention, rejection or use of the goods or receipt of benefit from the services.

(2) Sub-paragraph (b) of the preceding paragraph does not apply if the goods or services were supplied:

(a) by way of benevolent intervention in another's affairs; or

(b) in error or in such other circumstances that there is a right to reversal of an unjustified enrichment.

(3) This Article is subject to the rules on delivery of excess quantity under a contract for the sale of goods.

CHAPTER 4 FORMATION

SECTION 1 GENERAL PROVISIONS

II. – 4:101: Requirements for the conclusion of a contract

A contract is concluded, without any further requirement, if the parties:

- (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and
- (b) reach a sufficient agreement.

II. – 4:102: How intention is determined

The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.

II. – 4:103: Sufficient agreement

(1) Agreement is sufficient if:

- (a) the terms of the contract have been sufficiently defined by the parties for the contract to be given effect; or
- (b) the terms of the contract, or the rights and obligations of the parties under it, can be otherwise sufficiently determined for the contract to be given effect.

(2) If one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached.

II. – 4:104: Merger clause

(1) If a contract document contains an individually negotiated clause stating that the document embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the document do not form part of the contract.

(2) If the merger clause is not individually negotiated it establishes only a presumption that the parties intended that their prior state-

ments, undertakings or agreements were not to form part of the contract. This rule may not be excluded or restricted.

(3) The parties' prior statements may be used to interpret the contract. This rule may not be excluded or restricted except by an individually negotiated clause.

(4) A party may by statements or conduct be precluded from asserting a merger clause to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct.

II. - 4:105: Modification in certain form only

(1) A term in a contract requiring any agreement to modify its terms, or to terminate the relationship resulting from it, to be in a certain form establishes only a presumption that any such agreement is not intended to be legally binding unless it is in that form.

(2) A party may by statements or conduct be precluded from asserting such a term to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct.

SECTION 2 OFFER AND ACCEPTANCE

II. - 4:201: Offer

(1) A proposal amounts to an offer if:

(a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and

(b) it contains sufficiently definite terms to form a contract.

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

(3) A proposal to supply goods or services at stated prices made by a business in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to sell or supply at that price until the stock of goods, or the business's capacity to supply the service, is exhausted.

II. - 4:202: Revocation of offer

(1) An offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before the offeree has dispatched an acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded.

(2) An offer made to the public can be revoked by the same means as were used to make the offer.

(3) However, a revocation of an offer is ineffective if:

(a) the offer indicates that it is irrevocable;

(b) the offer states a fixed time for its acceptance; or

(c) it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

II. – 4:203: Rejection of offer

When a rejection of an offer reaches the offeror, the offer lapses.

II. – 4:204: Acceptance

(1) Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.

(2) Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

II. – 4:205: Time of conclusion of the contract

(1) If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror.

(2) In the case of acceptance by conduct, the contract is concluded when notice of the conduct reaches the offeror.

(3) If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by doing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the offeree begins to do the act.

II. – 4:206: Time limit for acceptance

(1) An acceptance of an offer is effective only if it reaches the offeror within the time fixed by the offeror.

(2) If no time has been fixed by the offeror the acceptance is effective only if it reaches the offeror within a reasonable time.

(3) Where an offer may be accepted by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective only if the act is performed within the time for acceptance fixed by the offeror or, if no such time is fixed, within a reasonable time.

II. – 4:207: Late acceptance

(1) A late acceptance is nonetheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror informs the offeree that it is treated as an effective acceptance.

(2) If a letter or other communication containing a late acceptance shows that it has been dispatched in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that the offer is considered to have lapsed.

II. – 4:208: Modified acceptance

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.

(2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract. (3) However, such a reply is treated as a rejection of the offer if:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

(b) the offeror objects to the additional or different terms without undue delay; or

(c) the offeree makes the acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

II. – 4:209: Conflicting standard terms

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting standard terms, a contract is nonetheless formed. The standard terms form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of standard terms, an intention not to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without undue delay, informs the other party of such an intention.

II. – 4:210: Formal confirmation of contract between businesses

If businesses have concluded a contract but have not embodied it in a final document, and one without undue delay sends the other a notice in textual form on a durable medium which purports to be a confirmation of the contract but which contains additional or different terms, such terms become part of the contract unless:

(a) the terms materially alter the terms of the contract; or

(b) the addressee objects to them without undue delay.

II. – 4:211: Contracts not concluded through offer and acceptance

The rules in this Section apply with appropriate adaptations even though the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance.

SECTION 3 OTHER JURIDICAL ACTS

II. – 4:301: Requirements for a unilateral juridical act

The requirements for a unilateral juridical act are:

(a) that the party doing the act intends to be legally bound or to achieve the relevant legal effect;

(b) that the act is sufficiently certain; and

(c) that notice of the act reaches the person to whom it is addressed or, if the act is addressed to the public, the act is made public by advertisement, public notice or otherwise.

II. – 4:302: How intention is determined

The intention of a party to be legally bound or to achieve the relevant legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the person to whom the act is addressed.

II. – 4:303: Right or benefit may be rejected

Where a unilateral juridical act confers a right or benefit on the person to whom it is addressed, that person may reject it by notice to the maker of the act, provided that is done without undue delay and before the right or benefit has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued.

CHAPTER 5 RIGHT OF WITHDRAWAL

SECTION 1 EXERCISE AND EFFECTS

II. – 5:101: Scope and mandatory nature

(1) The provisions in this Section apply where under any rule in Section 2 or Book IV a party has a right to withdraw from a contract within a certain period.

(2) The parties may not, to the detriment of the entitled party, exclude the application of the rules in this Chapter or derogate from or vary their effects.

II. – 5:102: Exercise of right to withdraw

A right to withdraw is exercised by notice to the other party. No reasons need to be given. Returning the subject matter of the contract is considered a notice of withdrawal unless the circumstances indicate otherwise.

II. – 5:103: Withdrawal period

(1) A right to withdraw may be exercised at any time before the end of the withdrawal period, even if that period has not begun.

(2) Unless provided otherwise, the withdrawal period begins at the latest of the following times;

(a) the time of conclusion of the contract;

(b) the time when the entitled party receives from the other party adequate notification of the right to withdraw; or

(c) if the subject-matter of the contract is the delivery of goods, the time when the goods are received.

(3) The withdrawal period ends fourteen days after it has begun, but no later than one year after the time of conclusion of the contract.

(4) A notice of withdrawal is timely if dispatched before the end of this period.

II. – 5:104: Adequate notification of the right to withdraw

An adequate notification of the right to withdraw requires that the right is appropriately brought to the entitled party's attention, and that the notification provides, in textual form on a durable medium and in clear and comprehensible language, information about how the right may be exercised, the withdrawal period, and the name and address of the person to whom the withdrawal is to be communicated.

II. – 5:105: Effects of withdrawal

(1) Withdrawal terminates the contractual relationship and the obligations of both parties under the contract.

(2) The restitutionary effects of such termination are governed by the rules in Book III, Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) as modified by this Article, unless the contract provides otherwise in

favour of the withdrawing party. Any payment made by the withdrawing party must be returned without undue delay, and in any case not later than thirty days after the withdrawal becomes effective.

(3) The withdrawing party is not liable to pay:

(a) for any diminution in the value of anything received under the contract caused by inspection and testing;

(b) for any destruction or loss of, or damage to, anything received under the contract, provided the withdrawing party used reasonable care to prevent such destruction, loss or damage.

(4) The withdrawing party is liable for any diminution in value caused by normal use, unless that party had not received adequate notice of the right of withdrawal.

(5) Except as provided in this Article, the withdrawing party does not incur any liability through the exercise of the right of withdrawal.

II. – 5:106: Linked contracts

(1) If a consumer exercises a right of withdrawal from a contract for the supply of goods or services by a business, the effects of withdrawal extend to any linked contract.

(2) Where a contract is partially or exclusively financed by a credit contract, they form linked contracts, in particular:

(a) if the business supplying goods or services finances the consumer's performance;

(b) if a third party which finances the consumer's performance uses the services of the business for preparing or concluding the credit contract;

(c) if the credit contract refers to specific goods or services to be financed with this credit, and if this link between both contracts was suggested by the supplier of goods or services, or by the supplier of credit; or

(d) if there is a similar economic link.

(3) The provisions of II. – 5:105 (Effects of withdrawal) apply accordingly to the linked contract.

(4) Paragraph (1) does not apply to credit contracts financing the contracts mentioned in paragraph (2) (f) of the following Article.

SECTION 2 PARTICULAR RIGHTS OF WITHDRAWAL

II. – 5:201: Contracts negotiated away from business premises

(1) A consumer is entitled to withdraw from a contract under which a business supplies goods or services, including financial services, to the consumer, or is granted a personal security by the consumer, if the consumer's offer or acceptance was expressed away from the business premises.

(2) Paragraph (1) does not apply to:

(a) a contract concluded by means of an automatic vending machine or automated commercial premises;

(b) a contract concluded with telecommunications operators through the use of public payphones;

(c) a contract for the construction and sale of immovable property or relating to other immovable property rights, except for rental;

(d) a contract for the supply of foodstuffs, beverages or other goods intended for everyday consumption supplied to the home, residence or workplace of the consumer by regular roundsmen;

(e) a contract concluded by means of distance communication, but outside of an organised distance sales or service-provision scheme run by the supplier;

(f) a contract for the supply of goods or services whose price depends on fluctuations in the financial market outside the supplier's control, which may occur during the withdrawal period;

(g) a contract concluded at an auction;

(h) travel and baggage insurance policies or similar short-term insurance policies of less than one month's duration.

(3) If the business has exclusively used means of distance communication for concluding the contract, paragraph (1) also does not apply if the contract is for:

(a) the supply of accommodation, transport, catering or leisure services, where the business undertakes, when the contract is concluded, to supply these services on a specific date or within a specific period;

(b) the supply of services other than financial services if performance has begun, at the consumer's express and informed request,

before the end of the withdrawal period referred to in II. – 5:103 (Withdrawal period) paragraph (1);

(c) the supply of goods made to the consumer's specifications or clearly personalised or which, by reason of their nature, cannot be returned or are liable to deteriorate or expire rapidly;

(d) the supply of audio or video recordings or computer software

(i) which were unsealed by the consumer, or

(ii) which can be downloaded or reproduced for permanent use, in case of supply by electronic means;

(e) the supply of newspapers, periodicals and magazines;

(f) gaming and lottery services.

(4) With regard to financial services, paragraph (1) also does not apply to contracts that have been fully performed by both parties, at the consumer's express request, before the consumer exercises his or her right of withdrawal.

II. – 5:202: Timeshare contracts

(1) A consumer who acquires a right to use immovable property under a timeshare contract with a business is entitled to withdraw from the contract.

(2) Where a consumer exercises the right of withdrawal under paragraph (1), the contract may require the consumer to reimburse those expenses which:

(a) have been incurred as a result of the conclusion of and withdrawal from the contract;

(b) correspond to legal formalities which must be completed before the end of the period referred to in II. – 5:103 (Withdrawal period) paragraph (1);

(c) are reasonable and appropriate;

(d) are expressly mentioned in the contract; and

(e) are in conformity with any applicable rules on such expenses. The consumer is not obliged to reimburse any expenses when exercising the right of withdrawal in the situation covered by II. – 3:107 (Remedies for breach of information duties) paragraph (1).

(3) The business must not demand or accept any advance payment by the consumer during the period in which the latter may exercise the right of withdrawal.

CHAPTER 6 REPRESENTATION

II. – 6:101: Scope

(1) This Chapter applies to the external relationships created by acts of representation – that is to say, the relationships between:

- (a) the principal and the third party; and
- (b) the representative and the third party.

(2) It applies also to situations where a person purports to be a representative without actually being a representative.

(3) It does not apply to the internal relationship between the representative and the principal.

II. – 6:102: Definitions

(1) A “representative” is a person who has authority to affect the legal position of another person (the principal) in relation to a third party by acting on behalf of the principal.

(2) The “authority” of a representative is the power to affect the principal’s legal position.

(3) The “authorisation” of the representative is the granting or maintaining of the authority.

(4) “Acting without authority” includes acting beyond the scope of the authority granted.

(5) A “third party”, in this Chapter, includes the representative who, when acting for the principal, also acts in a personal capacity as the other party to the transaction.

II. – 6:103: Authorisation

(1) The authority of a representative may be granted by the principal or by the law.

(2) The principal’s authorisation may be express or implied.

(3) If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that the person has authorised a representative to perform

certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative.

II. – 6:104: Scope of authority

(1) The scope of the representative's authority is determined by the grant.

(2) The representative has authority to perform all incidental acts necessary to achieve the purposes for which the authority was granted.

(3) A representative has authority to delegate authority to another person (the delegate) to do acts on behalf of the principal which it is not reasonable to expect the representative to do personally. The rules of this Chapter apply to acts done by the delegate.

II. – 6:105: When representative's act affects principal's legal position

When the representative acts:

(a) in the name of a principal or otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal; and

(b) within the scope of the representative's authority, the act affects the legal position of the principal in relation to the third party as if it had been done by the principal. It does not as such give rise to any legal relation between the representative and the third party.

II. – 6:106: Representative acting in own name

When the representative, despite having authority, does an act in the representative's own name or otherwise in such a way as not to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal, the act affects the legal position of the representative in relation to the third party as if done by the representative in a personal capacity. It does not as such affect the legal position of the principal in relation to the third party unless this is specifically provided for by any rule of law.

II. – 6:107: Person purporting to act as representative but not having authority

(1) When a person acts in the name of a principal or otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal but acts without authority, the act does not

affect the legal position of the purported principal or, save as provided in paragraph (2), give rise to legal relations between the unauthorised person and the third party.

(2) Failing ratification by the purported principal, the person is liable to pay the third party such damages as will place the third party in the same position as if the person had acted with authority.

(3) Paragraph (2) does not apply if the third party knew or could reasonably be expected to have known of the lack of authority.

II. – 6:108: Unidentified principal

If a representative acts for a principal whose identity is to be revealed later, but fails to reveal that identity within a reasonable time after a request by the third party, the representative is treated as having acted in a personal capacity.

II. – 6:109: Conflict of interest

(1) If an act done by a representative involves the representative in a conflict of interest of which the third party knew or could reasonably be expected to have known, the principal may avoid the act according to the provisions of II. – 7:209 (Notice of avoidance) to II. – 7:213 (Partial avoidance).

(2) There is presumed to be a conflict of interest where:

(a) the representative also acted as representative for the third party; or

(b) the transaction was with the representative in a personal capacity.

(3) However, the principal may not avoid the act:

(a) if the representative acted with the principal's prior consent;

(b) if the representative had disclosed the conflict of interest to the principal and the principal did not object within a reasonable time; or

(c) if the principal otherwise knew, or could reasonably be expected to have known, of the representative's involvement in the conflict of interest and did not object within a reasonable time.

II. – 6:110: Several representatives

Where several representatives have authority to act for the same principal, each of them may act separately.

II. – 6:111: Ratification

(1) Where a person purports to act as a representative but acts without authority, the purported principal may ratify the act.

(2) Upon ratification, the act is considered as having been done with authority, without prejudice to the rights of other persons.

(3) The third party who knows that an act was done without authority may by notice to the purported principal specify a reasonable period of time for ratification. If the act is not ratified within that period ratification is no longer possible.

II. – 6:112: Effect of ending or restriction of authorisation

(1) The authority of a representative continues in relation to a third party who knew of the authority notwithstanding the ending or restriction of the representative's authorisation until the third party knows or can reasonably be expected to know of the ending or restriction.

(2) Where the principal is under an obligation to the third party not to end or restrict the representative's authorisation, the authority of a representative continues notwithstanding an ending or restriction of the authorisation even if the third party knows of the ending or restriction.

(3) The third party can reasonably be expected to know of the ending or restriction if, in particular, it has been communicated or publicised in the same way as the granting of the authority was originally communicated or publicised.

(4) Notwithstanding the ending of authorisation, the representative continues to have authority for a reasonable time to perform those acts which are necessary to protect the interests of the principal or the principal's successors.

**CHAPTER 7
GROUNDS OF INVALIDITY****SECTION 1
GENERAL PROVISIONS****II. – 7:101: Scope**

(1) This Chapter deals with the effects of:

- (a) mistake, fraud, threats, or unfair exploitation; and
- (b) infringement of fundamental principles or mandatory rules.

(2) It does not deal with lack of capacity.

(3) It applies in relation to contracts and, with any necessary adaptations, other juridical acts.

II. – 7:102: Initial impossibility

A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party is not entitled to dispose of any assets to which the contract relates.

SECTION 2 VITIATED CONSENT OR INTENTION

II. – 7:201: Mistake

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and

(b) the other party;

(i) caused the mistake;

(ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake;

(iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or

(iv) made the same mistake.

(2) However a party may not avoid the contract for mistake if:

(a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.

II. – 7:202: Inaccuracy in communication may be treated as mistake

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is treated as a mistake of the person who made or sent the statement.

II. – 7:203: Adaptation of contract in case of mistake

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party performs, or indicates a willingness to perform, the obligations under the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is treated as having been concluded as that party understood it. This applies only if the other party performs, or indicates a willingness to perform, without undue delay after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance.

(2) After such performance or indication the right to avoid is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

(3) Where both parties have made the same mistake, the court may at the request of either party bring the contract into accordance with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred.

II. – 7:204: Liability for loss caused by reliance on incorrect information

(1) A party who has concluded a contract in reasonable reliance on incorrect information given by the other party in the course of negotiations has a right to damages for loss suffered as a result if the provider of the information:

(a) believed the information to be incorrect or had no reasonable grounds for believing it to be correct; and

(b) knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the information in deciding whether or not to conclude the contract on the agreed terms.

(2) This Article applies even if there is no right to avoid the contract.

II. – 7:205: Fraud

(1) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose.

(2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is in-

tended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

(a) whether the party had special expertise;

(b) the cost to the party of acquiring the relevant information;

(c) whether the other party could reasonably acquire the information by other means; and

(d) the apparent importance of the information to the other party.

II. - 7:206: Coercion or threats

(1) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract.

(2) A threat is not regarded as inducing the contract if in the circumstances the threatened party had a reasonable alternative.

II. - 7:207: Unfair exploitation

(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

(a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and

(b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue

delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

II. – 7:208: Third persons

(1) Where a third person for whose acts a party is responsible or who with a party's assent is involved in the making of a contract:

(a) causes a mistake, or knows of or could reasonably be expected to know of a mistake; or

(b) is guilty of fraud, coercion, threats or unfair exploitation, remedies under this Section are available as if the behaviour or knowledge had been that of the party.

(2) Where a third person for whose acts a party is not responsible and who does not have the party's assent to be involved in the making of a contract is guilty of fraud, coercion, threats or unfair exploitation, remedies under this Section are available if the party knew or could reasonably be expected to have known of the relevant facts, or at the time of avoidance has not acted in reliance on the contract.

II. – 7:209: Notice of avoidance

Avoidance under this Section is effected by notice to the other party.

II. – 7:210: Time

A notice of avoidance under this Section is ineffective unless given within a reasonable time, with due regard to the circumstances, after the avoiding party knew or could reasonably be expected to have known of the relevant facts or became capable of acting freely.

II. – 7:211: Confirmation

If a party who is entitled to avoid a contract under this Section confirms it, expressly or impliedly, after the period of time for giving notice of avoidance has begun to run, avoidance is excluded.

II. – 7:212: Effects of avoidance

(1) A contract which may be avoided under this Section is valid until avoided but, once avoided, is retrospectively invalid from the beginning.

(2) The question whether either party has a right to the return of whatever has been transferred or supplied under a contract which has

been avoided under this Section, or a monetary equivalent, is regulated by the rules on unjustified enrichment.

(3) The effect of avoidance under this Section on the ownership of property which has been transferred under the avoided contract is governed by the rules on the transfer of property.

II. – 7:213: Partial avoidance

If a ground of avoidance under this Section affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract.

II. – 7:214: Damages for loss

(1) A party who has the right to avoid a contract under this Section (or who had such a right before it was lost by the effect of time limits or confirmation) is entitled, whether or not the contract is avoided, to damages from the other party for any loss suffered as a result of the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation, provided that the other party knew or could reasonably be expected to have known of the ground for avoidance.

(2) The damages recoverable are such as to place the aggrieved party as nearly as possible in the position in which that party would have been if the contract had not been concluded, with the further limitation that, if the party does not avoid the contract, the damages are not to exceed the loss caused by the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation.

(3) In other respects the rules on damages for non-performance of a contractual obligation apply with any appropriate adaptation.

II. – 7:215: Exclusion or restriction of remedies

(1) Remedies for fraud, coercion, threats and unfair exploitation cannot be excluded or restricted.

(2) Remedies for mistake may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing.

II. – 7:216: Overlapping remedies

A party who is entitled to a remedy under this Section in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.

SECTION 3
INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL
PRINCIPLES OR MANDATORY RULES

II. – 7:301: Contracts infringing fundamental principles

A contract is void to the extent that:

(a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and

(b) nullity is required to give effect to that principle.

II. – 7:302: Contracts infringing mandatory rules

(1) Where a contract is not void under the preceding Article but infringes a mandatory rule of law, the effects of that infringement on the validity of the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.

(2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement on the validity of a contract, a court may;

(a) declare the contract to be valid;

(b) avoid the contract, with retrospective effect, in whole or in part;
or

(c) modify the contract or its effects.

(3) A decision reached under paragraph (2) should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including:

(a) the purpose of the rule which has been infringed;

(b) the category of persons for whose protection the rule exists;

(c) any sanction that may be imposed under the rule infringed;

(d) the seriousness of the infringement;

(e) whether the infringement was intentional; and

(f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract.

II. – 7:303: Effects of nullity or avoidance

(1) The question whether either party has a right to the return of whatever has been transferred or supplied under a contract, or part of a contract, which is void or has been avoided under this Section, or a

monetary equivalent, is regulated by the rules on unjustified enrichment.

(2) The effect of nullity or avoidance under this Section on the ownership of property which has been transferred under the void or avoided contract, or part of a contract, is governed by the rules on the transfer of property.

(3) This Article is subject to the powers of the court to modify the contract or its effects.

II. – 7:304: Damages for loss

(1) A party to a contract which is void or avoided, in whole or in part, under this Section is entitled to damages from the other party for any loss suffered as a result of the invalidity, provided that the first party did not know and could not reasonably be expected to have known, and the other party knew or could reasonably be expected to have known, of the infringement.

(2) The damages recoverable are such as to place the aggrieved party as nearly as possible in the position in which that party would have been if the contract had not been concluded or the infringing term had not been included.

CHAPTER 8 INTERPRETATION

SECTION 1 INTERPRETATION OF CONTRACTS

II. – 8:101: General rules

(1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.

(2) If one party intended the contract, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.

(3) The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it:

(a) if an intention cannot be established under the preceding paragraphs; or

(b) if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract's apparent meaning.

II. – 8:102: Relevant matters

(1) In interpreting the contract, regard may be had, in particular, to:

(a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations;

(b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract;

(c) the interpretation which has already been given by the parties to terms or expressions which are the same as, or similar to, those used in the contract and the practices they have established between themselves;

(d) the meaning commonly given to such terms or expressions in the branch of activity concerned and the interpretation such terms or expressions may already have received;

(e) the nature and purpose of the contract;

(f) usages; and

(g) good faith and fair dealing.

(2) In a question with a person, not being a party to the contract or a person such as an assignee who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract's apparent meaning, regard may be had to the circumstances mentioned in sub-paragraphs (a) to (c) above only to the extent that those circumstances were known to, or could reasonably be expected to have been known to, that person.

II. – 8:103: Interpretation against party supplying term

Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.

II. – 8:104: Preference for negotiated terms

Terms which have been individually negotiated take preference over those which have not.

II. – 8:105: Reference to contract as a whole

Terms and expressions are to be interpreted in the light of the whole contract in which they appear.

II. – 8:106: Preference for interpretation which gives terms effect

An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.

II. – 8:107: Linguistic discrepancies

Where a contract document is in two or more language versions none of which is stated to be authoritative, there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to the version in which the contract was originally drawn up.

**SECTION 2
INTERPRETATION OF OTHER JURIDICAL ACTS****II. – 8:201: General rules**

(1) A unilateral juridical act is to be interpreted in the way in which it could reasonably be expected to be understood by the person to whom it is addressed.

(2) If the person making the juridical act intended the act, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the act the person to whom it was addressed was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of the first person's intention, the act is to be interpreted in the way intended by the first person.

(3) The act is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it:

(a) if neither paragraph (1) nor paragraph (2) applies; or

(b) if the question arises with a person, not being the addressee or a person who by law has no better rights than the addressee, who has reasonably and in good faith relied on the contract's apparent meaning.

II. – 8:202: Application of other rules by analogy

The provisions of Section 1, apart from its first Article, apply with appropriate adaptations to the interpretation of a juridical act other than a contract.

CHAPTER 9 CONTENTS AND EFFECTS OF CONTRACTS

SECTION 1 CONTENTS

II. – 9:101: Terms of a contract

(1) The terms of a contract may be derived from the express or tacit agreement of the parties, from rules of law or from practices established between the parties or usages.

(2) Where it is necessary to provide for a matter which the parties have not foreseen or provided for, a court may imply an additional term, having regard in particular to:

- (a) the nature and purpose of the contract;
- (b) the circumstances in which the contract was concluded; and
- (c) the requirements of good faith and fair dealing.

(3) Any term implied under paragraph (2) should, where possible, be such as to give effect to what the parties, had they provided for the matter, would probably have agreed.

(4) Paragraph (2) does not apply if the parties have deliberately left a matter unprovided for, accepting the consequences of so doing.

II. – 9:102: Certain pre-contractual statements regarded as contract terms

(1) A statement made by one party before a contract is concluded is regarded as a term of the contract if the other party reasonably understood it as being made on the basis that it would form part of the contract terms if a contract were concluded. In assessing whether the other party was reasonable in understanding the statement in that way account may be taken of:

- (a) the apparent importance of the statement to the other party;
- (b) whether the party was making the statement in the course of business; and
- (c) the relative expertise of the parties.

(2) If one of the parties to a contract is a business and before the contract is concluded makes a statement, either to the other party or publicly, about the specific characteristics of what is to be supplied by

that business under the contract, the statement is regarded as a term of the contract unless:

(a) the other party was aware when the contract was concluded, or could reasonably be expected to have been so aware, that the statement was incorrect or could not otherwise be relied on as such a term; or

(b) the other party's decision to conclude the contract was not influenced by the statement.

(3) For the purposes of paragraph (2), a statement made by a person engaged in advertising or marketing on behalf of the business is treated as being made by the business.

(4) Where the other party is a consumer then, for the purposes of paragraph (2), a public statement made by or on behalf of a producer or other person in earlier links of the business chain between the producer and the consumer is treated as being made by the business unless the business, at the time of conclusion of the contract, did not know and could not reasonably be expected to have known of it.

(5) In the circumstances covered by paragraph (4) a business which at the time of conclusion of the contract did not know and could not reasonably be expected to have known that the statement was incorrect has a right to be indemnified by the person making the statement for any liability incurred as a result of that paragraph.

II. – 9:103: Terms not individually negotiated

(1) Terms supplied by one party and not individually negotiated may be invoked against the other party only if the other party was aware of them, or if the party supplying the terms took reasonable steps to draw the other party's attention to them, before or when the contract was concluded.

(2) If a contract is to be concluded by electronic means, the party supplying any terms which have not been individually negotiated may invoke them against the other party only if they are made available to the other party in textual form.

(3) For the purposes of this Article:

(a) “not individually negotiated” has the meaning given by II. – 9:403 (Meaning of “not individually negotiated”); and

(b) terms are not sufficiently brought to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document.

II. – 9:104: Determination of price

Where the amount of the price payable under a contract cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price.

II. – 9:105: Unilateral determination by a party

Where the price or any other contractual term is to be determined by one party and that party's determination is grossly unreasonable then, notwithstanding any provision in the contract to the contrary, a reasonable price or other term is substituted.

II. – 9:106: Determination by a third person

(1) Where a third person is to determine the price or any other contractual term and cannot or will not do so, a court may, unless this is inconsistent with the terms of the contract, appoint another person to determine it.

(2) If a price or other term determined by a third person is grossly unreasonable, a reasonable price or term is substituted.

II. – 9:107: Reference to a non-existent factor

Where the price or any other contractual term is to be determined by reference to a factor which does not exist or has ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor is substituted unless this would be unreasonable in the circumstances, in which case a reasonable price or other term is substituted.

II. – 9:108: Quality

Where the quality of anything to be supplied or provided under the contract cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, the quality required is the quality which the recipient could reasonably expect in the circumstances.

**SECTION 2
SIMULATION****II. – 9:201: Effect of simulation**

(1) When the parties have concluded a contract or an apparent contract and have deliberately done so in such a way that it has an

apparent effect different from the effect which the parties intend it to have, the parties' true intention prevails.

(2) However, the apparent effect prevails in relation to a person, not being a party to the contract or apparent contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the apparent effect.

SECTION 3

EFFECT OF STIPULATION IN FAVOUR OF A THIRD PARTY

II. – 9:301: Basic rules

(1) The parties to a contract may, by the contract, confer a right or other benefit on a third party. The third party need not be in existence or identified at the time the contract is concluded.

(2) The nature and content of the third party's right or benefit are determined by the contract and are subject to any conditions or other limitations under the contract.

(3) The benefit conferred may take the form of an exclusion or limitation of the third party's liability to one of the contracting parties.

II. – 9:302: Rights, remedies and defences

Where one of the contracting parties is bound to render a performance to the third party under the contract, then, in the absence of provision to the contrary in the contract:

(a) the third party has the same rights to performance and remedies for nonperformance as if the contracting party was bound to render the performance under a binding unilateral promise in favour of the third party; and

(b) the contracting party may assert against the third party all defences which the contracting party could assert against the other party to the contract.

II. – 9:303: Rejection or revocation of benefit

(1) The third party may reject the right or benefit by notice to either of the contracting parties, if that is done without undue delay after being notified of the right or benefit and before it has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued to the third party.

(2) The contracting parties may remove or modify the contractual term conferring the right or benefit if this is done before either of them

has given the third party notice that the right or benefit has been conferred. The contract determines whether and by whom and in what circumstances the right or benefit can be revoked or modified after that time.

(3) Even if the right or benefit conferred is by virtue of the contract revocable or subject to modification, the right to revoke or modify is lost if the parties have, or the party having the right to revoke or modify has, led the third party to believe that it is not revocable or subject to modification and if the third party has reasonably acted in reliance on it.

SECTION 4 UNFAIR TERMS

II. – 9:401: Mandatory nature of following provisions

The parties may not exclude the application of the provisions in this Section or derogate from or vary their effects.

II. – 9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated

(1) Terms which have not been individually negotiated must be drafted and communicated in plain, intelligible language.

(2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair.

II. – 9:403: Meaning of “not individually negotiated”

(1) A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance, whether or not as part of standard terms.

(2) If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection.

(3) The party supplying a standard term bears the burden of proving that it has been individually negotiated.

(4) In a contract between a business and a consumer, the business bears the burden of proving that a term supplied by the business,

whether or not as part of standard terms, has been individually negotiated.

(5) In contracts between a business and a consumer, terms drafted by a third person are considered to have been supplied by the business, unless the consumer introduced them to the contract.

II. – 9:404: Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer

In a contract between a business and a consumer, a term [which has not been individually negotiated] is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.

II. – 9:405: Meaning of “unfair” in contracts between non-business parties

In a contract between parties neither of whom is a business, a term is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and significantly disadvantages the other party, contrary to good faith and fair dealing.

II. – 9:406: Meaning of “unfair” in contracts between businesses

A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.

II. – 9:407: Exclusions from unfairness test

(1) Contract terms are not subjected to an unfairness test under this Section if they are based on:

- (a) provisions of the applicable law;
- (b) international conventions to which the Member States are parties, or to which the European Union is a party; or
- (c) these rules.

(2) For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

II. – 9:408: Factors to be taken into account in assessing unfairness

(1) When assessing the unfairness of a contractual term for the purposes of this Section, regard is to be had to the duty of transparency under II. – 9:402 (Duty of transparency in terms not individually negotiated), to the nature of the goods or services to be provided under the contract, to the circumstances prevailing during the conclusion of the contract, to the other terms of the contract and to the terms of any other contract on which the contract depends.

(2) For the purposes of II. – 9:404 (Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer) the circumstances prevailing during the conclusion of the contract include the extent to which the consumer was given a real opportunity to become acquainted with the term before the conclusion of the contract.

II. – 9:409: Effects of unfair terms

(1) A term which is unfair under this Section is not binding on the party who did not supply it.

(2) If the contract can reasonably be maintained without the unfair term, the other terms remain binding on the parties.

II. – 9:410: Exclusive jurisdiction clauses

(1) A term in a contract between a business and a consumer is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it confers exclusive jurisdiction for all disputes arising under the contract on the court for the place where the business is domiciled.

(2) Paragraph (1) does not apply if the chosen court is also the court for the place where the consumer is domiciled.

II. – 9:411: Terms which are presumed to be unfair in contracts between a business and a consumer

(1) A term in a contract between a business and a consumer is presumed to be unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it:

(a) excludes or limits the liability of a business for death or personal injury caused to a consumer through an act or omission of that business;

(b) inappropriately excludes or limits the remedies, including any right to set-off, available to the consumer against the business or a

third party for non-performance by the business of obligations under the contract;

(c) makes binding on a consumer an obligation which is subject to a condition the fulfilment of which depends solely on the intention of the business;

(d) permits a business to keep money paid by a consumer if the latter decides not to conclude the contract, or perform obligations under it, without providing for the consumer to receive compensation of an equivalent amount from the business in the reverse situation;

(e) requires a consumer who fails to perform his or her obligations to pay a disproportionately high amount of damages;

(f) entitles a business to withdraw from or terminate the contractual relationship on a discretionary basis without giving the same right to the consumer, or entitles a business to keep money paid for services not yet supplied in the case where the business withdraws from or terminates the contractual relationship;

(g) enables a business to terminate a contractual relationship of indeterminate duration without reasonable notice, except where there are serious grounds for doing so; this does not affect terms in financial services contracts where there is a valid reason, provided that the supplier is required to inform the other contracting party or parties thereof immediately;

(h) automatically extends a contract of fixed duration unless the consumer indicates otherwise, in cases where such terms provide for an unreasonably early deadline;

(i) enables a business to alter the terms of the contract unilaterally without a valid reason which is specified in the contract; this does not affect terms under which a supplier of financial services reserves the right to change the rate of interest to be paid by, or to, the consumer, or the amount of other charges for financial services without notice where there is a valid reason, provided that the supplier is required to inform the consumer at the earliest opportunity and that the consumer is free to terminate the contractual relationship with immediate effect; neither does it affect terms under which a business reserves the right to alter unilaterally the conditions of a contract of indeterminate duration, provided that the business is required to inform the consumer with reasonable notice, and that the consumer is free to terminate the contractual relationship;

(j) enables a business to alter unilaterally without a valid reason any characteristics of the goods or services to be provided;

(k) provides that the price of goods is to be determined at the time of delivery, or allows a business to increase the price without giving the consumer the right to withdraw if the increased price is too high in relation to the price agreed at the conclusion of the contract; this does not affect price-indexation clauses, where lawful, provided that the method by which prices vary is explicitly described;

(l) gives a business the right to determine whether the goods or services supplied are in conformity with the contract, or gives the business the exclusive right to interpret any term of the contract;

(m) limits the obligation of a business to respect commitments undertaken by its agents, or makes its commitments subject to compliance with a particular formality;

(n) obliges a consumer to fulfil all his or her obligations where the business fails to fulfil its own;

(o) allows a business to transfer its rights and obligations under the contract without the consumer's consent, if this could reduce the guarantees available to the consumer;

(p) excludes or restricts a consumer's right to take legal action or to exercise any other remedy, in particular by referring the consumer to arbitration proceedings which are not covered by legal provisions, by unduly restricting the evidence available to the consumer, or by shifting a burden of proof on to the consumer. (2) Subparagraphs (g) (i) and (k) do not apply to:

(a) transactions in transferable securities, financial instruments and other products or services where the price is linked to fluctuations in a stock exchange quotation or index or a financial market rate beyond the control of the business;

(b) contracts for the purchase or sale of foreign currency, traveller's cheques or international money orders denominated in foreign currency.

BOOK III OBLIGATIONS AND CORRESPONDING RIGHTS

CHAPTER 1 GENERAL

III. - 1:101: Definitions

(1) An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor.

(2) Performance of an obligation is the doing by the debtor of what is to be done under the obligation or the not doing by the debtor of what is not to be done.

(3) Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation.

(4) An obligation is reciprocal in relation to another obligation if:

(a) performance of the obligation is due in exchange for performance of the other obligation;

(b) it is an obligation to facilitate or accept performance of the other obligation; or

(c) it is so clearly connected to the other obligation or its subject matter that performance of the one can reasonably be regarded as dependent on performance of the other.

(5) The terms regulating an obligation may be derived from a contract or other juridical act, the law or a legally binding usage or practice, or a court order; and similarly for the terms regulating a right.

III. - 1:102: Scope of Book

This Book applies to obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance.

III. - 1:103: Good faith and fair dealing

(1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.

(2) The duty may not be excluded or limited by contract.

(3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have.

III. - 1:104: Co-operation

The debtor and creditor are obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor's obligation.

III. - 1:105: Non-discrimination

Chapter 2 (Non-discrimination) of Book II applies with appropriate adaptations to:

(a) the performance of any obligation to provide access to, or supply, goods, services or other benefits which are available to members of the public;

(b) the exercise of a right to performance of any such obligation or the pursuing or defending of any remedy for non-performance of any such obligation; and

(c) the exercise of a right to terminate any such obligation.

III. - 1:106: Conditional rights and obligations

(1) The terms regulating a right or obligation may provide that it is conditional upon the occurrence of an uncertain future event, so that it takes effect only if the event occurs (suspensive condition) or comes to an end if the event occurs (resolutive condition).

(2) Upon fulfilment of a suspensive condition, the relevant right or obligation takes effect.

(3) Upon fulfilment of a resolutive condition, the relevant right or obligation comes to an end.

(4) When a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the obligation to co-operate, interferes with a condition so as to bring about its fulfilment or non-fulfilment to that party's advantage, the other party may treat the condition as not having been fulfilled or as having been fulfilled as the case may be. (5) When a contractual obligation comes to an end on the fulfilment of a resolutive condition any restitutionary effects are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations.

III. - 1:107: Time-limited rights and obligations

(1) The terms regulating a right or obligation may provide that it is to take effect from or end at a specified time, after a specified period of time or on the occurrence of an event which is certain to occur.

(2) It will take effect or come to an end at the time or on the event without further steps having to be taken.

(3) When a contractual obligation comes to an end under this Article any restitutionary effects are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations.

III. - 1:108: Variation or termination by agreement

(1) A right, obligation or contractual relationship may be varied or terminated by agreement at any time.

(2) Where the parties do not regulate the effects of termination, then:

(a) it has prospective effect only and does not affect any right to damages, or a stipulated payment, for non-performance of any obligation performance of which was due before termination;

(b) it does not affect any provision for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination; and

(c) in the case of a contractual obligation or relationship any restitutionary effects are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations.

III. - 1:109: Variation or termination by notice

(1) A right, obligation or contractual relationship may be varied or terminated by notice by either party where this is provided for by the terms regulating it.

(2) Where, in a case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. If the performance or counter-performance is to be made at regular intervals the reasonable period of notice is not less than the interval between performances or, if longer, between counter-performances.

(3) Where the parties do not regulate the effects of termination, then:

(a) it has prospective effect only and does not affect any right to damages, or a stipulated payment, for non-performance of any obligation performance of which was due before termination;

(b) it does not affect any provision for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination; and

(c) in the case of a contractual obligation or relationship any restitutionary effects are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations.

III. - 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances

(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has in-

creased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred,

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.

CHAPTER 2 PERFORMANCE

III. - 2:101: Place of performance

(1) If the place of performance of an obligation cannot be otherwise determined from the terms regulating the obligation it is:

(a) in the case of a monetary obligation, the creditor's place of business;

(b) in the case of any other obligation, the debtor's place of business.

(2) For the purposes of the preceding paragraph:

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the obligation; and

(b) if a party does not have a place of business, or the obligation does not relate to a business matter, the habitual residence is substituted.

(3) If, in a case to which paragraph (1) applies, a party causes any increase in the expenses incidental to performance by a change in place of business or habitual residence subsequent to the time when the obligation was incurred, that party must bear the increase.

III. – 2:102: Time of performance

(1) If the time at which, or a period of time within which, an obligation is to be performed cannot otherwise be determined from the terms regulating the obligation it must be performed within a reasonable time after it arises.

(2) If a period of time within which the obligation is to be performed can be determined from the terms regulating the obligation, the obligation may be performed at any time within that period chosen by the debtor unless the circumstances of the case indicate that the creditor is to choose the time.

III. – 2:103: Early performance

(1) A creditor may reject an offer to perform before performance is due unless the early performance would not cause the creditor unreasonable prejudice.

(2) A creditor's acceptance of early performance does not affect the time fixed for the performance by the creditor of any reciprocal obligation.

III. – 2:104: Order of performance

If the order of performance of reciprocal obligations cannot be otherwise determined from the terms regulating the obligations then, to the extent that the obligations can be performed simultaneously, the parties are bound to perform simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.

III. – 2:105: Alternative obligations or methods of performance

(1) Where a debtor is bound to perform one of two or more obligations, or to perform an obligation in one of two or more ways, the choice belongs to the debtor, unless the terms regulating the obligations or obligation provide otherwise.

(2) If the party who is to make the choice fails to choose by the time when performance is due, then:

(a) if the delay amounts to a fundamental non-performance, the right to choose passes to the other party;

(b) if the delay does not amount to a fundamental non-performance, the other party may give a notice fixing an additional period of reasonable length in which the party to choose must do so. If the latter still fails to do so, the right to choose passes to the other party.

III. - 2:106: Performance entrusted to another

A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance.

III. - 2:107: Performance by a third person

(1) Where personal performance by the debtor is not required by the terms regulating the obligation, the creditor cannot refuse performance by a third person if:

(a) the third person acts with the assent of the debtor; or

(b) the third person has a legitimate interest in performing and the debtor has failed to perform or it is clear that the debtor will not perform at the time performance is due.

(2) Performance by a third person in accordance with paragraph (1) discharges the debtor except to the extent that the third person takes over the creditor's right by assignment or subrogation.

(3) Where personal performance by the debtor is not required and the creditor accepts performance of the debtor's obligation by a third party in circumstances not covered by paragraph (1) the debtor is discharged but the creditor is liable to the debtor for any loss caused by that acceptance.

III. - 2:108: Method of payment

(1) Payment of money due may be made by any method used in the ordinary course of business.

(2) A creditor who accepts a cheque or other order to pay or a promise to pay is presumed to do so only on condition that it will be honoured. The creditor may not enforce the original obligation to pay unless the order or promise is not honoured.

III. - 2:109: Currency of payment

(1) The debtor and the creditor may agree that payment is to be made only in a specified currency.

(2) In the absence of such agreement, a sum of money expressed in a currency other than that of the place where payment is due may be paid in the currency of that place according to the rate of exchange prevailing there at the time when payment is due.

(3) If, in a case falling within the preceding paragraph, the debtor has not paid at the time when payment is due, the creditor may require payment in the currency of the place where payment is due according to the rate of exchange prevailing there either at the time when payment is due or at the time of actual payment.

(4) Where a monetary obligation is not expressed in a particular currency, payment must be made in the currency of the place where payment is to be made.

III. - 2:110: Imputation of performance

(1) Where a debtor has to perform several obligations of the same nature and makes a performance which does not suffice to extinguish all of the obligations, then subject to paragraph (5), the debtor may at the time of performance notify the creditor of the obligation to which the performance is to be imputed.

(2) If the debtor does not make such a notification the creditor may, within a reasonable time and by notifying the debtor, impute the performance to one of the obligations.

(3) An imputation under paragraph (2) is not effective if it is to an obligation which is not yet due, or is illegal, or is disputed.

(4) In the absence of an effective imputation by either party, and subject to the following paragraph, the performance is imputed to that obligation which satisfies one of the following criteria in the sequence indicated:

- (a) the obligation which is due or is the first to fall due;
- (b) the obligation for which the creditor has the least security;
- (c) the obligation which is the most burdensome for the debtor;
- (d) the obligation which has arisen first.

If none of the preceding criteria applies, the performance is imputed proportionately to all the obligations.

(5) In the case of a monetary obligation, a payment by the debtor is to be imputed, first, to expenses, secondly, to interest, and thirdly, to principal, unless the creditor makes a different imputation.

III. - 2:111: Property not accepted

(1) A person who has an obligation to deliver or return corporeal property other than money and who is left in possession of the property because of the creditor's failure to accept or retake the property, must take reasonable steps to protect and preserve it.

(2) The debtor may obtain discharge from the obligation to deliver or return:

(a) by depositing the property on reasonable terms with a third person to be held to the order of the creditor, and notifying the creditor of this; or

(b) by selling the property on reasonable terms after notice to the creditor, and paying the net proceeds to the creditor.

(3) Where, however, the property is liable to rapid deterioration or its preservation is unreasonably expensive, the debtor must take reasonable steps to dispose of it. The debtor may obtain discharge from the obligation to deliver or return by paying the net proceeds to the creditor.

(4) The debtor left in possession is entitled to be reimbursed or to retain out of the proceeds of sale any costs reasonably incurred.

III. - 2:112: Money not accepted

(1) Where a creditor fails to accept money properly tendered by the debtor, the debtor may after notice to the creditor obtain discharge from the obligation to pay by depositing the money to the order of the creditor in accordance with the law of the place where payment is due.

(2) Paragraph (1) applies, with appropriate adaptations, to money properly tendered by a third party in circumstances where the creditor is not entitled to refuse such performance.

III. - 2:113: Costs and formalities of performance

(1) The costs of performing an obligation are borne by the debtor.

(2) In the case of a monetary obligation the debtor's obligation to pay includes taking such steps and complying with such formalities as may be necessary to enable payment to be made.

III. - 2:114: Extinctive effect of performance

Full performance extinguishes the obligation if it is:

- (a) in accordance with the terms regulating the obligation; or
- (b) of such a type as by law to afford the debtor a good discharge.

CHAPTER 3 REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE

SECTION 1 GENERAL

III. - 3:101: Remedies available

(1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.

(2) If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages.

(3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance.

III. - 3:102: Cumulation of remedies

Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy.

III. - 3:103: Notice fixing additional period for performance

(1) In any case of non-performance of an obligation the creditor may by notice to the debtor allow an additional period of time for performance.

(2) During the additional period the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations and may claim damages, but may not resort to any other remedy.

(3) If the creditor receives notice from the debtor that the debtor will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the creditor may resort to any available remedy.

III. - 3:104: Excuse due to an impediment

(1) A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor

could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, nonperformance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.

(3) Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.

(4) Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations.

(5) The debtor must ensure that notice of the impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or could reasonably be expected to have known of these circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.

III. - 3:105: Term excluding or restricting remedies

(1) A term of a contract or other juridical act which purports to exclude or restrict liability to pay damages for personal injury (including fatal injury) caused intentionally or by gross negligence is void.

(2) A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9, Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so.

III. - 3:106: Notices relating to non-performance

(1) If the creditor gives notice to the debtor because of the debtor's nonperformance of an obligation or because such non-performance is anticipated, and the notice is properly dispatched or given, a delay or inaccuracy in the transmission of the notice or its failure to arrive does not prevent it from having effect.

(2) The notice has effect from the time at which it would have arrived in normal circumstances.

III. - 3:107: Failure to notify non-conformity

(1) If, in the case of an obligation to supply goods or services, the debtor supplies goods or services which are not in conformity with the terms regulating the obligation, the creditor may not rely on the lack of conformity unless the creditor gives notice to the debtor within a reasonable time specifying the nature of the lack of conformity.

(2) The reasonable time runs from the time when the goods are supplied or the service is completed or from the time, if it is later, when the creditor discovered or could reasonably be expected to have discovered the non-conformity.

(3) The debtor is not entitled to rely on paragraph (1) if the failure relates to facts which the debtor knew or could reasonably be expected to have known and which the debtor did not disclose to the creditor.

(4) This Article does not apply where the creditor is a consumer.

SECTION 2 CURE BY DEBTOR OF NON-CONFORMING PERFORMANCE

III. - 3:201: Scope

This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation.

III. - 3:202: Cure by debtor: general rules

(1) The debtor may make a new and conforming tender if that can be done within the time allowed for performance.

(2) If the debtor cannot make a new and conforming tender within the time allowed for performance but, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to cure it within a reasonable time and at the debtor's own expense, the creditor may not pursue any remedy for non-performance, other than withholding performance, before allowing the debtor a reasonable period in which to attempt to cure the nonconformity.

(3) Paragraph (2) is subject to the provisions of the following Article.

III. - 3:203: When creditor need not allow debtor an opportunity to cure

The creditor need not, under paragraph (2) of the preceding Article, allow the debtor a period in which to attempt cure if:

(a) failure to perform a contractual obligation within the time allowed for performance amounts to a fundamental non-performance as defined in III. - 3:502 (2);

(b) the creditor has reason to believe that the debtor's performance was made with knowledge of the non-conformity and was not in accordance with good faith and fair dealing;

(c) the creditor has reason to believe that the debtor will be unable to effect the cure within a reasonable time and without significant inconvenience to the creditor or other prejudice to the creditor's legitimate interests; or

(d) cure would be inappropriate in the circumstances.

III. - 3:204: Consequences of allowing debtor opportunity to cure

(1) During the period allowed for cure the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations, but may not resort to any other remedy.

(2) If the debtor fails to effect cure within the time allowed, the creditor may resort to any available remedy.

(3) Notwithstanding cure, the creditor retains the right to damages for any loss caused by the debtor's initial or subsequent non-performance or by the process of effecting cure.

SECTION 3 RIGHT TO ENFORCE PERFORMANCE

III. - 3:301: Monetary obligations

(1) The creditor is entitled to recover money payment of which is due.

(2) Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:

(a) the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or

(b) performance would be unreasonable in the circumstances.

III. - 3:302: Non-monetary obligations

(1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money.

(2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation.

(3) Specific performance cannot, however, be enforced where:

(a) performance would be unlawful or impossible;

(b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or

(c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it.

(4) The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance.

(5) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense.

III. - 3:303: Damages not precluded

The fact that a right to enforce specific performance is excluded under the preceding Article does not preclude a claim for damages.

SECTION 4 WITHHOLDING PERFORMANCE

III. - 3:401: Right to withhold performance of reciprocal obligation

(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.

(2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.

(3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.

(4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances.

SECTION 5 TERMINATION

III. – 3:501: Scope and definition

(1) This Section applies only to contractual obligations and contractual relationships.

(2) In this Section “termination” means the termination of the contractual relationship in whole or in part and “terminate” has a corresponding meaning.

SUB-SECTION 1 GROUNDS FOR TERMINATION

III. – 3:502: Termination for fundamental non-performance

(1) A creditor may terminate if the debtor’s non-performance of a contractual obligation is fundamental.

(2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:

(a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or

(b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on.

III. – 3:503: Termination after notice fixing additional time for performance

(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.

(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice.

III. – 3:504: Termination for anticipated non-performance

A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental.

III. – 3:505: Termination for inadequate assurance of performance

A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time.

SUB-SECTION 2

SCOPE, EXERCISE AND LOSS OF RIGHT TO TERMINATE

III. – 3:506: Scope of right when obligations divisible

(1) This Article applies where the debtor's obligations under the contract are to be performed in separate parts or are otherwise divisible.

(2) Where there is a ground for termination under this Section of a part to which a counter-performance can be apportioned, the creditor may terminate the contractual relationship so far as it relates to that part.

(3) The creditor may terminate the contractual relationship as a whole only if the creditor cannot reasonably be expected to accept performance of the other parts or there is a ground for termination in relation to the contractual relationship as a whole.

III. – 3:507: Notice of termination

(1) A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor.

(2) Where a notice under III. – 3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length

of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice.

III. - 3:508: Loss of right to terminate

(1) If performance has been tendered late or a tendered performance otherwise does not conform to the contract the creditor loses the right to terminate under this Section unless notice of termination is given within a reasonable time.

(2) Where the creditor has given the debtor a period of time to cure the non-performance under III. - 3:202 (Cure by debtor: general rules) the time mentioned in paragraph (1) begins to run from the expiry of that period. In other cases that time begins to run from the time when the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the tender or the non-conformity.

(3) A creditor loses a right to terminate by notice under III. - 3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III. - 3:504 (Termination for anticipated non-performance) or III. - 3:505 (Termination for inadequate assurance of performance) unless the creditor gives notice of termination within a reasonable time after the right has arisen.

SUB-SECTION 3 EFFECTS OF TERMINATION

III. - 3:509: Effect on obligations under the contract

(1) On termination under this Section, the outstanding obligations or relevant part of the outstanding obligations of the parties under the contract come to an end.

(2) Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination.

(3) A creditor who terminates under this Section retains existing rights to damages or a stipulated sum for non-performance and in addition has the same right to damages or a stipulated payment for non-performance as the creditor would have had if there had been non-performance of the now extinguished obligations of the debtor. In relation to such extinguished obligations the creditor is not regarded as having caused or contributed to the loss merely by exercising the right to terminate.

III. - 3:510: Property reduced in value

A party who terminates under this Section may reject property previously received from the other party if its value to the first party has been eliminated or fundamentally reduced as a result of the other party's non-performance. On such rejection any obligation to pay for the property is extinguished.

SUB-SECTION 4 RESTITUTION

III. - 3:511: Restitution of benefits received by performance

(1) On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the contract is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.

(2) If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid.

(3) To the extent that the benefit (not being money) is transferable, it is to be returned by transferring it. However, if a transfer would cause unreasonable effort or expense, the benefit may be returned by paying its value.

(4) To the extent that the benefit is not transferable it is to be returned by paying its value in accordance with III. - 3:513 (Payment of value of benefit).

(5) The obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit.

III. - 3:512: When restitution not required

(1) Restitution is not required where the performance was due in separate parts or was otherwise divisible and what was received by each party resulted from due performance of a part for which counter-performance was duly made.

(2) Paragraph (1) does not, however, apply if what was received by the terminating party was properly rejected under III. - 3:510 (Property reduced in value) or if the value of a non-transferable benefit received by the terminating party has been eliminated or fundamentally reduced as a result of the other party's non-performance.

III. - 3:513: Payment of value of benefit

(1) The recipient is obliged to:

(a) pay the value (at the time of performance) of a benefit which is not transferable or which ceases to be transferable before the time when it is to be returned; and

(b) pay recompense for any reduction in the value of a returnable benefit as a result of a change in the condition of the benefit between the time of receipt and the time when it is to be returned.

(2) Where there was an agreed price the value of the benefit is that proportion of the price which the value of the actual performance bears to the value of the promised performance. Where no price was agreed the value of the benefit is the sum of money which a willing and capable provider and a willing and capable recipient, knowing of any non-conformity, would lawfully have agreed.

(3) The recipient's liability to pay the value of a benefit is reduced to the extent that as a result of a non-performance of an obligation owed by the other party to the recipient:

(a) the benefit cannot be returned in essentially the same condition as when it was received; or

(b) the recipient is compelled without compensation either to dispose of it or to sustain a disadvantage in order to preserve it.

(4) The recipient's liability to pay the value of a benefit is likewise reduced to the extent that it cannot be returned in the same condition as when it was received as a result of conduct of the recipient in the reasonable, but mistaken, belief that there was no non-conformity.

III. – 3:514: Use and improvements

(1) The recipient is obliged to pay a reasonable amount for any use which the recipient makes of the benefit except in so far as the recipient is liable under III. – 3:513 (Payment of value of benefit) paragraph (1) in respect of that use.

(2) A recipient who has improved a benefit which the recipient is obliged under this Section to return has a right to payment of the value of improvements if the other party can readily obtain that value by dealing with the benefit unless:

(a) the improvement was a non-performance of an obligation owed by the recipient to the other party; or

(b) the recipient made the improvement when the recipient knew or could reasonably be expected to know that the benefit would have to be returned.

III. - 3:515: Liabilities arising after time when return due

(1) The recipient is obliged to:

(a) pay the value (at the time of performance) of a benefit which ceases to be transferable after the time when its return was due; and

(b) pay recompense for any reduction in the value of a returnable benefit as a result of a change in the condition of the benefit after the time when its return was due.

(2) If the benefit is disposed of after the time when return was due, the value to be paid is the value of any proceeds, if this is greater.

(3) Other liabilities arising from non-performance of an obligation to return a benefit are unaffected.

**SECTION 6
PRICE REDUCTION****III. - 3:601: Right to reduce price**

(1) A creditor who accepts a performance not conforming to the terms regulating the obligation may reduce the price. The reduction is to be proportionate to the decrease in the value of what was received by virtue of the performance at the time it was made compared to the value of what would have been received by virtue of a conforming performance.

(2) A creditor who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the debtor.

(3) A creditor who reduces the price cannot also recover damages for the loss thereby compensated but remains entitled to damages for any further loss suffered.

(4) This Article applies with appropriate adaptations to a reciprocal obligation of the creditor other than an obligation to pay a price.

**SECTION 7
DAMAGES AND INTEREST****III. - 3:701: Right to damages**

(1) The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused.

(2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur.

(3) “Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life.

III. - 3:702: General measure of damages

The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived.

III. - 3:703: Foreseeability

The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent.

III. - 3:704: Loss attributable to creditor

The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor contributed to the non-performance or its effects.

III. - 3:705: Reduction of loss

(1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.

(2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.

III. - 3:706: Substitute transaction

A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the price and the substitute transaction price as well as damages for any further loss.

III. - 3:707: Current price

Where the creditor has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance, the creditor

may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the contract price and the price current at the time of termination as well as damages for any further loss.

III. - 3:708: Delay in payment of money

(1) If payment of a sum of money is delayed, whether or not the non-performance is excused, the creditor is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the contractual currency of payment at the place where payment is due.

(2) The creditor may in addition recover damages for any further loss.

III. - 3:709: When interest to be added to capital

(1) Interest payable according to the preceding Article is added to the outstanding capital every 12 months.

(2) Paragraph (1) of this Article does not apply if the parties have provided for interest upon delay in payment.

III. - 3:710: Stipulated payment for non-performance

(1) Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual loss.

(2) However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances.

III. - 3:711: Currency by which damages to be measured

Damages are to be measured by the currency which most appropriately reflects the creditor's loss.

CHAPTER 4 PLURALITY OF DEBTORS AND CREDITORS

SECTION 1 PLURALITY OF DEBTORS

III. - 4:101: Scope of Section

This Section applies where two or more debtors are bound to perform one obligation.

III. – 4:102: Solidary, divided and joint obligations

(1) An obligation is solidary when each debtor is bound to perform the obligation in full and the creditor may require performance from any of them until full performance has been received.

(2) An obligation is divided when each debtor is bound to perform only part of the obligation and the creditor may claim from each debtor only performance of that debtor's part.

(3) An obligation is joint when the debtors are bound to perform the obligation together and the creditor may require performance only from all of them together.

III. – 4:103: When different types of obligation arise

(1) Whether an obligation is solidary, divided or joint depends on the terms regulating the obligation.

(2) The default rule is that the liability of two or more debtors to perform the same obligation is solidary. This applies in particular where two or more persons are liable for the same damage.

(3) Incidental differences in the debtors' liabilities do not prevent solidarity.

III. – 4:104: Liability under divided obligations

Debtors bound by a divided obligation are liable in equal shares.

III. – 4:105: Joint obligations: special rule when money claimed for non-performance

Notwithstanding III. – 4:102 (Solidary, divided and joint obligations) paragraph (3), when money is claimed for non-performance of a joint obligation, the debtors have solidary liability for payment to the creditor.

III. – 4:106: Apportionment between solidary debtors

(1) As between themselves, solidary debtors are liable in equal shares.

(2) If two or more debtors have solidary liability for the same damage, their share of liability as between themselves is equal unless different shares of liability are more appropriate having regard to all the circumstances of the case and in particular to fault or to the extent to which a source of danger for which one of them was responsible contributed to the occurrence or extent of the damage.

III. - 4:107: Recourse between solidary debtors

(1) A solidary debtor who has performed more than that debtor's share may claim the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share, together with a share of any costs reasonably incurred.

(2) A solidary debtor to whom paragraph (1) applies may also, subject to any prior right and interest of the creditor, exercise the rights and actions of the creditor, including any supporting security rights, to recover the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share.

(3) If a solidary debtor who has performed more than that debtor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another solidary debtor, the share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally.

III. - 4:108: Performance, set-off and merger in solidary obligations

(1) Performance or set-off by a solidary debtor or set-off by the creditor against one solidary debtor discharges the other debtors in relation to the creditor to the extent of the performance or set-off.

(2) Merger of debts between a solidary debtor and the creditor discharges the other debtors only for the share of the debtor concerned.

III. - 4:109: Release or settlement in solidary obligations

(1) When the creditor releases, or reaches a settlement with, one solidary debtor, the other debtors are discharged of liability for the share of that debtor.

(2) As between solidary debtors, the debtor who is discharged from that debtor's share is discharged only to the extent of the share at the time of the discharge and not from any supplementary share for which that debtor may subsequently become liable under III. - 4:107 (Recourse between solidary debtors) paragraph (3).

(3) When the debtors have solidary liability for the same damage the discharge under paragraph (1) extends only so far as is necessary to prevent the creditor from recovering more than full reparation and the other debtors retain their rights of recourse against the released or settling debtor to the extent of that debtor's unperformed share.

III. - 4:110: Effect of judgment in solidary obligations

A decision by a court as to the liability to the creditor of one solidary debtor does not affect:

(a) the liability to the creditor of the other solidary debtors; or

(b) the rights of recourse between the solidary debtors under III. - 4:107 (Recourse between solidary debtors).

III. - 4:111: Prescription in solidary obligations

Prescription of the creditor's right to performance against one solidary debtor does not affect:

(a) the liability to the creditor of the other solidary debtors; or

(b) the rights of recourse between the solidary debtors under III. - 4:107 (Recourse between solidary debtors).

III. - 4:112: Opposability of other defences in solidary obligations

(1) A solidary debtor may invoke against the creditor any defence which another solidary debtor can invoke, other than a defence personal to that other debtor. Invoking the defence has no effect with regard to the other solidary debtors.

(2) A debtor from whom contribution is claimed may invoke against the claimant any personal defence that that debtor could have invoked against the creditor.

**SECTION 2
PLURALITY OF CREDITORS****III. - 4:201: Scope of Section**

This Section applies where two or more creditors have a right to performance under one obligation.

III. - 4:202: Solidary, divided and joint rights

(1) A right to performance is solidary when any of the creditors may require full performance from the debtor and the debtor may perform to any of the creditors.

(2) A right to performance is divided when each creditor may require performance only of that creditor's share and the debtor owes each creditor only that creditor's share.

(3) A right to performance is joint when any creditor may require performance only for the benefit of all the creditors and the debtor must perform to all the creditors.

III. - 4:203: When different types of right arise

(1) Whether a right to performance is solidary, divided or communal depends on the terms regulating right.

(2) The default rule is that the right of co-creditors is divided.

III. - 4:204: Apportionment in cases of divided rights

Creditors whose rights are divided are entitled to equal shares.

III. - 4:205: Difficulties of performing in cases of joint rights

If one of the creditors who have joint rights to performance refuses to accept, or is unable to receive, the performance, the debtor may obtain discharge from the obligation by depositing the property or money with a third party according to III. - 2:111 (Property not accepted) or III. - 2:112 (Money not accepted).

III. - 4:206: Apportionment in cases of solidary rights

(1) Solidary creditors are entitled to equal shares.

(2) A creditor who has received more than that creditor's share must transfer the excess to the other creditors to the extent of their respective shares.

III. - 4:207: Regime of solidary rights

(1) A release granted to the debtor by one of the solidary creditors has no effect on the other solidary creditors.

(2) The rules of III. - 4:108 (Performance, set-off and merger in solidary obligations), III. - 4:110 (Effect of judgment in solidary obligations), III. - 4:111 (Prescription in solidary obligations) and III. - 4:112 (Opposability of other defences in solidary obligations) paragraph (1) apply, with appropriate adaptations, to solidary rights to performance.

**CHAPTER 5
TRANSFER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS**

**SECTION 1
ASSIGNMENT OF RIGHTS**

**SUB-SECTION 1
GENERAL**

III. – 5:101: Scope of Section

(1) This Section applies to the assignment, by a contract or other juridical act, of a right to performance of an obligation.

(2) It does not apply to the transfer of a financial instrument or investment security where such transfer must be by entry in a register maintained by or for the issuer or where there are other requirements for transfer or restrictions on transfer.

III. – 5:102: Definitions

(1) An “assignment” of a right is the transfer of the right from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”).

(2) An “act of assignment” is a contract or other juridical act which is intended to effect a transfer of the right.

(3) Where part of a right is assigned, any reference in this Section to a right includes a reference to the assigned part of the right.

III. – 5:103: Priority of provisions on proprietary securities and trusts

(1) In relation to assignments for purposes of security, the provisions of Book IX apply and have priority over the provisions in this Chapter.

(2) In relation to assignments for purposes of a trust, or to or from a trust, the provisions of Book X apply and have priority over the provisions in this Chapter.

**SUB-SECTION 2
REQUIREMENTS FOR ASSIGNMENT**

III. – 5:104: Basic requirements

(1) The requirements for an assignment of a right to performance are that:

(a) the right exists;

- (b) the right is assignable;
- (c) there is a valid act of assignment of the right; and
- (d) the person purporting to assign the right is entitled to transfer it.

(2) Neither notice to the debtor nor the consent of the debtor to the assignment is required.

III. – 5:105: Assignability: general rule

(1) All rights to performance are assignable except where otherwise provided by law.

(2) A right to performance which is by law accessory to another right is not assignable separately from that right.

III. – 5:106: Future and unspecified rights

(1) A future right to performance may be the subject of an act of assignment but the transfer of the right depends on its coming into existence and being identifiable as the right to which the act of assignment relates.

(2) A number of rights to performance may be assigned without individual specification if, at the time when the assignment is to take place in relation to them, they are identifiable as rights to which the act of assignment relates.

III. – 5:107: Assignability in part

(1) A right to performance of a monetary obligation may be assigned in part.

(2) A right to performance of a non-monetary obligation may be assigned in part only if:

(a) the debtor consents to the assignment; or

(b) the right is divisible and the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

(3) Where a right is assigned in part the assignor is liable to the debtor for any increased costs which the debtor thereby incurs.

III. – 5:108: Assignability: effect of contractual prohibition

(1) A contractual prohibition of, or restriction on, the assignment of a right does not affect the assignability of the right.

(2) However, where a right is assigned in breach of such a prohibition or restriction:

(a) the debtor may perform in favour of the assignor and is discharged by so doing; and

(b) the debtor retains all rights of set-off against the assignor as if the right had not been assigned.

(3) Where the debtor is discharged under paragraph (2) by performing in favour of the assignor, the assignee's claim against the assignor for the proceeds has priority over the right of a competing claimant so long as the proceeds are held by the assignor and are reasonably identifiable from the other assets of the assignor.

(4) Paragraph (2) does not apply if:

(a) the debtor has consented to the assignment; or

(b) the debtor has caused the assignee to believe on reasonable grounds that there was no such prohibition or restriction.

[(5) If the assigned right is a right to payment for the provision of goods or services paragraph (2) (a) does not apply but, without prejudice to III. - 5:116 (Effect on defences and rights of set-off), the debtor can invoke against the assignee all rights of set-off retained against the assignor by virtue of paragraph (2) (b)]

(6) The fact that a right is assignable notwithstanding a contractual prohibition or restriction does not affect the assignor's liability to the debtor for any breach of the prohibition or restriction.

III. - 5:109: Assignability: rights personal to the creditor

(1) A right is not assignable if it is a right to a performance which the debtor, by reason of the nature of the performance or the relationship between the debtor and the creditor, could not reasonably be required to render to anyone except that creditor.

(2) Paragraph (1) does not apply if the debtor has consented to the assignment.

III. - 5:110: Act of assignment: formation and validity

(1) Subject to paragraphs (2) and (3), the rules of Book II on the formation and validity of contracts and other juridical acts apply to acts of assignment.

(2) The rules of Book IV.I on the formation and validity of contracts of donation apply to gratuitous acts of assignment.

(3) The rules of Book IX on the formation and validity of security agreements apply to acts of assignment for purposes of security.

III. - 5:111: Entitlement to assign

(1) Only the creditor (whether acting directly or through a representative) or a person authorised by law to transfer the right is entitled to assign a right.

(2) The requirement of entitlement in III. - 5:104 (Basic requirements) paragraph (1) (d) need not be satisfied at the time of the act of assignment but must be satisfied at the time the assignment is to take place.

III. - 5:112: Undertakings by assignor

(1) The undertakings in paragraphs (2) to (6) are included in the act of assignment unless the act of assignment or the circumstances indicate otherwise.

(2) The assignor undertakes that:

(a) the assigned right exists or will exist at the time when the assignment is to take effect;

(b) the assignor is entitled to assign the right or will be so entitled at the time when the assignment is to take effect.

(c) the debtor has no defences against an assertion of the right;

(d) the right will not be affected by any right of set-off available as between the assignor and the debtor; and

(e) the right has not been the subject of a prior assignment to another assignee and is not subject to any right in security in favour of any other person or to any other incumbrance.

(3) The assignor undertakes that any terms of a contract or other juridical act which have been disclosed to the assignee as terms regulating the right have not been modified and are not affected by any undisclosed agreement as to their meaning or effect which would be prejudicial to the assignee.

(4) The assignor undertakes that the terms of any contract or other juridical act from which the right arises will not be modified without the consent of the assignee unless the modification is provided for in the act of assignment or is one which is made in good faith and is of a nature to which the assignee could not reasonably object.

(5) The assignor undertakes not to conclude or grant any subsequent act of assignment of the same right which could lead to another person obtaining priority over the assignee.

(6) The assignor undertakes to transfer to the assignee, or to take such steps as are necessary to complete the transfer of, all transferable rights intended to secure the performance which are not already transferred by the assignment, and to transfer the proceeds of any non-transferable rights intended to secure the performance.

(7) The assignor does not represent that the debtor has, or will have, the ability to pay.

SUB-SECTION 4 EFFECTS OF ASSIGNMENT

III. - 5:113: New creditor

As soon as the assignment takes place the assignor ceases to be the creditor and the assignee becomes the creditor in relation to the right assigned.

III. - 5:114: When assignment takes place

(1) An assignment takes place when the requirements of III. - 5:104 (Basic requirements) are satisfied, or at such later time as the act of assignment may provide.

(2) However, an assignment of a right which was a future right at the time of the act of assignment is regarded as having taken place when all requirements other than those dependent on the existence of the right were satisfied.

(3) Where the requirements of III. - 5:104 (Basic requirements) are satisfied in relation to successive acts of assignment at the same time, the earliest act of assignment takes effect unless it provides otherwise.

III. - 5:115: Rights transferred to assignee

(1) The assignment of a right to performance transfers to the assignee not only the primary right but also all accessory rights and transferable supporting security rights.

(2) Where the assignment of a right to performance of a contractual obligation is associated with the substitution of the assignee as debtor in respect of any obligation owed by the assignor under the same contract, this Article takes effect subject to III. - 5:301 (Transfer of contractual position).

III. - 5:116: Effect on defences and rights of set-off

(1) The debtor may invoke against the assignee all substantive and procedural defences to a claim based on the assigned right which the debtor could have invoked against the assignor.

(2) The debtor may not, however, invoke a defence against the assignee:

(a) if the debtor has caused the assignee to believe that there was no such defence; or

(b) if the defence is based on breach by the assignor of a prohibition or restriction on assignment.

(3) The debtor may invoke against the assignee all rights of set-off which would have been available against the assignor in respect of rights against the assignor:

(a) existing at the time when the debtor could no longer obtain a discharge by performing to the assignor; or

(b) closely connected with the assigned right.

III. - 5:117: Effect on place of performance

(1) Where the assigned right relates to an obligation to pay money at a particular place, the assignee may require payment at any place within the same country or, if that country is a Member State of the European Union, at any place within the European Union, but the assignor is liable to the debtor for any increased costs which the debtor incurs by reason of any change in the place of performance. (2) Where the assigned right relates to a non-monetary obligation to be performed at a particular place, the assignee may not require performance at any other place.

**SUB-SECTION 5
PROTECTION OF DEBTOR****III. - 5:118: Performance to person who is not the creditor**

(1) The debtor is discharged by performing to the assignor so long as the debtor has not received a notice of assignment from either the assignor or the assignee and does not know that the assignor is no longer entitled to receive performance.

(2) Notwithstanding that the person identified as the assignee in a notice of assignment is not the creditor, the debtor is discharged by performing in good faith to that person.

III. - 5:119: Adequate proof of assignment

(1) A debtor who believes on reasonable grounds that the right has been assigned but who has not received a notice of assignment, may request the person who is believed to have assigned the right to provide a notice of assignment or a confirmation that the right has not been assigned or that the assignor is still entitled to receive payment.

(2) A debtor who has received a notice of assignment which is not in textual form on a durable medium or which does not give adequate information about the assigned right or the name and address of the assignee may request the person giving the notice to provide a new notice which satisfies these requirements.

(3) A debtor who has received a notice of assignment from the assignee but not from the assignor may request the assignee to provide reliable evidence of the assignment. Reliable evidence includes, but is not limited to, any statement in textual form on a durable medium emanating from the assignor indicating that the right has been assigned.

(4) A debtor who has made a request under this Article may withhold performance until the request is met.

SUB-SECTION 6 PRIORITY

III. - 5:120: Competition between successive assignees

(1) Where there are successive purported assignments by the same person of the same right to performance the purported assignee whose assignment is first notified to the debtor has priority over any earlier assignee if at the time of the later assignment the assignee under that assignment neither knew nor could reasonably be expected to have known of the earlier assignment.

(2) The debtor is discharged by paying the first to notify even if aware of competing demands.

SECTION 2 SUBSTITUTION OF NEW DEBTOR

III. - 5:201: Substitution: general rules

(1) A third person may undertake with the agreement of the debtor and the creditor to be substituted as debtor, with the effect that the original debtor is discharged.

(2) A creditor may agree in advance to a future substitution. In such a case the substitution takes effect only when the creditor is given notice by the new debtor of the agreement between the new and the original debtor.

III. – 5:202: Effects of substitution on defences and securities

(1) The new debtor cannot invoke against the creditor any rights or defences arising from the relationship between the new debtor and the original debtor.

(2) The discharge of the original debtor also extends to any security of the original debtor given to the creditor for the performance of the obligation, unless the security is over an asset which is transferred to the new debtor as part of a transaction between the original and the new debtor.

(3) Upon discharge of the original debtor, a security granted by any person other than the new debtor for the performance of the obligation is released, unless that other person agrees that it should continue to be available to the creditor. (4) The new debtor may invoke against the creditor all defences which the original debtor could have invoked against the creditor.

SECTION 3 TRANSFER OF CONTRACTUAL POSITION

III. – 5:301: Transfer of contractual position

(1) A party to a contractual relationship may agree with a third person that that person is to be substituted as a party to the relationship. In such a case the substitution takes effect only where, as a result of the other party's assent, the first party is discharged.

(2) To the extent that the substitution of the third person involves a transfer of rights, the provisions of Section 1 of this Chapter apply; to the extent that obligations are transferred, the provisions of Section 2 of this Chapter apply.

CHAPTER 6 SET-OFF AND MERGER SECTION 1: SET-OFF

III. – 6:101: Definitions

(1) "Set-off" is the process by which a debtor may reduce the amount owed to the creditor by an amount owed to the debtor by the creditor.

(2) In this Chapter, “right” means a right to performance of an obligation, unless the context otherwise requires.

III. – 6:102: Requirements for set-off

If two parties owe each other obligations of the same kind, either party may set off that party’s right against the other party’s right, if and to the extent that, at the time of set-off, the first party:

- (a) is entitled to effect performance; and
- (b) may demand the other party’s performance.

III. – 6:103: Unascertained rights

(1) A debtor may not set off a right which is unascertained as to its existence or value unless the set-off will not prejudice the interests of the creditor.

(2) Where the rights of both parties arise from the same legal relationship it is presumed that the creditor’s interests will not be prejudiced.

III. – 6:104: Foreign currency set-off

Where parties owe each other money in different currencies, each party may set off that party’s right against the other party’s right, unless the parties have agreed that the party declaring set-off is to pay exclusively in a specified currency.

III. – 6:105: Set-off by notice

The right of set-off is exercised by notice to the other party.

III. – 6:106: Two or more rights and obligations

(1) Where the party giving notice of set-off has two or more rights against the other party, the notice is effective only if it identifies the right to which it relates.

(2) Where the party giving notice of set-off has to perform two or more obligations towards the other party, the rules on imputation of performance apply with appropriate adaptations.

III. – 6:107: Effect of set-off

Set-off extinguishes the obligations, as far as they are coextensive, as from the time of notice.

III. – 6:108: Exclusion of right of set-off

Set-off cannot be effected:

- (a) where it is excluded by agreement;
- (b) against a right to the extent that that right is not capable of attachment; and
- (c) against a right arising from an intentional wrongful act.

**SECTION 2
MERGER OF DEBTS****III. – 6:201: Extinction of obligations by merger**

(1) An obligation is extinguished if the same person becomes debtor and creditor in the same capacity.

(2) Paragraph (1) does not, however, apply if the effect would be to deprive a third person of a right.

**CHAPTER 7
PRESCRIPTION****SECTION 1
GENERAL PROVISION****III. – 7:101: Rights subject to prescription**

A right to performance of an obligation is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with the rules in this Chapter.

**SECTION 2
PERIODS OF PRESCRIPTION AND THEIR COMMENCEMENT****III. – 7:201: General period**

The general period of prescription is three years.

III. – 7:202: Period for a right established by legal proceedings

(1) The period of prescription for a right established by judgment is ten years.

(2) The same applies to a right established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment.

III. - 7:203: Commencement

(1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right.

(2) Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation.

(3) The period of prescription set out in III. - 7:202 (Period for a right established by legal proceedings) begins to run from the time when the judgment or arbitral award obtains the effect of *res judicata*, or the other instrument becomes enforceable, though not before the debtor has to effect performance.

**SECTION 3
EXTENSION OF PERIOD****III. - 7:301: Suspension in case of ignorance**

The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably be expected to know of:

(a) the identity of the debtor; or

(b) the facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage.

III. - 7:302: Suspension in case of judicial and other proceedings

(1) The running of the period of prescription is suspended from the time when judicial proceedings to assert the right are begun.

(2) Suspension lasts until a decision has been made which has the effect of *res judicata*, or until the case has been otherwise disposed of. Where the proceedings end within the last six months of the prescription period without a decision on the merits, the period of prescription does not expire before six months have passed after the time when the proceedings ended.

(3) These provisions apply, with appropriate adaptations, to arbitration proceedings and to all other proceedings initiated with the aim of obtaining an instrument which is enforceable as if it were a judgment.

III. – 7:303: Suspension in case of impediment beyond creditor's control

(1) The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor is prevented from pursuing proceedings to assert the right by an impediment which is beyond the creditor's control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or overcome.

(2) Paragraph (1) applies only if the impediment arises, or subsists, within the last six months of the prescription period.

III. – 7:304: Postponement of expiry in case of negotiations

If the parties negotiate about the right, or about circumstances from which a claim relating to the right might arise, the period of prescription does not expire before one year has passed since the last communication made in the negotiations.

III. – 7:305: Postponement of expiry in case of incapacity

(1) If a person subject to an incapacity is without a representative, the period of prescription of a right held by or against that person does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a representative has been appointed.

(2) The period of prescription of rights between a person subject to an incapacity and that person's representative does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a new representative has been appointed.

III. – 7:306: Postponement of expiry: deceased's estate

Where the creditor or debtor has died, the period of prescription of a right held by or against the deceased's estate does not expire before one year has passed after the right can be enforced by or against an heir, or by or against a representative of the estate.

III. – 7:307: Maximum length of period

The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under this Chapter, to more than ten years or, in case of rights to damages for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under III. – 7:302 (Suspension in case of judicial and other proceedings).

SECTION 4 RENEWAL OF PERIOD

III. – 7:401: Renewal by acknowledgement

(1) If the debtor acknowledges the right, vis-a-vis the creditor, by part payment, payment of interest, giving of security, or in any other manner, a new period of prescription begins to run.

(2) The new period is the general period of prescription, regardless of whether the right was originally subject to the general period of prescription or the ten year period under III. – 7:202 (Period for a right established by legal proceedings). In the latter case, however, this Article does not operate so as to shorten the ten year period.

III. – 7:402: Renewal by attempted execution

The ten year period of prescription laid down in III. – 7:202 (Period for a right established by legal proceedings) begins to run again with each reasonable attempt at execution undertaken by the creditor.

SECTION 5 EFFECTS OF PRESCRIPTION

III. – 7:501: General effect

(1) After expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance.

(2) Whatever has been paid or transferred by the debtor in performance of the obligation may not be reclaimed merely because the period of prescription had expired.

III. – 7:502: Effect on ancillary rights

The period of prescription for a right to payment of interest, and other rights of an ancillary nature, expires not later than the period for the principal right.

III. – 7:503: Effect on set-off

A right in relation to which the period of prescription has expired may nonetheless be setoff, unless the debtor has invoked prescription previously or does so within two months of notification of set-off.

**SECTION 6
MODIFICATION BY AGREEMENT**

III. – 7:601: Agreements concerning prescription

(1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription.

(2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in III. – 7:203 (Commencement).

**BOOK IV
SPECIFIC CONTRACTS AND THE RIGHTS AND OBLIGATIONS
ARISING FROM THEM**

**PART A
SALES**

**CHAPTER 1
SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS**

**SECTION 1
SCOPE OF APPLICATION**

IV. A. – 1:101: Contracts covered

(1) This Part of Book IV applies to contracts for the sale of goods.

(2) It applies with appropriate adaptations to:

(a) contracts for the sale of electricity;

(b) contracts for the sale of stocks, shares, investment securities and negotiable instruments;

(c) contracts for the sale of other forms of incorporeal property, including rights to the performance of obligations, industrial and intellectual property rights and other transferable rights;

(d) contracts conferring, in exchange for a price, rights in information or data, including software and databases;

(e) contracts for the barter of goods or any of the other assets mentioned above.

(3) It does not apply to contracts for the sale or barter of immovable property or rights in immovable property.

IV. A. – 1:102: Goods to be manufactured or produced

A contract under which one party undertakes, for a price, to manufacture or produce goods for the other party and to transfer their ownership to the other party is to be considered as primarily a contract for the sale of the goods.

IV. A. – 1:103: Consumer goods guarantees

Chapter 6 applies to consumer goods guarantees associated with contracts for the sale of goods.

SECTION 2 GENERAL PROVISIONS

IV. A. – 1:201: Goods

In this Part of Book IV:

(a) the word “goods” includes goods which at the time of the conclusion of the contract do not yet exist; and

(b) references to goods, other than in IV. A. – 1:101 (Contracts covered) itself, are to be taken as referring also to the other assets mentioned in paragraph (2) of that Article.

IV. A. – 1:202: Contract for sale

A contract for the “sale” of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price.

IV. A. – 1:203: Contract for barter

(1) A contract for the “barter” of goods is a contract under which each party undertakes to transfer the ownership of goods, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, in return for the transfer of ownership of other goods.

(2) Each party is considered to be the buyer with respect to the goods to be received and the seller with respect to the goods or assets to be transferred.

IV. A. - 1:204: Consumer contract for sale

For the purpose of this Part of Book IV, a consumer contract for sale is a contract for sale in which the seller is a business and the buyer is a consumer.

**SECTION 3
DEROGATION****IV. A. - 1:301: Rules not mandatory unless otherwise stated**

The parties may exclude the application of any of the rules in this Part of Book IV or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided in this Part.

**CHAPTER 2
OBLIGATIONS OF THE SELLER****SECTION 1
OVERVIEW****IV. A. - 2:101: Overview of obligations of the seller**

The seller must:

- (a) transfer the ownership of the goods;
- (b) deliver the goods;
- (c) transfer such documents representing or relating to the goods as may be required by the contract; and
- (d) ensure that the goods conform to the contract.

**SECTION 2
DELIVERY OF THE GOODS****IV. A. - 2:201: Delivery**

(1) The seller fulfils the obligation to deliver by making the goods, or where it is agreed that the seller need only deliver documents representing the goods, the documents, available to the buyer.

(2) If the contract involves carriage of the goods by a carrier or series of carriers, the seller fulfils the obligation to deliver by handing over the goods to the first carrier for transmission to the buyer and by transferring to the buyer any document necessary to enable the buyer to take over the goods from the carrier holding the goods.

(3) In this Article, any reference to the buyer includes a third person to whom delivery is to be made in accordance with the contract.

IV. A. - 2:202: Place and time for delivery

(1) The place and time for delivery are determined by III. - 2:101 (Place of performance) and III. - 2:102 (Time of performance) as modified by this Article.

(2) If the performance of the obligation to deliver requires the transfer of documents representing the goods, the seller must transfer them at such a time and place and in such a form as is required by the contract.

(3) If in a consumer contract for sale the contract involves carriage of goods by a carrier or a series of carriers and the consumer is given a time for delivery, the goods must be received from the last carrier or made available for collection from that carrier by that time.

IV. A. - 2:203: Cure in case of early delivery

(1) If the seller has delivered goods before the time for delivery, the seller may, up to that time, deliver any missing part or make up any deficiency in the quantity of the goods delivered, or deliver goods in replacement of any non-conforming goods delivered or otherwise remedy any lack of conformity in the goods delivered, provided that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense.

(2) If the seller has transferred documents before the time required by the contract, the seller may, up to that time, cure any lack of conformity in the documents, provided that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense.

(3) This Article does not preclude the buyer from claiming damages, in accordance with Book III, Chapter 3, Section 7 (Damages and interest), for any loss not remedied by the seller's cure.

IV. A. - 2:204: Carriage of the goods

(1) If the contract requires the seller to arrange for carriage of the goods, the seller must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation.

(2) If the seller, in accordance with the contract, hands over the goods to a carrier and if the goods are not clearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods.

(3) If the contract does not require the seller to effect insurance in respect of the carriage of the goods, the seller must, at the buyer's request, provide the buyer with all available information necessary to enable the buyer to effect such insurance.

SECTION 3 CONFORMITY OF THE GOODS

IV. A. - 2:301: Conformity with the contract

The goods do not conform with the contract unless they:

(a) are of the quantity, quality and description required by the contract;

(b) are contained or packaged in the manner required by the contract;

(c) are supplied along with any accessories, installation instructions or other instructions required by the contract; and

(d) comply with the remaining Articles of this Section.

IV. A. - 2:302: Fitness for purpose, qualities, packaging

The goods must:

(a) be fit for any particular purpose made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for the buyer to rely, on the seller's skill and judgement;

(b) be fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

(c) possess the qualities of goods which the seller held out to the buyer as a sample or model;

(d) be contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods;

(e) be supplied along with such accessories, installation instructions or other instructions as the buyer may reasonably expect to receive; and

(f) possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect.

IV. A. – 2:303: Statements by third persons

The goods must possess the qualities and performance capabilities held out in any statement on the specific characteristics of the goods made about them by a person in earlier links of the business chain, the producer or the producer's representative which forms part of the terms of the contract by virtue of II. – 9:102 (Certain pre-contractual statements regarded as contract terms).

IV. A. – 2:304: Incorrect installation under a consumer contract for sale

Where goods supplied under a consumer contract for sale are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is deemed to be a lack of conformity of the goods if:

(a) the goods were installed by the seller or under the seller's responsibility; or

(b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to a shortcoming in the installation instructions.

IV. A. – 2:305: Third party rights or claims in general

The goods must be free from any right or claim of a third party. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by the following Article.

IV. A. – 2:306: Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property

(1) The goods must be free from any right or claim of a third party which is based on industrial property or other intellectual property and of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could reasonably be expected to have known.

(2) However, paragraph (1) does not apply where the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

IV. A. – 2:307: Buyer’s knowledge of lack of conformity

(1) The seller is not liable under IV. A. – 2:302 (Fitness for purpose, qualities, packaging), IV. A. – 2:305 (Third party rights or claims in general) or IV. A. – 2:306 (Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property) if, at the time of the conclusion of the contract, the buyer knew or could reasonably be assumed to have known of the lack of conformity.

(2) The seller is not liable under IV. A. – 2:304 (Incorrect installation in a consumer contract for sale) sub-paragraph (b) if, at the time of the conclusion of the contract, the buyer knew or could reasonably be assumed to have known of the shortcoming in the installation instructions.

IV. A. – 2:308: Relevant time for establishing conformity

(1) The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time.

(2) In a consumer contract for sale, any lack of conformity which becomes apparent within six months of the time when risk passes to the buyer is presumed to have existed at that time unless this is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity.

(3) In a case governed by IV.A – 2:304 (Incorrect installation in a consumer contract for sale) any reference in paragraphs (1) or (2) to the time when risk passes to the buyer is to be read as a reference to the time when the installation is complete.

IV. A. – 2:309: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for sale

In a consumer contract for sale, any contractual term or agreement concluded with the seller before a lack of conformity is brought to the seller’s attention which directly or indirectly waives or restricts the rights resulting from the seller’s obligation to ensure that the goods conform to the contract is not binding on the consumer.

**CHAPTER 3
OBLIGATIONS OF THE BUYER****SECTION 1
OVERVIEW****IV. A. – 3:101: Overview of obligations of the buyer**

The buyer must:

- (a) pay the price;
- (b) take delivery of the goods; and
- (c) take over documents representing or relating to the goods as may be required by the contract.

IV. A. – 3:102: Determination of form, measurement or other features

(1) If under the contract the buyer is to specify the form, measurement or other features of the goods, or the time or manner of their delivery, and fails to make such specification either within the time agreed upon or within a reasonable time after receipt of a request from the seller, the seller may, without prejudice to any other rights, make the specification in accordance with any requirements of the buyer that may be known to the seller.

(2) A seller who makes such a specification must inform the buyer of the details of the specification and must fix a reasonable time within which the buyer may make a different specification. If, after receipt of such a communication, the buyer fails to do so within the time so fixed, the specification made by the seller is binding.

**SECTION 2
PAYMENT OF THE PRICE**

IV. A. – 3:201: Place and time for payment

The place and time for payment are determined by III. – 2:101 (Place of performance) and III. – 2:102 (Time of performance).

IV. A. – 3:202: Formalities of payment

The buyer's obligation to pay the price includes taking such steps and complying with such formalities as may be necessary to enable payment to be made.

IV. A. – 3:203: Price fixed by weight

If the price is fixed according to the weight of the goods, in case of doubt it is to be determined by the net weight.

**SECTION 3
TAKING DELIVERY OF THE GOODS**

IV. A. – 3:301: Taking delivery

The buyer fulfils the obligation to take delivery by:

(a) doing all the acts which could reasonably be expected in order to enable the seller to perform the obligation to deliver; and

(b) taking over the goods, or the documents representing the goods, as required by the contract.

IV. A. - 3:302: Early delivery and delivery of excess quantity

(1) If the seller delivers all or part of the goods before the time fixed, the buyer may take delivery or, except where acceptance of the tender would not unreasonably prejudice the buyer's interests, refuse to take delivery.

(2) If the seller delivers a quantity of goods greater than that provided for by the contract, the buyer may retain or refuse the excess quantity.

(3) If the buyer retains the excess quantity it is deemed to have been supplied under the contract and must be paid for at the contractual rate.

(4) In a consumer contract for sale paragraph (3) does not apply if the buyer believes on reasonable grounds that the seller has delivered the excess quantity intentionally and without error, knowing that it had not been ordered. In such a case the rules on unsolicited goods apply.

CHAPTER 4 REMEDIES

SECTION 1 REMEDIES OF THE PARTIES IN GENERAL

IV. A. - 4:101: Application of Book III

If a party fails to perform an obligation under the contract, the other party may exercise the remedies provided in Book III, Chapter 3, except as otherwise provided in this Chapter.

IV. A. - 4:102: Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale

In a consumer contract for sale, any contractual term or agreement concluded with the seller before a lack of conformity is brought to the seller's attention which directly or indirectly waives or restricts the remedies of the buyer provided in Book III, Chapter 3 (Remedies for Non-performance), as modified in this Chapter, in respect of the lack of conformity is not binding on the consumer.

SECTION 2 REMEDIES OF THE BUYER FOR LACK OF CONFORMITY

IV. A. – 4:201: Overview of remedies

When the goods do not conform to the contract the buyer is entitled, subject to the provisions of Book III and of this Chapter:

(a) to have the lack of conformity remedied by repair or replacement in accordance with III. – 3:302 (Non-monetary obligations);

(b) to withhold performance under III. – 3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation);

(c) to terminate the contractual relationship under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination);

(d) to reduce the price under Book III, Chapter 3, Section 6 (Price reduction); or

(e) to damages under Book III, Chapter 3, Section 7 (Damages and interest).

IV. A. – 4:202: Termination by consumer for lack of conformity

In a consumer contract for sale, the buyer may terminate the contractual relationship for non-performance under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination) in the case of any lack of conformity, unless the lack of conformity is minor.

IV. A. – 4:203: Limitation of liability for damages of non-business sellers

(1) If the seller is a natural person acting for purposes not related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to claim damages for lack of conformity exceeding the contract price.

(2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time.

SECTION 3 REQUIREMENTS OF EXAMINATION AND NOTIFICATION

IV. A. – 4:301: Examination of the goods

(1) The buyer should examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is reasonable in the circumstances.

Failure to do so may result in the buyer losing, under III. - 3:107 (Failure to notify non-conformity) as supplemented by IV. A. - 4:302 (Notification of lack of conformity), the right to rely on the lack of conformity.

(2) If the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination.

(3) If the goods are redirected in transit, or redispached by the buyer before the buyer has had a reasonable opportunity to examine them, and at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could reasonably be expected to have known of the possibility of such redirection or redispach, examination may be deferred until after the goods have arrived at the new destination.

(4) This Article does not apply to a consumer contract for sale.

IV. A. - 4:302: Notification of lack of conformity

(1) In a contract between two businesses the rule in III. - 3:107 (Failure to notify non-conformity) requiring notification of a lack of conformity within a reasonable time is supplemented by the following rules.

(2) The buyer in any event loses the right to rely on a lack of conformity if the buyer does not give the seller notice of the lack of conformity at the latest within two years from the time at which the goods were actually handed over to the buyer in accordance with the contract.

(3) If the parties have agreed that the goods must remain fit for a particular purpose or for their ordinary purpose during a fixed period of time, the period for giving notice under paragraph (2) does not expire before the end of the agreed period.

(4) Paragraph (2) does not apply in respect of third party claims or rights pursuant to IV. A. - 2:305 (Third party rights or claims in general) and IV. A. - 2:306 (Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property) .

IV. A. - 4:303: Notification of partial delivery

The buyer does not have to notify the seller that not all the goods have been delivered, if the buyer has reason to believe that the remaining goods will be delivered.

IV. A. - 4:304: Seller's knowledge of lack of conformity

The seller is not entitled to rely on the provisions of IV. A. - 4:301 (Examination of the goods) or IV. A. - 4:302 (Notification of lack of conformity) if the lack of conformity relates to facts of which the seller knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer.

CHAPTER 5 PASSING OF RISK

SECTION 1 GENERAL PROVISIONS

IV. A. - 5:101: Effect of passing of risk

Loss of, or damage to, the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.

IV. A. - 5:102: Time when risk passes

(1) The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them.

(2) However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

(3) The rule in paragraph (1) is subject to the Articles in Section 2 of this Chapter.

IV. A. - 5:103: Passing of risk in a consumer contract for sale

(1) In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods.

(2) Paragraph (1) does not apply if the buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under III. - 3:104 (Excuse due to an impediment) in which case IV. A. - 5:201 (Goods placed at buyer's disposal) applies.

(3) Except in so far as provided in the preceding paragraph, Section 2 of this Chapter does not apply to a consumer contract for sale.

(4) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

SECTION 2 SPECIAL RULES

IV. A. - 5:201: Goods placed at buyer's disposal

(1) If the goods are placed at the buyer's disposal and the buyer is aware of this, the risk passes to the buyer from the time when the goods should have been taken over, unless the buyer was entitled to withhold

taking of delivery under III. – 3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation).

(2) If the goods are placed at the buyer's disposal at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at the buyer's disposal at that place.

IV. A. – 5:202: Carriage of the goods

(1) This Article applies to any contract of sale which involves carriage of goods.

(2) If the seller is not bound to hand over the goods at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract.

(3) If the seller is bound to hand over the goods to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place.

(4) The fact that the seller is authorised to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passing of the risk.

IV. A. – 5:203: Goods sold in transit

(1) This Article applies to any contract of sale which involves goods sold in transit.

(2) The risk passes to the buyer at the time the goods are handed over to the first carrier. However, if the circumstances so indicate, the risk passes to the buyer as from the time of the conclusion of the contract.

(3) If at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could reasonably be expected to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.

CHAPTER 6 CONSUMER GOODS GUARANTEES

IV. A. – 6:101: Definition of a consumer goods guarantee

(1) A consumer goods guarantee means any undertaking of a type mentioned in the following paragraph given to a consumer in connection with a consumer contract for the sale of goods:

(a) by a producer or a person in later links of the business chain;
or

(b) by the seller in addition to the seller's obligations as seller of the goods.

(2) The undertaking may be that:

(a) apart from misuse, mistreatment or accident the goods will remain fit for their ordinary purpose for a specified period of time, or otherwise;

(b) the goods will meet the specifications set out in the guarantee document or in associated advertising; or

(c) subject to any conditions stated in the guarantee,

(i) the goods will be repaired or replaced;

(ii) the price paid for the goods will be reimbursed in whole or in part; or

(iii) some other remedy will be provided.

IV. A. - 6:102: Binding nature of the guarantee

(1) A consumer goods guarantee, whether contractual or in the form of a unilateral undertaking, is binding in favour of the first buyer, and in the case of a unilateral undertaking is so binding without acceptance notwithstanding any provision to the contrary in the guarantee document or the associated advertising.

(2) If not otherwise provided in the guarantee document, the guarantee is also binding without acceptance in favour of every owner of the goods within the duration of the guarantee.

(3) Any requirement in the guarantee whereby it is conditional on the fulfilment by the guarantee holder of any formal requirement, such as registration or notification of purchase, is not binding on the consumer.

IV. A. - 6:103: Guarantee document

(1) A person who gives a consumer goods guarantee must (unless such a document has already been provided to the buyer) provide the buyer with a guarantee document which:

(a) states that the buyer has legal rights which are not affected by the guarantee;

(b) points out the advantages of the guarantee for the buyer in comparison with the conformity rules;

(c) lists all the essential particulars necessary for making claims under the guarantee, notably:

-the name and address of the guarantor;

-the name and address of the person to whom any notification is to be made and the procedure by which the notification is to be made;

-any territorial limitations to the guarantee;

(d) is drafted in plain, intelligible language; and

(e) is drafted in the same language as that in which the goods were offered.

(2) The guarantee document must be in textual form on a durable medium and be available and accessible to the buyer.

(3) The validity of the guarantee is not affected by any failure to comply with paragraphs (1) and (2), and accordingly the guarantee holder can still rely on the guarantee and require it to be honoured.

(4) If the obligations under paragraphs (1) and (2) are not observed the guarantee holder may, without prejudice to any right to damages which may be available, require the guarantor to provide a guarantee document which conforms to those requirements.

(5) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. A. – 6:104: Coverage of the guarantee

If the guarantee document does not specify otherwise:

(a) the period of the guarantee is 5 years or the estimated life-span of the goods, whichever is shorter;

(b) the guarantor's obligations become effective if, for a reason other than misuse, mistreatment or accident, the goods at any time during the period of the guarantee become unfit for their ordinary purpose or cease to possess such qualities and performance capabilities as the guarantee holder may reasonably expect;

(c) the guarantor is obliged, if the conditions of the guarantee are satisfied, to repair or replace the goods; and

(d) all costs involved in invoking and performing the guarantee are to be borne by the guarantor.

IV. A. – 6:105: Guarantee limited to specific parts

A consumer goods guarantee relating only to a specific part or specific parts of the goods must clearly indicate this limitation in the

guarantee document; otherwise the limitation is not binding on the consumer.

IV. A. – 6:106: Exclusion or limitation of the guarantor’s liability

The guarantee may exclude or limit the guarantor’s liability under the guarantee for any failure of or damage to the goods caused by failure to maintain the goods in accordance with instructions, provided that the exclusion or limitation is clearly set out in the guarantee document.

IV. A. – 6:107: Burden of proof

(1) Where the guarantee holder invokes a consumer goods guarantee within the period covered by the guarantee the burden of proof is on the guarantor that:

(a) the goods met the specifications set out in the guarantee document or in associated advertisements; and

(b) any failure of or damage to the goods is due to misuse, mistreatment, accident, failure to maintain, or other cause for which the guarantor is not responsible.

(2) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. A. – 6:108: Prolongation of the guarantee period

(1) If any defect or failure in the goods is remedied under the guarantee then the guarantee is prolonged for a period equal to the period during which the guarantee holder could not use the goods due to the defect or failure.

(2) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

PART B LEASE OF GOODS

CHAPTER 1 SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS

IV. B. – 1:101: Lease of goods

(1) This Part of Book IV applies to contracts for the lease of goods.

(2) A contract for the lease of goods is a contract under which one party, the lessor, undertakes to provide the other party, the lessee, with a temporary right of use of goods in exchange for rent. The rent may be in the form of money or other value.

(3) This Part of Book IV does not apply to contracts where the parties have agreed that ownership will be transferred after a period with right of use even if the parties have described the contract as a lease.

(4) The application of this Part of Book IV is not excluded by the fact that the contract has a financing purpose, the lessor has the role as a financing party, or the lessee has an option to become owner of the goods.

(5) This Part of Book IV regulates only the contractual relationship arising from a contract for lease.

IV. B. - 1:102: Consumer contract for the lease of goods

For the purpose of this Part of Book IV, a consumer contract for the lease of goods is a contract for the lease of goods in which the lessor is a business and the lessee is a consumer.

CHAPTER 2 LEASE PERIOD

IV. B. - 2:101: Start of lease period

(1) The lease period starts:

(a) at the time determinable from the terms agreed by the parties;

(b) if a time frame within which the lease period is to start can be determined, at any time chosen by the lessor within that time frame unless the circumstances of the case indicate that the lessee is to choose the time;

(c) in any other case, a reasonable time after the conclusion of the contract, at the request of either party.

(2) The lease period starts at the time when the lessee takes control of the goods if this is earlier than the starting time under paragraph (1).

IV. B. - 2:102: End of lease period

(1) A definite lease period ends at the time determinable from the terms agreed by the parties. A definite lease period cannot be terminated unilaterally beforehand by giving notice.

(2) An indefinite lease period ends at the time specified in a notice of termination given by either party.

(3) A notice under paragraph (2) is effective only if the time specified in the notice of termination is in compliance with the terms agreed by the parties or, if no period of notice can be determined from such terms, a reasonable time after the notice has reached the other party.

IV. B. – 2:103: Tacit prolongation

(1) A lease period is prolonged for an indefinite period if:

(a) the lessee, with the lessor's knowledge, has continued to use the goods after the expiry of the lease period;

(b) the use has continued for a period equal to that required for an effective notice of termination; and

(c) the circumstances are not inconsistent with the tacit consent of both parties to such prolongation.

(2) Either party can prevent tacit prolongation by giving notice to the other before tacit prolongation takes effect. The notice need only indicate that the party regards the lease period as having expired on the expiry date.

(3) Where the lease period is prolonged under this Article, the period during which the contract of lease has effect is also prolonged accordingly. The other terms of the contract are not changed by the prolongation.

(4) Notwithstanding the second sentence of paragraph (3), where the rent prior to prolongation was calculated so as to take into account amortisation of the cost of the goods by the lessee, the rent payable following prolongation is limited to what is reasonable having regard to the amount already paid.

(5) In the case of a consumer contract for the lease of goods the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of paragraph (4) or derogate from or vary its effects.

(6) Prolongation under this Article does not increase or extend security rights provided by third parties.

CHAPTER 3 OBLIGATIONS OF THE LESSOR

IV. B. – 3:101: Availability of the goods

(1) The lessor must make the goods available for the lessee's use at the start of the lease period and at the place determined by III. – 2:101 (Place of performance).

(2) Notwithstanding the rule in the previous paragraph, the lessor must make the goods available for the lessee's use at the lessee's place of business or, as the case may be, at the lessee's habitual residence if the lessor, on the specifications of the lessee, acquires the goods from a supplier selected by the lessee.

(3) The seller must ensure that the goods remain available for the lessee's use throughout the lease period, free from any right or claim of a third party which prevents or is otherwise likely to interfere with the lessee's use of the goods in accordance with the contract.

(4) The lessor's obligations when the goods are lost or damaged during the lease period are regulated by IV. B. - 3:104 (Conformity of the goods during the lease period).

IV. B. - 3:102: Conformity with the contract at the start of the lease period

(1) The lessor must ensure that the goods conform with the contract at the start of the lease period.

(2) The goods do not conform with the contract unless they:

(a) are of the quantity, quality and description required by the terms agreed by the parties;

(b) are contained or packaged in the manner required by the terms agreed by the parties;

(c) are supplied along with any accessories, installation instructions or other instructions required by the terms agreed by the parties; and

(d) comply with the following Article.

IV. B. - 3:103: Fitness for purpose, qualities, packaging etc.

The goods do not conform with the contract unless they:

(a) are fit for any particular purpose made known to the lessor at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the lessee did not rely, or that it was unreasonable for the lessee to rely, on the lessor's skill and judgement;

(b) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

(c) possess the qualities of goods which the lessor held out to the lessee as a sample or model;

(d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods;

(e) are supplied along with such accessories, installation instructions or other instructions as the lessee could reasonably expect to receive; and

(f) possess such qualities and performance capabilities as the lessee may reasonably expect.

IV. B. – 3:104: Conformity of the goods during the lease period

(1) The lessor must ensure that throughout the lease period, and subject to normal wear and tear, the goods:

(a) remain of the quantity, quality and description required by the contract; and

(b) remain fit for the purposes of the lease, even where this requires modifications to the goods.

(2) Paragraph (1) does not apply where the rent is calculated so as to take into account the amortisation of the cost of the goods by the lessee.

(3) Nothing in paragraph (1) affects the lessee's obligations under IV. B. – 5:104 (Handling the goods in accordance with the contract) paragraph (1) (c).

IV. B. – 3:105: Incorrect installation under a consumer contract for the lease of goods

Where, under a consumer contract for the lease of goods, the goods are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is deemed to be a lack of conformity of the goods if:

(a) the goods were installed by the lessor or under the lessor's responsibility; or

(b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to shortcomings in the installation instructions.

IV. B. – 3:106: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for lease

In the case of a consumer contract for the lease of goods, any contractual term or agreement concluded with the lessor before a lack of

conformity is brought to the lessor's attention which directly or indirectly waives or restricts the rights resulting from the lessor's obligation to ensure that the goods conform to the contract is not binding on the consumer.

IV. B. – 3:107: Obligations on return of the goods

The lessor must:

- (a) take all the steps which may reasonably be expected in order to enable the lessee to perform the obligation to return the goods; and
- (b) accept return of the goods as required by the contract.

CHAPTER 4 REMEDIES OF THE LESSEE

IV. B. – 4:101: Overview of remedies of lessee

If the lessor fails to perform an obligation under the contract, the lessee may be entitled, according to Book III, Chapter 3 and the rules of this Chapter:

- (a) to enforce specific performance of the obligation;
- (b) to withhold performance of the reciprocal obligation;
- (c) to terminate the lease;
- (d) to reduce the rent;
- (e) to damages and interest.

IV. B. – 4:102: Rules on remedies mandatory in consumer contract

(1) In the case of a consumer contract for the lease of goods the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of the rules of this Chapter or derogate from or vary their effects.

(2) Notwithstanding paragraph (1), the parties may agree on a limitation of the lessor's liability for loss related to the lessee's trade, business or profession. Such a term may not, however, be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so.

IV. B. – 4:103: Lessee's right to have lack of conformity remedied

(1) The lessee may have any lack of conformity of the goods remedied, and recover any expenses reasonably incurred, to the extent that

the lessee is entitled to enforce specific performance according to III. - 3:302 (Non-monetary obligations).

(2) Nothing in the preceding paragraph affects the lessor's right to cure the lack of conformity according to Book III, Chapter 3, Section 2.

IV. B. - 4:104: Rent reduction

(1) The lessee may reduce the rent for a period in which the value of the lessor's performance is decreased due to delay or lack of conformity, to the extent that the reduction in value is not caused by the lessee.

(2) The rent may be reduced even for periods in which the lessor retains the right to perform or cure according to III. - 3:103 (Notice fixing additional time for performance), III. - 3:202 (Cure by debtor: general rules) paragraph (2) and III. - 3:204 (Consequences of allowing debtor opportunity to cure). (3) Notwithstanding the rule in paragraph (1), the lessee may lose the right to reduce the rent for a period according to IV. B. - 4:106 (Notification of lack of conformity).

IV. B. - 4:105: Substitute transaction by lessee

Where the lessee has terminated the lease under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination) and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, the lessee may, where entitled to damages, recover the difference between the value of the terminated lease and the value of the substitute transaction, as well as any further loss.

IV. B. - 4:106: Notification of lack of conformity

(1) The lessee cannot resort to remedies for lack of conformity unless notification is given to the lessor. Where notification is not timely, the lack of conformity is disregarded for a period corresponding to the unreasonable delay. Notification is always considered timely where it is given within a reasonable time after the lessee has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the lack of conformity.

(2) When the lease period has ended the rules in III. - 3:107 (Failure to notify non-conformity) apply.

(3) The lessor is not entitled to rely on the provisions of paragraphs (1) and (2) if the lack of conformity relates to facts of which the lessor knew or could reasonably be expected to have known and which the lessor did not disclose to the lessee.

IV. B. – 4:107: Remedies channelled towards supplier of the goods

(1) This Article applies where:

(a) the lessor, on the specifications of the lessee, acquires the goods from a supplier selected by the lessee;

(b) the lessee, in providing the specifications for the goods and selecting the supplier, does not rely primarily on the skill and judgement of the lessor;

(c) the lessee approves the terms of the supply contract;

(d) the supplier's obligations under the supply contract are owed, by law or by contract, to the lessee as a party to the supply contract or as if the lessee were a party to that contract; and

(e) the supplier's obligations owed to the lessee cannot be varied without the consent of the lessee.

(2) The lessee cannot claim performance from the lessor, reduce the rent or claim damages or interest from the lessor, for late delivery or for lack of conformity, unless non-performance results from an act or omission of the lessor.

(3) The provision in paragraph (2) does not preclude:

(a) any right of the lessee to reject the goods, to terminate the lease under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination) or, prior to acceptance of the goods, to withhold rent to the extent that the lessee could have resorted to these remedies as a party to the supply contract; or

(b) any remedy of the lessee where a third party right or claim prevents, or is otherwise likely to interfere with, the lessee's continuous use of the goods in accordance with the contract.

(4) The lessee cannot terminate the lessee's contractual relationship with the supplier under the supply contract without the consent of the lessor.

**CHAPTER 5
OBLIGATIONS OF THE LESSEE****IV. B. – 5:101: Obligation to pay rent**

(1) The lessee must pay the rent.

(2) Where the rent cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages

or practices, it is a monetary sum determined in accordance with II. - 9:104 (Determination of price).

(3) The rent accrues from the start of the lease period.

IV. B. - 5:102: Time for payment

Rent is payable:

(a) at the end of each period for which the rent is agreed;

(b) if the rent is not agreed for certain periods, at the expiry of a definite lease period; or

(c) if no definite lease period is agreed and the rent is not agreed for certain periods, at the end of reasonable intervals.

IV. B. - 5:103: Acceptance of goods

The lessee must:

(a) take all steps reasonably to be expected in order to enable the lessor to perform the obligation to make the goods available at the start of the lease period; and

(b) take control of the goods as required by the contract.

IV. B. - 5:104: Handling the goods in accordance with the contract

(1) The lessee must:

(a) observe the requirements and restrictions which follow from the terms agreed by the parties;

(b) handle the goods with the care which can reasonably be expected in the circumstances, taking into account the duration of the lease period, the purpose of the lease and the character of the goods; and

(c) take all measures which could ordinarily be expected to become necessary in order to preserve the normal standard and functioning of the goods, in so far as is reasonable, taking into account the duration of the lease period, the purpose of the lease and the character of the goods.

(2) Where the rent is calculated so as to take into account the amortisation of the cost of the goods by the lessee, the lessee must, during the lease period, keep the goods in the condition they were in at the start of the lease period, subject to any wear and tear which is normal for that kind of goods.

IV. B. – 5:105: Intervention to avoid danger or damage to the goods

(1) The lessee must take such measures for the maintenance and repair of the goods as would ordinarily be carried out by the lessor, if the measures are necessary to avoid danger or damage to the goods, and it is impossible or impracticable for the lessor, but not for the lessee, to ensure these measures are taken.

(2) The lessee has a right against the lessor to indemnification or, as the case may be, reimbursement in respect of an obligation or expenditure (whether of money or other assets) in so far as reasonably incurred for the purposes of the measures.

IV. B. – 5:106: Compensation for maintenance and improvements

(1) The lessee cannot claim compensation for maintenance of or improvements to the goods.

(2) Paragraph (1) does not exclude or restrict any claim the lessee may have for damages or any right or claim the lessee may have under IV. B. – 4:103 (Lessee's right to have lack of conformity remedied), IV. B. – 5:105 (Intervention to avoid danger or damage to the goods) or Book VIII (Acquisition and loss of ownership in movables).

IV. B. – 5:107: Obligation to inform

(1) The lessee must inform the lessor of any damage or danger to the goods, and of any right or claim of a third party, if these circumstances would normally give rise to a need for action on the part of the lessor.

(2) The lessee must inform the lessor under paragraph (1) within a reasonable time after the lessee first becomes aware of the circumstances and their character.

(3) The lessee is presumed to be aware of the circumstances and their character if the lessee could reasonably be expected to be so aware.

IV. B. – 5:108: Repairs and inspections by the lessor

(1) The lessee, if given reasonable notice where possible, must tolerate the carrying out by the lessor of repair work and other work on the goods which is necessary in order to preserve the goods, remove defects and prevent danger. This obligation does not preclude the les-

see from reducing the rent in accordance with IV. B. – 4:104 (Rent reduction).

(2) The lessee must tolerate the carrying out of work on the goods which does not fall under paragraph (1), unless there is good reason to object.

(3) The lessee must tolerate inspection of the goods for the purposes indicated in paragraph (1). The lessee must also accept inspection of the goods by a prospective lessee during a reasonable period prior to expiry of the lease.

IV. B. – 5:109: Obligation to return the goods

At the end of the lease period the lessee must return the goods to the place where they were made available for the lessee.

CHAPTER 6 REMEDIES OF THE LESSOR

IV. B. – 6:101: Overview of remedies of lessor

If the lessee fails to perform an obligation under the contract, the lessor may be entitled, according to Book III, Chapter 3 (Remedies for non-performance) and the provisions of this Chapter:

- (a) to enforce performance of the obligation;
- (b) to withhold performance of the reciprocal obligation;
- (c) to terminate the lease;
- (d) to damages and interest.

IV. B. – 6:102: Consumer contract for the lease of goods

In the case of a consumer contract for the lease of goods the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of the rules of this Chapter or derogate from or vary their effects.

IV. B. – 6:103: Right to enforce performance of monetary obligations

(1) The lessor is entitled to recover payment of rent and other sums due.

(2) Where the lessor has not yet made the goods available to the lessee and it is clear that the lessee will be unwilling to take control of the goods, the lessor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:

(a) the lessor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or

(b) performance would be unreasonable in the circumstances.

(3) Where the lessee has taken control of the goods, the lessor may recover payment of any sums due under the contract. This includes future rent, unless the lessee wishes to return the goods and it would be reasonable for the lessor to accept their return.

IV. B. – 6:104: Substitute transaction by lessor

Where the lessor has terminated the lease under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination) and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, the lessor may, where entitled to damages, recover the difference between the value of the terminated lease and the value of the substitute transaction, as well as any further loss.

IV. B. – 6:105: Reduction of liability in consumer contract for the lease of goods

(1) In the case of a consumer contract for the lease of goods, the lessor's claim for damages may be reduced to the extent that the loss is mitigated by insurance covering the goods, or to the extent that loss would have been mitigated by insurance, in circumstances where it is reasonable to expect the lessor to take out such insurance.

(2) The rule in paragraph (1) applies in addition to the rules in Book III, Chapter 3, Section 7.

CHAPTER 7 NEW PARTIES AND SUBLEASE

IV. B. – 7:101: Change in ownership and substitution of lessor

(1) Where ownership passes from the lessor to a new owner, the new owner of the goods is substituted as a party to the lease if the lessee has possession of the goods at the time ownership passes. The former owner remains subsidiarily liable for the non-performance of the obligations under the contract for lease as a personal security provider.

(2) A reversal of the passing of ownership puts the parties back in their original positions except as regards performance already rendered at the time of reversal.

(3) The rules in the preceding paragraphs apply accordingly where the lessor has acted as holder of a right other than ownership.

IV. B. – 7:102: Assignment of lessee’s rights to performance

The lessee’s rights to performance of the lessor’s obligations under the contract for lease cannot be assigned without the lessor’s consent.

IV. B. – 7:103: Sublease

(1) The lessee may not sublease the goods without the lessor’s consent.

(2) If consent to a sublease is withheld without good reason, the lessee may terminate the lease by giving a reasonable period of notice.

(3) In the case of a sublease, the lessee remains liable for the performance of the lessee’s obligations under the contract for lease.

**PART C
SERVICES****CHAPTER 1
GENERAL PROVISIONS****SECTION 1
SCOPE****IV. C. – 1:101: Supply of a service**

(1) This Part of Book IV applies:

(a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and

(b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price.

(2) It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.

IV. C. – 1:102: Exclusions

This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service.

SECTION 2 OTHER GENERAL PROVISIONS

IV. C. – 1:201: Structure

(1) Chapter 2 of this Part applies in relation to all service contracts within the scope of this Part, including contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.

(2) Chapters 3 to 8 contain more specific rules in relation to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.

(3) In the case of any conflict the rules in Chapters 3 to 8 prevail over the rules in Chapter 2.

IV. C. – 1:202: Derogation

The parties may exclude the application of any of the rules in this Part of Book IV or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided in this Part.

CHAPTER 2 RULES APPLYING TO SERVICE CONTRACTS IN GENERAL

IV. C. – 2:101: Price

Where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise.

IV. C. – 2:102: Pre-contractual duties to warn

(1) The service provider is under a pre-contractual duty to warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested:

(a) may not achieve the result stated or envisaged by the client,

(b) may damage other interests of the client, or

(c) may become more expensive or take more time than reasonably expected by the client.

(2) The duty to warn in paragraph (1) does not apply if the client:

(a) already knows of the risks referred to in paragraph (1); or

(b) could reasonably be expected to know of them.

(3) If a risk referred to in paragraph (1) materialises and the service provider was in breach of the duty to warn of it, a subsequent change

of the service by the service provider under IV. C. - 2:109 (Unilateral variation of the service contract) which is based on the materialisation of the risk is of no effect unless the service provider proves that the client, if duly warned, would have entered into a contract anyway. This is without prejudice to any other remedies, including remedies for mistake, which the client may have.

(4) The client is under a pre-contractual duty to warn the service provider if the client becomes aware of unusual facts which are likely to cause the service to become more expensive or time-consuming than expected by the service provider or to cause any danger to the service provider or others when performing the service.

(5) If the facts referred to under paragraph (4) occur and the service provider was not duly warned, the service provider is entitled to:

(a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the failure to warn; and

(b) an adjustment of the time allowed for performance of the service.

(6) For the purpose of paragraph (1), the service provider is presumed to be aware of the risks mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the service provider, considering the information which the service provider must collect about the result stated or envisaged by the client and the circumstances in which the service is to be carried out.

(7) For the purpose of paragraph (2) (b) the client cannot reasonably be expected to know of a risk merely because the client was competent, or was advised by others who were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case II. - 1:105 (Imputed knowledge etc.) applies.

(8) For the purpose of paragraph (4), the client is presumed to be aware of the facts mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the client without investigation.

IV. C. - 2:103: Obligation to co-operate

(1) The obligation of co-operation requires in particular:

(a) the client to answer reasonable requests by the service provider for information in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract;

(b) the client to give directions regarding the performance of the service in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract;

(c) the client, in so far as the client is to obtain permits or licences, to obtain these at such time as may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract;

(d) the service provider to give the client a reasonable opportunity to determine whether the service provider is performing the obligations under the contract; and

(e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this may reasonably be considered necessary to perform their respective obligations under the contract.

(2) If the client fails to perform the obligations under paragraph (1) (a) or (b), the service provider may either withhold performance or base performance on the expectations, preferences and priorities the client could reasonably be expected to have, given the information and directions which have been gathered, provided that the client is warned in accordance with IV. C. - 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).

(3) If the client fails to perform the obligations under paragraph (1) causing the service to become more expensive or to take more time than agreed on in the contract, the service provider is entitled to:

(a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the non-performance; and

(b) an adjustment of the time allowed for supplying the service.

IV. C. - 2:104: Subcontractors, tools and materials

(1) The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client's consent, unless personal performance is required by the contract.

(2) Any subcontractor so engaged by the service provider must be of adequate competence.

(3) The service provider must ensure that any tools and materials used for the performance of the service are in conformity with the contract and the applicable statutory rules, and fit to achieve the particular purpose for which they are to be used.

(4) In so far as subcontractors are nominated by the client or tools and materials are provided by the client, the responsibility of the service provider is governed by IV. C. - 2:107 (Directions of the client) and IV. C. - 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).

IV. C. - 2:105: Obligation of skill and care

(1) The service provider must perform the service:

(a) with the care and skill which a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and

(b) in conformity with any statutory or other binding legal rules which are applicable to the service.

(2) If the service provider professes a higher standard of care and skill the provider must exercise that care and skill.

(3) If the service provider is, or purports to be, a member of a group of professional service providers for which standards have been set by a relevant authority or by that group itself, the service provider must exercise the care and skill expressed in those standards.

(4) In determining the care and skill the client is entitled to expect, regard is to be had, among other things, to:

(a) the nature, the magnitude, the frequency and the foreseeability of the risks involved in the performance of the service for the client;

(b) if damage has occurred, the costs of any precautions which would have prevented that damage or similar damage from occurring;

(c) whether the service provider is a business;

(d) whether a price is payable and, if one is payable, its amount; and

(e) the time reasonably available for the performance of the service.

(5) The obligations under this Article require in particular the service provider to take reasonable precautions in order to prevent the occurrence of damage as a consequence of the performance of the service.

IV. C. - 2:106: Obligation to achieve result

(1) The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated:

(a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and

(b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.

(2) In so far as ownership of anything is transferred to the client under the service contract, it must be transferred free from any right or claim of a third party. Articles IV. A. - 2:305 (Third party rights or claims in general) and IV. A. - 2:306 (Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property) apply with any appropriate adaptations.

IV. C. - 2:107: Directions of the client

(1) The service provider must follow all timely directions of the client regarding the performance of the service, provided that the directions:

(a) are part of the contract itself or are specified in any document to which the contract refers; or

(b) result from the realisation of choices left to the client by the contract; or

(c) result from the realisation of choices initially left open by the parties.

(2) If non-performance of one or more of the obligations of the service provider under IV. C. - 2:105 (Obligation of skill and care) or IV.C-2:106 (Obligation to achieve result) is the consequence of following a direction which the service provider is obliged to follow under paragraph (1), the service provider is not liable under those Articles, provided that the client was duly warned under IV. C. - 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).

(3) If the service provider perceives a direction falling under paragraph (1) to be a variation of the contract under IV. C. - 2:109 (Unilateral variation of the service contract) the service provider must warn the client accordingly. Unless the client then revokes the direction without undue delay, the service provider must follow the direction and the direction is deemed to be a variation of the contract.

IV. C. - 2:108: Contractual obligation of the service provider to warn

(1) The service provider must warn the client if the service provider becomes aware of a risk that the service requested:

(a) may not achieve the result stated or envisaged by the client at the time of conclusion of the contract;

(b) may damage other interests of the client; or

(c) may become more expensive or take more time than agreed on in the contract either as a result of following information or directions given by the client or collected in preparation for performance, or as a result of the occurrence of any other risk.

(2) The service provider must take reasonable measures to ensure that the client understands the content of the warning.

(3) The obligation to warn in paragraph (1) does not apply if the client:

(a) already knows of the risks referred to in paragraph (1); or

(b) could reasonably be expected to know of them.

(4) If a risk referred to in paragraph (1) materialises and the service provider did not perform the obligation to warn the client of it, a notice of variation by the service provider under IV. C. – 2:109 (Unilateral variation of the service contract) based on the materialisation of that risk is without effect.

(5) For the purpose of paragraph (1), the service provider is presumed to be aware of the risks mentioned if they should be obvious from all the facts and circumstances known to the service provider without investigation.

(6) For the purpose of paragraph (3) (b), the client cannot reasonably be expected to know of a risk merely because the client was competent, or was advised by others who were competent, in the relevant field, unless such other person acted as the agent of the client, in which case II. – 1:105 (Imputed knowledge etc.) applies.

IV. C. – 2:109: Unilateral variation of the service contract

(1) Without prejudice to the client's right to terminate under IV. C. – 2:111 (Client's right to terminate), either party may, by notice to the other party, change the service to be provided, if such a change is reasonable taking into account:

(a) the result to be achieved;

(b) the interests of the client;

(c) the interests of the service provider; and

(d) the circumstances at the time of the change.

(2) A change is regarded as reasonable only if it is:

(a) necessary in order to enable the service provider to act in accordance with IV. C. - 2:105 (Obligation of skill and care) or, as the case may be, IV. C. - 2:106 (Obligation to achieve result);

(b) the consequence of a direction given in accordance with paragraph (1) of IV. C. - 2:107 (Directions of the client) and not revoked without undue delay after receipt of a warning in accordance with paragraph (3) of that Article;

(c) a reasonable response to a warning from the service provider under IV. C. - 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn); or

(d) required by a change of circumstances which would justify a variation of the service provider's obligations under III. - 1:110 (Variation or termination by court on a change of circumstances).

(3) Any additional price due as a result of the change has to be reasonable and is to be determined using the same methods of calculation as were used to establish the original price for the service.

(4) In so far as the service is reduced, the loss of profit, the expenses saved and any possibility that the service provider may be able to use the released capacity for other purposes are to be taken into account in the calculation of the price due as a result of the change.

(5) A change of the service may lead to an adjustment of the time of performance proportionate to the extra work required in relation to the work originally required for the performance of the service and the time span determined for performance of the service.

IV. C. - 2:110: Client's obligation to notify anticipated non-conformity

(1) The client must notify the service provider if the client becomes aware during the period for performance of the service that the service provider will fail to perform the obligation under IV. C. - 2:106 (Obligation to achieve result).

(2) The client is presumed to be so aware if from all the facts and circumstances known to the client without investigation the client has reason to be so aware.

(3) If a non-performance of the obligation under paragraph (1) causes the service to become more expensive or to take more time than agreed on in the contract, the service provider is entitled to:

(a) damages for the loss the service provider sustains as a consequence of that failure; and

(b) an adjustment of the time allowed for performance of the service.

IV. C. - 2:111: Client's right to terminate

(1) The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider.

(2) The effects of termination are governed by III. - 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3).

(3) When the client was justified in terminating the relationship no damages are payable for so doing.

(4) When the client was not justified in terminating the relationship, the termination is nevertheless effective but the service provider may claim damages in accordance with the rules in Book III.

(5) For the purposes of this Article, the client is justified in terminating the relationship if the client:

(a) was entitled to terminate the relationship under the express terms of the contract and observed any requirements laid down in the contract for doing so;

(b) was entitled to terminate the relationship under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination); or

(c) was entitled to terminate the relationship under III. - 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (2) and gave a reasonable period of notice as required by that provision.

CHAPTER 3 CONSTRUCTION

IV. C. - 3:101: Scope

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the constructor, undertakes to construct a building or other immovable structure, or to materially alter an existing building or other immovable structure, following a design provided by the client.

(2) It applies with appropriate adaptations to contracts under which the constructor undertakes:

(a) to construct a movable or incorporeal thing, following a design provided by the client; or

(b) to construct a building or other immovable structure, to materially alter an existing building or other immovable structure, or to construct a movable or incorporeal thing, following a design provided by the constructor.

IV. C. - 3:102: Obligation of client to co-operate

The obligation of co-operation requires in particular the client to:

(a) provide access to the site where the construction has to take place in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the constructor to perform the obligations under the contract; and

(b) provide the components, materials and tools, in so far as they must be provided by the client, at such time as may reasonably be considered necessary to enable the constructor to perform the obligations under the contract.

IV. C. - 3:103: Obligation to prevent damage to structure

The constructor must take reasonable precautions in order to prevent any damage to the structure.

IV. C. - 3:104: Conformity

(1) The constructor must ensure that the structure is of the quality and description required by the contract. Where more than one structure is to be made, the quantity also must be in conformity with the contract.

(2) The structure does not conform to the contract unless it is:

(a) fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the constructor at the time of the conclusion of the contract or at the time of any variation in accordance with IV. C. - 2:109 (Unilateral variation of the service contract) pertaining to the issue in question; and

(b) fit for the particular purpose or purposes for which a structure of the same description would ordinarily be used.

(3) The client is not entitled to invoke a remedy for non-conformity if a direction provided by the client under IV. C. - 2:107 (Directions of the client) is the cause of the non-conformity and the constructor performed the obligation to warn pursuant to IV. C. - 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).

IV. C. - 3:105: Inspection, supervision and acceptance

(1) The client may inspect or supervise the tools and materials used in the construction process, the process of construction and the

resulting structure in a reasonable manner and at any reasonable time, but is not bound to do so.

(2) If the parties agree that the constructor has to present certain elements of the tools and materials used, the process or the resulting structure to the client for acceptance, the constructor may not proceed with the construction before having been allowed by the client to do so.

(3) Absence of, or inadequate, inspection, supervision or acceptance does not relieve the constructor wholly or partially from liability. This rule also applies when the client is under a contractual obligation to inspect, supervise or accept the structure or the construction of it.

IV. C. – 3:106: Handing-over of the structure

(1) If the constructor regards the structure, or any part of it which is fit for independent use, as sufficiently completed and wishes to transfer control over it to the client, the client must accept such control within a reasonable time after being notified. The client may refuse to accept the control when the structure, or the relevant part of it, does not conform to the contract and such non-conformity makes it unfit for use.

(2) Acceptance by the client of the control over the structure does not relieve the constructor wholly or partially from liability. This rule also applies when the client is under a contractual obligation to inspect, supervise or accept the structure or the construction of it.

(3) This Article does not apply if, under the contract, control is not to be transferred to the client.

IV. C. – 3:107: Payment of the price

(1) The price or a proportionate part of it is payable when the constructor transfers the control of the structure or a part of it to the client in accordance with the preceding Article.

(2) However, where work remains to be done under the contract on the structure or relevant part of it after such transfer the client may withhold such part of the price as is reasonable until the work is completed.

(3) If, under the contract, control is not to be transferred to the client, the price is payable when the work has been completed, the constructor has so informed the client and the client has had a chance to inspect the structure.

IV. C. – 3:108: Risks

(1) This Article applies if the structure is destroyed or damaged due to an event which the constructor could not have avoided or overcome

and the constructor cannot be held accountable for the destruction or damage.

(2) In this Article the “relevant time” is:

(a) where the control of the structure is to be transferred to the client, the time when such control has been, or should have been, transferred in accordance with IV. C. – 3:106 (Handing over of the structure)

(b) in other cases, the time when the work has been completed and the constructor has so informed the client.

(3) When the situation mentioned in paragraph (1) has been caused by an event occurring before the relevant time and it is still possible to perform:

(a) the constructor still has to perform or, as the case may be, perform again;

(b) the client is only obliged to pay for the constructor’s performance under (a);

(c) the time for performance is extended in accordance with paragraph (6) of IV. C. – 2:109 (Unilateral variation of the service contract)

(d) the rules of III. – 3:104 (Excuse due to an impediment) may apply to the constructor’s original performance; and

(e) the constructor is not obliged to compensate the client for losses to materials provided by the client.

(4) When the situation mentioned in paragraph (1) has been caused by an event occurring before the relevant time, and it is no longer possible to perform:

(a) the client does not have to pay for the service rendered;

(b) the rules of III. – 3:104 (Excuse due to an impediment) may apply to the constructor’s performance; and

(c) the constructor is not obliged to compensate the client for losses to materials provided by the client, but is obliged to return the structure or what remains of it to the client.

(5) When the situation mentioned in paragraph (1) has been caused by an event occurring after the relevant time:

(a) the constructor does not have to perform again; and

(b) the client remains obliged to pay the price.

CHAPTER 4 PROCESSING

IV. C. – 4:101: Scope

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the processor, undertakes to perform a service on an existing movable or incorporeal thing or to an immovable structure for another party, the client. It does not, however, apply to construction work on an existing building or other immovable structure.

(2) This Chapter applies in particular to contracts under which the processor undertakes to repair, maintain or clean an existing movable or incorporeal thing or immovable structure.

IV. C. – 4:102: Obligation of client to co-operate

The obligation to co-operate requires in particular the client to:

(a) hand over the thing or to give the control of it to the processor, or to give access to the site where the service is to be performed in so far as may reasonably be considered necessary to enable the processor to perform the obligations under the contract; and

(b) in so far as they must be provided by the client, provide the components, materials and tools in time to enable the processor to perform the obligations under the contract.

IV. C. – 4:103: Obligation to prevent damage to thing being processed

The processor must take reasonable precautions in order to prevent any damage to the thing being processed.

IV. C. – 4:104: Inspection and supervision

(1) If the service is to be performed at a site provided by the client, the client may inspect or supervise the tools and material used, the performance of the service and the thing on which the service is performed in a reasonable manner and at any reasonable time, but is not bound to do so.

(2) Absence of, or inadequate inspection or supervision does not relieve the processor wholly or partially from liability. This rule also applies when the client is under a contractual obligation to accept, inspect or supervise the processing of the thing.

IV. C. - 4:105: Return of the thing processed

(1) If the processor regards the service as sufficiently completed and wishes to return the thing or the control of it to the client, the client must accept such return or control within a reasonable time after being notified. The client may refuse to accept the return or control when the thing is not fit for use in accordance with the particular purpose for which the client had the service performed, provided that such purpose was made known to the processor or that the processor otherwise has reason to know of it.

(2) The processor must return the thing or the control of it within a reasonable time after being so requested by the client.

(3) Acceptance by the client of the return of the thing or the control of it does not relieve the processor wholly or partially from liability for non-performance.

(4) If, by virtue of the rules on the acquisition of property, the processor has become the owner of the thing, or a share in it, as a consequence of the performance of the obligations under the contract, the processor must transfer ownership of the thing or share when the thing is returned.

IV. C. - 4:106: Payment of the price

(1) The price is payable when the processor transfers the thing or the control of it to the client in accordance with IV. C. - 4:105 (Return of the thing processed) or the client, without being entitled to do so, refuses to accept the return of the thing.

(2) However, where work remains to be done under the contract on the thing after such transfer or refusal the client may withhold such part of the price as is reasonable until the work is completed.

(3) If, under the contract, the thing or the control of it is not to be transferred to the client, the price is payable when the work has been completed and the processor has so informed the client.

IV. C. - 4:107: Risks

(1) This Article applies if the thing is destroyed or damaged due to an event which the processor could not have avoided or overcome and the processor cannot be held accountable for the destruction or damage.

(2) If, prior to the event mentioned in paragraph (1), the processor had indicated that the processor regarded the service as sufficiently

completed and that the processor wished to return the thing or the control of it to the client:

- (a) the processor is not required to perform again; and
- (b) the client must pay the price.

The price is due when the processor returns the remains of the thing, if any, or the client indicates that the client does not want the remains. In the latter case, the processor may dispose of the remains at the client's expense. This provision does not apply if the client was entitled to refuse the return of the thing under paragraph (1) of IV. C. - 4:105 (Return of the thing processed).

(3) If the parties had agreed that the processor would be paid for each period which has elapsed, the client is obliged to pay the price for each period which has elapsed before the event mentioned in paragraph (1) occurred.

(4) If, after the event mentioned in paragraph (1), performance of the obligations under the contract is still possible for the processor:

(a) the processor still has to perform or, as the case may be, perform again;

(b) the client is only obliged to pay for the processor's performance under (a); the processor's entitlement to a price under paragraph (3) is not affected by this provision;

(c) the client is obliged to compensate the processor for the costs the processor has to incur in order to acquire materials replacing the materials supplied by the client, unless the client on being so requested by the processor supplies these materials; and

(d) if need be, the time for performance is extended in accordance with paragraph (6) of IV. C. - 2:109 (Unilateral variation of the service contract).

This paragraph is without prejudice to the client's right to terminate the contractual relationship under IV. C. - 2:111 (Client's right to terminate).

(5) If, in the situation mentioned in paragraph (1), performance of the obligations under the contract is no longer possible for the processor:

(a) the client does not have to pay for the service rendered; the processor's entitlement to a price under paragraph (3) is not affected by this provision; and

(b) the processor is obliged to return to the client the thing and the materials supplied by the client or what remains of them, unless the client indicates that the client does not want the remains. In the latter case, the processor may dispose of the remains at the client's expense.

IV. C. - 4:108: Limitation of liability

In a contract between two businesses, a term restricting the processor's liability for non-performance to the value of the thing, had the service been performed correctly, is presumed to be fair for the purposes of II. - 9:406 (Meaning of "unfair" in contracts between businesses) except to the extent that it restricts liability for damage caused intentionally or by way of grossly negligent behaviour on the part of the processor or any person for whose actions the processor is responsible.

CHAPTER 5 STORAGE

IV.C. - 5:101: Scope

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the storer, undertakes to store a movable or incorporeal thing for another party, the client.

(2) This Chapter does not apply to the storage of:

(a) immovable structures;

(b) movable or incorporeal things during transportation; and

(c) money or securities (except in the circumstances mentioned in paragraph (7) of IV. C. - 5:110 (Liability of the hotel-keeper)) or rights.

IV. C. - 5:102: Storage place and subcontractors

(1) The storer, in so far as the storer provides the storage place, must provide a place fit for storing the thing in such a manner that the thing can be returned in the condition the client may expect.

(2) The storer may not subcontract the performance of the service without the client's consent.

IV. C. - 5:103: Protection and use of the thing stored

(1) The storer must take reasonable precautions in order to prevent unnecessary deterioration, decay or depreciation of the thing stored.

(2) The storer may use the thing handed over for storage only if the client has agreed to such use.

IV. C. – 5:104: Return of the thing stored

(1) Without prejudice to any other obligation to return the thing, the storer must return the thing at the agreed time or, where the contractual relationship is terminated before the agreed time, within a reasonable time after being so requested by the client.

(2) The client must accept the return of the thing when the storage obligation comes to an end and when acceptance of return is properly requested by the storer.

(3) Acceptance by the client of the return of the thing does not relieve the storer wholly or partially from liability for non-performance.

(4) If the client fails to accept the return of the thing at the time provided under paragraph (2), the storer has the right to sell the thing in accordance with III. – 2:111 (Property not accepted), provided that the storer has given the client reasonable warning of the storer's intention to do so.

(5) If, during storage, the thing bears fruit, the storer must hand this fruit over when the thing is returned to the client.

(6) If, by virtue of the rules on the acquisition of ownership, the storer has become the owner of the thing, the storer must return a thing of the same kind and the same quality and quantity and transfer ownership of that thing. This Article applies with appropriate adaptations to the substituted thing.

(7) This Article applies with appropriate adaptations if a third party who holds sufficient title to receive the thing requests its return.

IV.C. – 5:105: Conformity

(1) The storage of the thing does not conform with the contract unless the thing is returned in the same condition as it was in when handed over to the storer.

(2) If, given the nature of the thing or the contract, it cannot reasonably be expected that the thing is returned in the same condition, the storage of the thing does not conform with the contract if the thing is not returned in such condition as the client could reasonably expect.

(3) If, given the nature of the thing or the contract, it cannot reasonably be expected that the same thing is returned, the storage of the

thing does not conform with the contract if the thing which is returned is not in the same condition as the thing which was handed over for storage, or if it is not of the same kind, quality and quantity, or if ownership of the thing is not transferred in accordance with paragraph (6) of IV.C. – 5:104 (Return of the thing stored).

IV. C. – 5:106: Payment of the price

(1) The price is payable at the time when the thing is returned to the client in accordance with IV. C. – 5:104 (Return of the thing stored) or the client, without being entitled to do so, refuses to accept the return of the thing.

(2) The storer may withhold the thing until the client pays the price. III. – 3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation) applies accordingly.

IV. C. – 5:107: Post-storage obligation to inform

After the ending of the storage, the storer must inform the client of:

(a) any damage which has occurred to the thing during storage; and

(b) the necessary precautions which the client must take before using or transporting the thing, unless the client could reasonably be expected to be aware of the need for such precautions.

IV. C. – 5:108: Risks

(1) This Article applies if the thing is destroyed or damaged due to an event which the storer could not have avoided or overcome and if the storer cannot be held accountable for the destruction or damage.

(2) If, prior to the event, the storer had notified the client that the client was required to accept the return of the thing, the client must pay the price. The price is due when the storer returns the remains of the thing, if any, or the client indicates to the storer that the client does not want those remains.

(3) If, prior to the event, the storer had not notified the client that the client was required to accept the return of the thing:

(a) if the parties had agreed that the storer would be paid for each period of time which has elapsed, the client must pay the price for each period which has elapsed before the event occurred;

(b) if further performance of the obligations under the contract is still possible for the storer, the storer is required to continue performance, without prejudice to the client's right to terminate the contractual relationship under IV. C. - 2:111 (Client's right to terminate);

(c) if performance of the obligations under the contract is no longer possible for the storer the client does not have to pay for the service rendered except to the extent that the storer is entitled to a price under subparagraph (a); and the storer must return to the client the remains of the thing unless the client indicates that the client does not want those remains. (4) If the client indicates to the storer that the client does not want the remains of the thing, the storer may dispose of the remains at the client's expense.

IV. C. - 5:109: Limitation of liability

In a contract between two businesses, a term restricting the storer's liability for non-performance to the value of the thing is presumed to be fair for the purposes of II. - 9:406 (Meaning of unfair in contracts between businesses), except to the extent that it restricts liability for damage caused intentionally or by way of grossly negligent conduct on the part of the storer or any person for whose actions the storer is responsible.

IV. C. - 5:110: Liability of the hotel-keeper

(1) A hotel-keeper is liable as a storer for any damage to, or destruction or loss of, a thing brought to the hotel by any guest who stays at the hotel and has sleeping accommodation there.

(2) For the purposes of paragraph (1) a thing is regarded as brought to the hotel:

(a) if it is at the hotel during the time when the guest has the use of sleeping accommodation there;

(b) if the hotel-keeper or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible takes charge of it outside the hotel during the period for which the guest has the use of the sleeping accommodation at the hotel; or

(c) if the hotel-keeper or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible takes charge of it whether at the hotel or outside it during a reasonable period preceding or following the time when the guest has the use of sleeping accommodation at the hotel.

(3) The hotel-keeper is not liable in so far as the damage, destruction or loss is caused by:

(a) a guest or any person accompanying, employed by or visiting the guest;

(b) an impediment beyond the hotel-keeper's control; or

(c) the nature of the thing.

(4) A term excluding or limiting the liability of the hotel-keeper is unfair for the purposes of Book II, Chapter 9, Section 4 if it excludes or limits liability in a case where the hotel-keeper, or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible, causes the damage, destruction or loss intentionally or by way of grossly negligent conduct.

(5) Except where the damage, destruction or loss is caused intentionally or by way of grossly negligent conduct of the hotel-keeper or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible, the guest is required to inform the hotel-keeper of the damage, destruction or loss without undue delay. If the guest fails to inform the hotel-keeper without undue delay, the hotel-keeper is not liable.

(6) The hotel-keeper has the right to withhold any thing referred to in paragraph (1) until the guest has met any claim the hotel-keeper has against the guest with respect to accommodation, food, drink and solicited services performed for the guest in the hotel-keeper's professional capacity.

(7) This Article does not apply if and to the extent that a separate storage contract is concluded between the hotel-keeper and any guest for any thing brought to the hotel. A separate storage contract is deemed to have been concluded if a thing is handed over for storage to the hotel-keeper.

CHAPTER 6 DESIGN

IV. C. - 6:101: Scope

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the designer, undertakes to design for another party, the client:

(a) an immovable structure which is to be constructed by or on behalf of the client; or

(b) a movable or incorporeal thing or service which is to be constructed or performed by or on behalf of the client.

(2) A contract under which one party undertakes to design and to supply a service which consists of carrying out the design is to be considered as primarily a contract for the supply of the subsequent service.

IV. C. - 6:102: Pre-contractual duty to warn

The designer's pre-contractual duty to warn requires in particular the designer to warn the client in so far as the designer lacks special expertise in specific problems which require the involvement of specialists.

IV. C. - 6:103: Obligation of skill and care

The designer's obligation of skill and care requires in particular the designer

to:

(a) attune the design work to the work of other designers who contracted with the client, to enable there to be an efficient performance of all services involved;

(b) integrate the work of other designers which is necessary to ensure that the design will conform to the contract;

(c) include any information for the interpretation of the design which is necessary for a user of the design of average competence (or a specific user made known to the designer at the conclusion of the contract) to give effect to the design;

(d) enable the user of the design to give effect to the design without violation of public law rules or interference based on justified third-party rights of which the designer knows or could reasonably be expected to know; and

(e) provide a design which allows economic and technically efficient realisation.

IV. C. - 6:104: Conformity

(1) The design does not conform to the contract unless it enables the user of the design to achieve a specific result by carrying out the design with the skill and care which could reasonably be expected.

(2) The client is not entitled to invoke a remedy for non-conformity if a direction provided by the client under IV. C. - 2:107 (Directions of the client) is the cause of the non-conformity and the designer performed the obligation to warn under IV. C. - 2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).

IV. C. - 6:105: Handing over of the design

(1) In so far as the designer regards the design, or a part of it which is fit for carrying out independently from the completion of the rest of the design, as sufficiently completed and wishes to transfer the design

to the client, the client must accept it within a reasonable time after being notified.

(2) The client may refuse to accept the design when it, or the relevant part of it, does not conform to the contract and such non-conformity amounts to a fundamental non-performance.

IV. C. – 6:106: Records

(1) After performance of both parties' other contractual obligations, the designer must, on request by the client, hand over all relevant documents or copies of them.

(2) The designer must store, for a reasonable time, relevant documents which are not handed over. Before destroying the documents, the designer must offer them again to the client.

IV. C. – 6:107: Limitation of liability

In contracts between two businesses, a term restricting the designer's liability for non-performance to the value of the structure, thing or service which is to be constructed or performed by or on behalf of the client following the design, is presumed to be fair for the purposes of II. – 9:406 (Meaning of "unfair" in contracts between businesses) except to the extent that it restricts liability for damage caused intentionally or by grossly negligent conduct on the part of the designer or any person for whose actions the designer is responsible.

CHAPTER 7 INFORMATION AND ADVICE

IV. C. – 7:101: Scope

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the provider, undertakes to provide information or advice to another party, the client.

(2) This Chapter does not apply in relation to treatment in so far as Chapter 8 (Treatment) contains more specific rules on the obligation to inform.

(3) In the remainder of this Chapter any reference to information includes a reference to advice.

IV. C. – 7:102: Obligation to collect preliminary data

(1) The provider must, in so far as this may reasonably be considered necessary for the performance of the service, collect data about:

(a) the particular purpose for which the client requires the information;

(b) the client's preferences and priorities in relation to the information;

(c) the decision the client can be expected to make on the basis of the information; and

(d) the personal situation of the client.

(2) In case the information is intended to be passed on to a group of persons, the data to be collected must relate to the purposes, preferences, priorities and personal situations that can reasonably be expected from individuals within such a group.

(3) In so far as the provider must obtain data from the client, the provider must explain what the client is required to supply.

IV. C. – 7:103: Obligation to acquire and use expert knowledge

The provider must acquire and use the expert knowledge to which the provider has or should have access as a professional information provider or adviser, in so far as this may reasonably be considered necessary for the performance of the service.

IV. C. – 7:104: Obligation of skill and care

(1) The provider's obligation of skill and care requires in particular the provider to:

(a) take reasonable measures to ensure that the client understands the content of the information;

(b) act with the care and skill that a reasonable information provider would demonstrate under the circumstances when providing evaluative information; and

(c) in any case where the client is expected to make a decision on the basis of the information, inform the client of the risks involved, in so far as such risks could reasonably be expected to influence the client's decision.

(2) When the provider expressly or impliedly undertakes to provide the client with a recommendation to enable the client to make a subsequent decision, the provider must:

(a) base the recommendation on a skilful analysis of the expert knowledge to be collected in relation to the purposes, priorities, preferences and personal situation of the client;

(b) inform the client of alternatives the provider can personally provide relating to the subsequent decision and of their advantages and risks, as compared with those of the recommended decision; and

(c) inform the client of other alternatives the provider cannot personally provide, unless the provider expressly informs the client that only a limited range of alternatives is offered or this is apparent from the situation.

IV. C. – 7:105: Conformity

(1) The provider must provide information which is of the quantity, quality and description required by the contract.

(2) The factual information provided by the information provider to the client must be a correct description of the actual situation described.

IV. C. – 7:106: Records

In so far as this may reasonably be considered necessary, having regard to the interest of the client, the provider must keep records regarding the information provided in accordance with this Chapter and make such records or excerpts from them available to the client on reasonable request.

IV. C. – 7:107: Conflict of interest

(1) When the provider expressly or impliedly undertakes to provide the client with a recommendation to enable the client to make a subsequent decision, the provider must disclose any possible conflict of interest which might influence the performance of the provider's obligations.

(2) So long as the contractual obligations have not been completely performed, the provider may not enter into a relationship with another party which may give rise to a possible conflict with the interests of the client, without full disclosure to the client and the client's explicit or implicit agreement.

IV. C. – 7:108: Influence of ability of the client

(1) The involvement in the supply of the service of other persons on the client's behalf or the mere competence of the client does not relieve the provider of any obligation under this Chapter.

(2) The provider is relieved of those obligations if the client already has knowledge of the information or if the client has reason to know of the information.

(3) For the purpose of paragraph (2), the client has reason to know if the information should be obvious to the client without investigation.

IV. C. - 7:109: Causation

If the provider knows or could reasonably be expected to know that a subsequent decision will be based on the information to be provided, and if the client makes such a decision and suffers loss as a result, any non-performance of an obligation under the contract by the provider is presumed to have caused the loss if the client proves that, if the provider had provided all information required, it would have been reasonable for the client to have seriously considered making an alternative decision.

CHAPTER 8 TREATMENT

IV. C. - 8:101: Scope

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the treatment provider, undertakes to provide medical treatment for another party, the patient.

(2) It applies with appropriate adaptations to contracts under which the treatment provider undertakes to provide any other service in order to change the physical or mental condition of a person.

(3) Where the patient is not the contracting party, the patient is regarded as a third party on whom the contract confers rights corresponding to the obligations of the treatment provider imposed by this Chapter.

IV. C. - 8:102: Preliminary assessment

The treatment provider must, in so far as this may reasonably be considered necessary for the performance of the service:

(a) interview the patient about the patient's health condition, symptoms, previous illnesses, allergies, previous or other current treatment and the patient's preferences and priorities in relation to the treatment;

(b) carry out the examinations necessary to diagnose the health condition of the patient; and

(c) consult with any other treatment providers involved in the treatment of the patient.

IV. C. – 8:103: Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises

(1) The treatment provider must use instruments, medicines, materials, installations and premises which are of at least the quality demanded by accepted and sound professional practice, which conform to applicable statutory rules, and which are fit to achieve the particular purpose for which they are to be used.

(2) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. C. – 8:104: Obligation of skill and care

(1) The treatment provider's obligation of skill and care requires in particular the treatment provider to provide the patient with the care and skill which a reasonable treatment provider exercising and professing care and skill would demonstrate under the given circumstances.

(2) If the treatment provider lacks the experience or skill to treat the patient with the required degree of skill and care, the treatment provider must refer the patient to a treatment provider who can.

(3) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. C. – 8:105: Obligation to inform

(1) The treatment provider must, in order to give the patient a free choice regarding treatment, inform the patient about, in particular:

- (a) the patient's existing state of health;
- (b) the nature of the proposed treatment;
- (c) the advantages of the proposed treatment;
- (d) the risks of the proposed treatment;

(e) the alternatives to the proposed treatment, and their advantages and risks as compared to those of the proposed treatment; and

- (f) the consequences of not having treatment.

(2) The treatment provider must, in any case, inform the patient about any risk or alternative which might reasonably influence the patient's decision on whether to give consent to the proposed treatment or not. It is presumed that a risk might reasonably influence that decision if its materialisation would lead to serious detriment to the patient. Unless otherwise provided, the obligation to inform is subject to the provisions of Chapter 7 (Information and Advice). (3) The information must be provided in a way understandable to the patient.

IV. C. - 8:106: Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment

(1) If the treatment is not necessary for the preservation or improvement of the patient's health, the treatment provider must disclose all known risks.

(2) If the treatment is experimental, the treatment provider must disclose all information regarding the objectives of the experiment, the nature of the treatment, its advantages and risks and the alternatives, even if only potential.

(3) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. C. - 8:107: Exceptions to the obligation to inform

(1) Information which would normally have to be provided by virtue of the obligation to inform may be withheld from the patient:

(a) if there are objective reasons to believe that it would seriously and negatively influence the patient's health or life; or

(b) if the patient expressly states a wish not to be informed, provided that the non-disclosure of the information does not endanger the health or safety of third parties.

(2) The obligation to inform need not be performed where treatment must be provided in an emergency. In such a case the treatment provider must, so far as possible, provide the information later.

IV. C. - 8:108: Obligation not to treat without consent

(1) The treatment provider must not carry out treatment unless the patient has given prior informed consent to it.

(2) The patient may revoke consent at any time.

(3) In so far as the patient is incapable of giving consent, the treatment provider must not carry out treatment unless:

(a) informed consent has been obtained from a person or institution legally entitled to take decisions regarding the treatment on behalf of the patient; or

(b) any rules or procedures enabling treatment to be lawfully given without such consent have been complied with; or

(c) the treatment must be provided in an emergency.

(4) In the situation described in paragraph (3), the treatment provider must not carry out treatment without considering, so far as possible, the opinion of the incapable patient with regard to the treatment and any such opinion expressed by the patient before becoming incapable.

(5) In the situation described in paragraph (3), the treatment provider may carry out only such treatment as is intended to improve the health condition of the patient.

(6) In the situation described in paragraph (2) of IV. C. - 8:106 (Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment), consent must be given in an express and specific way.

(7) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. C. - 8:109: Records

(1) The treatment provider must create adequate records of the treatment. Such records must include, in particular, information collected in any preliminary interviews, examinations or consultations, information regarding the consent of the patient and information regarding the treatment performed.

(2) The treatment provider must, on reasonable request:

(a) give the patient, or if the patient is incapable of giving consent, the person or institution legally entitled to take decisions on behalf of the patient, access to the records; and

(b) answer, in so far as reasonable, questions regarding the interpretation of the records.

(3) If the patient has suffered injury and claims that it is a result of nonperformance by the treatment provider of the obligation of skill and care and the treatment provider fails to comply with paragraph (2), non-performance of the obligation of skill and care and a causal link between such non-performance and the injury are presumed.

(4) The treatment provider must keep the records, and give information about their interpretation, during a reasonable time of at least

10 years after the treatment has ended, depending on the usefulness of these records for the patient or the patient's heirs or representatives and for future treatments. Records which can reasonably be expected to be important after the reasonable time must be kept by the treatment provider after that time. If for any reason the treatment provider ceases activity, the records must be deposited or delivered to the patient for future consultation.

(5) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of paragraphs (1) to (4) or derogate from or vary their effects.

(6) The treatment provider may not disclose information about the patient or other persons involved in the patient's treatment to third parties unless disclosure is necessary in order to protect third parties or the public interest. The treatment provider may use the records in an anonymous way for statistical, educational or scientific purposes.

IV. C. – 8:110: Remedies for non-performance

With regard to any non-performance of an obligation under a contract for treatment, Book III, Chapter 3 (Remedies for Non-performance) and IV. C. – 2:111 (Client's right to terminate) apply with the following adaptations:

(a) the treatment provider may not withhold performance or terminate the contractual relationship under that Chapter if this would seriously endanger the health of the patient; and

(b) in so far as the treatment provider has the right to withhold performance or to terminate the contractual relationship and is planning to exercise that right, the treatment provider must refer the patient to another treatment provider.

IV. C. – 8:111: Obligations of treatment-providing organisations

(1) If, in the process of performance of the obligations under the treatment contract, activities take place in a hospital or on the premises of another treatment-providing organisation, and the hospital or that other treatment-providing organisation is not a party to the treatment contract, it must make clear to the patient that it is not the contracting party.

(2) Where the treatment provider cannot be identified, the hospital or treatment-providing organisation in which the treatment took place is treated as the treatment provider unless the hospital or treatment-providing organisation informs the patient, within a reasonable time, of the identity of the treatment provider. (3) The parties may not, to

the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

PART D MANDATE

CHAPTER 1 GENERAL PROVISIONS

IV. D. - 1:101: Scope

(1) This Part of Book IV applies to contracts (mandate contracts) under which:

(a) a person, the representative, is authorised and instructed (mandated) by another person, the principal, to conclude a contract between the principal and a third party or otherwise affect the legal position of the principal in relation to a third party; and

(b) the representative undertakes, in exchange for a price, to act on behalf of, and in accordance with the directions of, the principal.

(2) This Part applies only to the internal relationship between the principal and the representative (the mandate relationship). It does not apply to the relationship between the principal and the third party or the relationship between the representative and the third party.

(3) This Part applies with appropriate adaptations:

(a) to contracts and unilateral juridical acts under which the representative is to represent the principal otherwise than in exchange for a price;

(b) to contracts under which the representative is instructed to, and undertakes to, perform the obligations which are meant to lead to the conclusion of the prospective contract but in which the representative is not authorised from the start to actually conclude that prospective contract; and

(c) to contracts and unilateral juridical acts under which the representative is merely authorised but not instructed or obliged to act, but nevertheless does act.

(4) Contracts to which, in accordance with paragraph (3) (b), this Part applies and to which Part C (Services) of this Book applies, are to be regarded primarily as mandate contracts.

(5) This Part does not apply to mandate contracts pertaining to investment services and activities as defined by Directive 2004/30/EC, OJ L 145/1, as subsequently amended or replaced.

IV. D. – 1:102: Definitions

In this Part:

(a) the ‘mandate’ of the representative is the authorisation and instruction given by the principal as modified by any subsequent direction;

(b) the ‘authority’ of a representative is the power to affect the principal’s legal position;

(c) the ‘prospective contract’ is the contract the representative is authorised and instructed to conclude on behalf of the principal and any reference to the prospective contract includes a reference to any other juridical act which the representative is authorised and instructed to do on behalf of the principal;

(d) a mandate for direct representation is a mandate under which the representative is to act in the name of the principal, or otherwise in such a way as to indicate an intention to affect the principal’s legal position;

(e) a mandate for indirect representation is a mandate under which the representative is to act in the representative’s own name or otherwise in such a way as not to indicate an intention to affect the principal’s legal position;

(f) a ‘direction’ is a decision by the principal pertaining to the performance of the obligations under the mandate contract or to the contents of the prospective contract that is given at the time the mandate contract is concluded or, in accordance with the mandate, at a later moment;

(g) the ‘third party’ is the party with whom the prospective contract is concluded by the representative on behalf of the principal;

(h) the ‘revocation’ of the mandate of the representative is the decision of the principal to no longer authorise and instruct the representative to act on behalf of the principal.

IV. D. – 1:103: Duration

A mandate contract may be concluded:

(a) for an indefinite period of time;

- (b) for a fixed period; or
- (c) for a particular task.

IV. D. - 1:104: Revocation of the mandate

(1) Unless the following Article applies, the mandate of the representative can be revoked by the principal at any time by giving notice to the representative.

(2) The termination of the mandate relationship has the effect of a revocation of the mandate of the representative.

(3) The parties may not, to the detriment of the principal, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects, unless the requirements of the following Article are met.

IV. D. - 1:105: Irrevocable mandate

(1) In derogation of the preceding Article, the mandate of the representative cannot be revoked by the principal if the mandate is given:

(a) in order to safeguard a legitimate interest of the representative other than the interest in the payment of the price; or

(b) in the common interest of the parties to another legal relationship, whether or not these parties are all parties to the mandate contract, and the irrevocability of the mandate of the representative is meant to properly safeguard the interest of one or more of these parties.

(2) The mandate may nevertheless be revoked if:

(a) the mandate is irrevocable under paragraph (1) (a) and:

(i) the contractual relationship from which the legitimate interest of the representative originates is terminated for non-performance by the representative; or

(ii) there is a fundamental non-performance by the representative of the obligations under the mandate contract; or

(iii) there is an extraordinary and serious reason for the principal to terminate under IV. D. - 6:103 (Termination by principal for extraordinary and serious reason); or

(b) the mandate is irrevocable under paragraph (1) (b) and:

(i) the parties in whose interest the mandate is irrevocable have agreed to the revocation of the mandate;

(ii) the relationship referred to in paragraph (1) (b) is terminated;

(iii) the representative commits a fundamental non-performance of the obligations under the mandate contract, provided that the representative is replaced without undue delay by another representative in conformity with the terms regulating the legal relationship between the principal and the other party or parties; or

(iv) there is an extraordinary and serious reason for the principal to terminate under IV. D. - 6:103 (Termination by principal for extraordinary and serious reason), provided that the representative is replaced without undue delay by another representative in conformity with the terms regulating the legal relationship between the principal and the other party or parties.

(3) Where the revocation of the mandate is not allowed under this Article, a notice of revocation is without effect.

(4) This Article does not apply if the mandate relationship is terminated under Chapter 7 of this Part.

CHAPTER 2 MAIN OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL

IV. D. - 2:101: Obligation to co-operate

The obligation to co-operate under III. - 1:104 (Co-operation) requires the principal in particular to:

(a) answer requests by the representative for information in so far as such information is needed to allow the representative to perform the obligations under the mandate contract;

(b) give a direction regarding the performance of the obligations under the mandate contract in so far as this is required under the mandate contract or follows from a request for a direction under IV. D. - 4:102 (Request for direction).

IV. D. - 2:102: Price

(1) The principal must pay a price if the representative performs the obligations under the mandate contract in the course of a business, unless the principal expected and could reasonably have expected the representative to perform the obligations otherwise than in exchange for a price.

(2) The price is payable as of the moment the representative has affected the legal relations of the principal in accordance with the mandate contract and given account of that.

(3) If the parties had agreed on payment of a price for services rendered, the mandate relationship has terminated and the prospective contract has not been concluded, the price is payable as of the moment the representative has given account of the performance of the obligations under the mandate contract.

(4) When the principal has concluded the prospective contract directly or another person appointed by the principal has concluded the prospective contract on the principal's behalf, the representative is entitled to the price or a proportionate part thereof if the conclusion of the prospective contract can be attributed in full or in part to the representative's performance of the obligations under the mandate contract.

(5) When the prospective contract is concluded after the mandate relationship has terminated, the principal must pay the price if payment of a price based solely on the conclusion of the prospective contract was agreed and:

(a) the conclusion of the prospective contract can be attributed mainly to the representative's performance of the obligations under the mandate contract; and

(b) the prospective contract is concluded within a reasonable period after the mandate relationship has terminated.

IV. D. - 2:103: Expenses incurred by representative

(1) When the representative is entitled to a price, the price is presumed to include the reimbursement of the expenses the representative has incurred in the performance of the obligations under the mandate contract.

(2) When the representative is not entitled to a price or when the parties have agreed that the expenses will be paid separately, the principal must reimburse the representative for the expenses the representative has incurred in the performance of the obligations under the mandate contract, when and in so far as the representative acted reasonably when incurring the expenses.

(3) The representative is entitled to reimbursement of expenses under paragraph (2) as from the time when the expenses are incurred and the representative has given account of the expenses.

(4) If the mandate relationship has terminated and the prospective contract is not concluded, the representative is entitled to reimbursement of the expenses incurred in the performance of the obli-

gations under the mandate contract. Paragraph (3) applies accordingly.

CHAPTER 3 PERFORMANCE BY THE REPRESENTATIVE

SECTION 1 MAIN OBLIGATIONS OF REPRESENTATIVE

IV. D. - 3:101: Obligation to act in accordance with mandate

Before and during the negotiations and in the conclusion of the prospective contract the representative must act in accordance with the mandate.

IV. D. - 3:102: Obligation to act in interests of principal

(1) The representative must act in accordance with the interests of the principal, in so far as these have been communicated to the representative or the representative could reasonably be expected to be aware of them.

(2) The representative must request information from the principal as to the principal's interests which the representative is not aware of when such information is needed to allow the proper performance of the obligations under the mandate contract.

IV. D. - 3:103: Obligation of skill and care

(1) The representative must perform the obligations under the mandate contract with the care and skill that the principal is entitled to expect under the circumstances.

(2) If the representative professes a higher standard of care and skill the representative must exercise that care and skill.

(3) If the representative is, or purports to be, a member of a group of professional representatives for which standards exist that have been set by a relevant authority or by that group itself, the representative must exercise the care and skill expressed in these standards.

(4) In determining the care and skill the principal is entitled to expect, regard is to be had, among other things, to:

(a) the nature, the magnitude, the frequency and the foreseeability of the risks involved in the performance of the obligations;

(b) whether the obligations are performed by a business;

(c) whether a price is payable and, if one is payable, its amount; and

(d) the time reasonably available for the performance of the obligations.

SECTION 2 CONSEQUENCES OF ACTING BEYOND MANDATE

IV. D. - 3:201: Acting beyond mandate

(1) The representative may act in a way not covered by the mandate if:

(a) the representative has reasonable ground for so acting on behalf of the principal; and

(b) the representative does not have a reasonable opportunity to discover the principal's wishes in the particular circumstances; and

(c) the representative does not know and could not reasonably be expected to know that the act in the particular circumstances is against the principal's wishes.

(2) As between the representative and the principal an act within paragraph (1) is regarded as being covered by the mandate.

(3) In relation to third parties the consequences of an act within paragraph (1) are governed by Book III, Chapter 6 (Representation).

IV. D. - 3:202: Consequences of ratification

Where, in circumstances not covered by the preceding Article, the representative has acted beyond the mandate in concluding the prospective contract on behalf of the principal, ratification of that contract by the principal absolves the representative from liability to the principal, unless the principal without undue delay after ratification notifies the representative that the principal reserves remedies for the non-performance by the representative.

SECTION 3 CONCLUSION OF PROSPECTIVE CONTRACT BY OTHER PERSON

IV. D. - 3:301: Exclusivity not presumed

The principal is free to conclude the prospective contract directly or to appoint another representative to conclude it.

IV. D. - 3:302: Subcontracting

(1) The representative may subcontract the performance of the obligations under the mandate contract in whole or in part without the principal's consent, unless personal performance is required by the contract.

(2) Any subcontractor so engaged by the representative must be of adequate competence.

(3) In accordance with III. - 2:106 (Performance entrusted to another) the representative remains responsible for performance.

**SECTION 4
OBLIGATION TO INFORM PRINCIPAL****IV. D. - 3:401: Information about progress of performance**

During the performance of the obligations under the mandate contract the representative must in so far as is reasonable under the circumstances inform the principal of the existence of and the progress in the negotiations leading to the possible conclusion of the prospective contract.

IV. D. - 3:402: Giving account to principal

(1) The representative must without undue delay inform the principal of the conclusion of the prospective contract.

(2) The representative must give an account to the principal:

(a) of the manner in which the obligations under the mandate contract have been performed; and

(b) of money spent or received or expenses incurred by the representative in performing the obligations under the mandate contract.

(3) Paragraph (2) applies with appropriate adaptations if the mandate relationship is terminated in accordance with Chapters 6 and 7 and the prospective contract has not been concluded.

IV. D. - 3:403: Communication of identity of third party

(1) The representative must communicate the name and address of the third party to the principal on the principal's demand.

(2) Paragraph (1) does not apply in the case of a mandate for indirect representation.

CHAPTER 4 DIRECTIONS AND CHANGES

SECTION 1 DIRECTIONS

IV. D. - 4:101: Directions given by principal

(1) The principal is entitled to give directions to the representative.

(2) The representative must follow directions by the principal.

(3) The representative must warn the principal if a direction:

(a) has the effect that the conclusion of the prospective contract would become significantly more expensive or take significantly more time than agreed upon in the mandate contract; or

(b) is inconsistent with the purpose of the mandate contract or may otherwise be detrimental to the interests of the principal.

(4) Unless the principal revokes the direction without undue delay after having been so warned by the representative, the direction is to be regarded as a change of the mandate contract under IV. D. - 4:201 (Changes of the mandate contract).

IV. D. - 4:102: Request for a direction

(1) The representative must ask for a direction on obtaining information which requires the principal to make a decision pertaining to the performance of the obligations under the mandate contract or the content of the prospective contract.

(2) The representative must ask for a direction if the mandate contract does not determine whether the mandate is for direct representation or indirect representation.

IV. D. - 4:103: Consequences of failure to give a direction

(1) If the principal fails to give a direction when required to do so under the mandate contract or under paragraph (1) of the preceding Article, the representative may, in so far as relevant, resort to any of the remedies under Book III, Chapter 3 (Remedies for Non-Performance); or

(a) base performance upon the expectations, preferences and priorities the principal may reasonably be expected to have, given the information and directions that have been gathered; and

(b) claim a proportionate adjustment of the price and of the time allowed or required for the conclusion of the prospective contract.

(2) If the principal fails to give a direction under paragraph (2) of the preceding Article, the representative may choose direct representation or indirect representation or may withhold performance under III. - 3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation).

(3) The adjusted price that is to be paid under paragraph (1) (b) must be reasonable and is to be determined using the same methods of calculation as were used to establish the original price for the conclusion of the prospective contract.

IV. D. - 4:104: No time to ask or wait for direction

(1) If the representative is required to ask for a direction under IV. D. - 4:102 (Request for a direction) but needs to act before being able to contact the principal and to ask for a direction, or needs to act before the direction is given, the representative may base performance upon the expectations, preferences and priorities the principal may reasonably be expected to have, given the information and directions that have been gathered.

(2) In the situation referred to in paragraph (1), the representative may claim a proportionate adjustment of the price and of the time allowed or required for the conclusion of the prospective contract in so far as such an adjustment is reasonable given the circumstances of the case.

SECTION 2 CHANGES OF THE MANDATE CONTRACT

IV. D. - 4:201: Changes of the mandate contract

(1) The mandate contract is changed if the principal:

(a) significantly changes the mandate of the representative; or

(b) does not revoke a direction without undue delay after having been warned in accordance with paragraph (3) of IV. D. - 4:101 (Directions given by principal).

(2) In the case of a change of the mandate contract under paragraph (1) the representative may claim:

(a) a proportionate adjustment of the price and of the time allowed or required for the conclusion of the prospective contract; or

(b) damages in accordance with III. - 3:702 (General measure of damages) to put the representative as nearly as possible into the posi-

tion in which the representative would have been if the mandate contract had not been changed.

(3) In the case of a change of the mandate contract under paragraph (1) the representative may also terminate the mandate relationship by giving notice of termination for extraordinary and serious reason under IV. D. - 6:105 (Termination by representative for extraordinary and serious reason), unless the change is minor or it enlarges the possibilities for the representative to conclude the prospective contract.

(4) The adjusted price that is to be paid under paragraph (2) (a) must be reasonable and is to be determined using the same methods of calculation as were used to establish the original price for the conclusion of the prospective contract.

CHAPTER 5 CONFLICT OF INTEREST

IV. D. - 5:101: Self-contracting

(1) The representative may not become the principal's counterparty to the prospective contract.

(2) The representative may nevertheless become the counterparty if:

(a) this is agreed by the parties in the mandate contract;

(b) the representative has disclosed an intention to become the counterparty and

(i) the principal subsequently expresses consent; or

(ii) the principal does not object to the representative becoming the counterparty after having been requested to indicate consent or a refusal of consent;

(c) the principal otherwise knew, or could reasonably be expected to have known, of the representative becoming the counterparty and the principal did not object within a reasonable time; or

(d) the content of the prospective contract is so precisely determined in the mandate contract that there is no risk that the interests of the principal may be disregarded.

(3) If the principal is a consumer, the representative may only become the counterparty if:

(a) the representative has disclosed that information and the principal has given express consent to the representative becoming the counterparty to the particular prospective contract; or

(b) the content of the prospective contract is so precisely determined in the mandate contract that there is no risk that the interests of the principal may be disregarded.

(4) The parties may not, to the detriment of the principal, exclude the application of paragraph (3) or derogate from or vary its effects.

(5) If the representative has become the counterparty, the representative is not entitled to a price for services rendered as a representative.

IV. D. - 5:102: Double mandate

(1) The representative may not act as the representative of both the principal and the principal's counterparty to the prospective contract.

(2) The representative may nevertheless act as the representative of both the principal and the counterparty if:

(a) this is agreed by the parties in the mandate contract;

(b) the representative has disclosed an intention to act as the representative of the counterparty and the principal

(i) subsequently expresses consent; or

(ii) does not object to the representative acting as the representative of the counterparty after having been requested to indicate consent or a refusal of consent;

(c) the principal otherwise knew, or could reasonably be expected to have known, of the representative acting as the representative of the counterparty and the principal did not object within a reasonable time; or

(d) the content of the prospective contract is so precisely determined in the mandate contract that there is no risk that the interests of the principal may be disregarded.

(3) If the principal is a consumer, the representative may only act as the representative of both the principal and of the counterparty if:

(a) the representative has disclosed that information and the principal has given express consent to the representative acting also as the representative of the counterparty to the particular prospective contract; or

(b) the content of the prospective contract is so precisely determined in the mandate contract that there is no risk that the interests of the principal may be disregarded.

(4) The parties may not, to the detriment of the principal, exclude the application of paragraph (3) or derogate from or vary its effects.

(5) If and in so far as the representative has acted in accordance with the previous paragraphs, the representative is entitled to the price.

CHAPTER 6

TERMINATION BY NOTICE OTHER THAN FOR NON-PERFORMANCE

IV. D. - 6:101: Termination by notice in general

(1) Either party may terminate the mandate relationship at any time by giving notice to the other.

(2) For the purposes of paragraph (1), a revocation of the mandate of the representative is treated as termination.

(3) Termination of the mandate relationship is not effective if the mandate of the representative is irrevocable under IV. D. - 1:105 (Irrevocable mandate).

(4) The effects of termination are governed by III. - 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3).

(5) When the party giving the notice was justified in terminating the relationship no damages are payable for so doing.

(6) When the party giving the notice was not justified in terminating the relationship, the termination is nevertheless effective but the other party is entitled to damages in accordance with the rules in Book III.

(7) For the purposes of this Article the party giving the notice is justified in terminating the relationship if that party:

(a) was entitled to terminate the relationship under the express terms of the contract and observed any requirements laid down in the contract for doing so;

(b) was entitled to terminate the relationship under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination); or

(c) was entitled to terminate the relationship under any other Article of the present Chapter and observed any requirements laid down in such Article for doing so.

IV. D. – 6:102: Termination by principal when relationship is to last for indefinite period or when mandate is for a particular task

(1) The principal may terminate the mandate relationship at any time by giving notice of reasonable length if the mandate contract has been concluded for an indefinite period or for a particular task.

(2) Paragraph (1) does not apply if the mandate is irrevocable.

(3) The parties may not, to the detriment of the principal, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects, unless the conditions set out under IV. D. – 1:105 (Irrevocable mandate) are met.

IV. D. – 6:103: Termination by principal for extraordinary and serious reason

(1) The principal may terminate the mandate relationship by giving notice for extraordinary and serious reason.

(2) No period of notice is required.

(3) For the purposes of this Article, the death or incapacity of the person who, at the time of conclusion of the mandate contract, the parties had intended to execute the representative's obligations under the mandate contract, constitutes an extraordinary and serious reason.

(4) This Article applies with appropriate adaptations if the successors of the principal terminate the mandate relationship in accordance with IV. D. – 7:103 (Death of the principal).

(5) The parties may not, to the detriment of the principal or the principal's successors, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. D. – 6:104: Termination by representative when relationship is to last for indefinite period or when it is gratuitous

(1) The representative may terminate the mandate relationship at any time by giving notice of reasonable length if the mandate contract has been concluded for an indefinite period.

(2) The representative may terminate the mandate relationship by giving notice of reasonable length if the representative is to represent the principal otherwise than in exchange for a price.

(3) The parties may not, to the detriment of the representative, exclude the application of paragraph (1) of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. D. – 6:105: Termination by representative for extraordinary and serious reason

(1) The representative may terminate the mandate relationship by giving notice for extraordinary and serious reason.

(2) No period of notice is required.

(3) For the purposes of this Article an extraordinary and serious reason includes:

(a) a change of the mandate contract under IV. D. – 4:201 (Changes of the mandate contract);

(b) the death or incapacity of the principal; and

(c) the death or incapacity of the person who, at the time of conclusion of the mandate contract, the parties had intended to execute the representative's obligations under the mandate contract.

(4) The parties may not, to the detriment of the representative, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

**CHAPTER 7
OTHER PROVISIONS ON TERMINATION****IV. D. – 7:101: Conclusion of the prospective contract**

(1) If the mandate contract was concluded solely for the conclusion of a specific prospective contract the mandate relationship terminates when the representative has concluded the prospective contract and the representative has informed the principal of that in accordance with paragraph (1) of IV. D. – 3:402 (Giving account to principal).

(2) If the mandate contract was concluded solely for the conclusion of a specific prospective contract the mandate relationship terminates when the principal or another representative appointed by the principal has concluded the prospective contract. In such case, the conclusion of the prospective contract is treated as a notice under IV. D. – 6:101 (Termination by notice in general).

IV. D. – 7:102: Expiry of fixed period

(1) If the mandate contract was concluded for a definite period the mandate relationship terminates when that period expires.

(2) If the parties continue performance of the obligations under the mandate contract after the definite period has expired, the parties

are treated as having concluded a mandate contract for an indefinite period.

(3) If the mandate relationship has terminated under paragraph (1) the representative is entitled to reimbursement of the reasonable costs incurred.

(4) If payment of a price based on a particular rate was agreed, the representative is entitled to payment of the price on the basis of that rate.

IV. D. – 7:103: Death of the principal

(1) The death of the principal does not end the mandate relationship.

(2) Both the representative and the successors of the principal may terminate the mandate relationship by giving notice of termination for extraordinary and serious reason under IV. D. – 6:103 (Termination by principal for extraordinary and serious reason) or IV. D. – 6:105 (Termination by representative for extraordinary and serious reason).

IV. D. – 7:104: Death of the representative

(1) The death of the representative ends the mandate relationship.

(2) The expenses and any other payments due at the date of death remain payable.

PART E COMMERCIAL AGENCY, FRANCHISE AND DISTRIBUTORSHIP

CHAPTER 1 GENERAL PROVISIONS

SECTION 1 SCOPE

IV. E. – 1:101: Contracts covered

(1) This Part of Book IV applies to contracts for the establishment and regulation of a commercial agency, franchise or distributorship and with appropriate adaptations to other contracts under which a party engaged in business independently is to use skills and efforts to bring another party's products on to the market.

(2) In this Part, "products" includes goods and services.

**SECTION 2
OTHER GENERAL PROVISIONS**

IV. E. – 1:201: Priority rules

In the case of any conflict:

(a) the rules in this Part prevail over the rules in Part D (Mandate);
and

(b) the rules in Chapters 3 to 5 of this Part prevail over the rules in Chapter 2 of this Part.

IV. E. – 1:202: Derogation

The parties may exclude the application of any of the rules in this Part or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided in this Part

**CHAPTER 2
RULES APPLYING TO ALL CONTRACTS WITHIN
THE SCOPE OF THIS PART**

**SECTION 1
PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY**

IV. E. – 2:101: Pre-contractual information duty

A party who is engaged in negotiations for a contract within the scope of this Part has a duty to provide the other party, a reasonable time before the contract is concluded and so far as required by good commercial practice, with such information as is sufficient to enable the other party to decide on a reasonably informed basis whether or not to enter into a contract of the type and on the terms under consideration.

**SECTION 2
OBLIGATIONS OF THE PARTIES**

IV. E. – 2:201: Co-operation

The parties to a contract within the scope of this Part of Book IV must collaborate actively and loyally and co-ordinate their respective efforts in order to achieve the objectives of the contract.

IV. E. – 2:202: Information during the performance

During the period of the contractual relationship each party must provide the other in due time with all the information which the first

party has and the second party needs in order to achieve the objectives of the contract.

IV. E. - 2:203: Confidentiality

(1) A party who receives confidential information from the other must keep such information confidential and must not disclose the information to third parties either during or after the period of the contractual relationship.

(2) A party who receives confidential information from the other must not use such information for purposes other than the objectives of the contract.

(3) Any information which a party already possessed or which has been disclosed to the general public, and any information which must necessarily be disclosed to customers as a result of the operation of the business, is not regarded as confidential information for this purpose.

SECTION 3 TERMINATION OF CONTRACTUAL RELATIONSHIP

IV. E. - 2:301: Contract for a definite period

(1) A party is free not to renew a contract for a definite period. If a party has given notice in due time that it wishes to renew the contract, the contract will be renewed for an indefinite period unless the other party gives that party notice, not later than a reasonable time before the expiry of the contract period, that it is not to be renewed.

(2) Where the obligations under a contract for a definite period continue to be performed by both parties after the contract period has expired, the contract becomes a contract for an indefinite period.

IV. E. - 2:302: Contract for an indefinite period

(1) Either party to a contract for an indefinite period may terminate the contractual relationship by giving notice to the other.

(2) If the notice provides for termination after a period of reasonable length no damages are payable under IV. E. - 2:303 (Damages for termination with inadequate notice). If the notice provides for immediate termination or termination after a period which is not of reasonable length damages are payable under that Article.

(3) Whether a period of notice is of reasonable length depends, among other factors, on:

(a) the time the contractual relationship has lasted;

- (b) reasonable investments made;
- (c) the time it will take to find a reasonable alternative; and
- (d) usages.

(4) A period of notice of one month for each year during which the contractual relationship has lasted, with a maximum of 36 months, is presumed to be reasonable.

(5) The period of notice for the principal, the franchisor or the supplier is to be no shorter than one month for the first year, two months for the second, three months for the third, four months for the fourth, five months for the fifth and six months for the sixth and subsequent years during which the contractual relationship has lasted. Parties may not exclude the application of this provision or derogate from or vary its effects.

(6) Agreements on longer periods than those laid down in paragraphs (4) and (5) are valid provided that the agreed period to be observed by the principal, franchisor or supplier is no shorter than that to be observed by the commercial agent, the franchisee or the distributor.

(7) In relation to contracts within the scope of this Part, the rules in this Article replace those in paragraph (2) of III. - 1:109 (Variation or termination by notice). Paragraph (3) of that Article governs the effects of termination.

IV. E. - 2:303: Damages for termination with inadequate notice

(1) Where a party terminates a contractual relationship under IV. E. - 2:302 (Contract for indefinite period) but does not give a reasonable period of notice the other party is entitled to damages.

(2) The general measure of damages is such sum as corresponds to the benefit which the other party would have obtained during the extra period for which the relationship would have lasted if a reasonable period of notice had been given.

(3) The yearly benefit is presumed to be equal to the average benefit which the aggrieved party has obtained from the contract during the previous 3 years or, if the contractual relationship has lasted for a shorter period, during that period.

(4) The general rules on damages for non-performance in Book III, Chapter 3, Section 7 apply with any appropriate adaptations.

IV. E. - 2:304: Termination for non-performance

(1) Any term of a contract within the scope of this Part whereby a party may terminate the contractual relationship for non-performance which is not fundamental is without effect.

(2) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. - 2:305: Indemnity for goodwill

(1) When the contractual relationship comes to an end for any reason (including termination by either party for fundamental non-performance), a party is entitled to an indemnity from the other party for goodwill if and to the extent that:

(a) the first party has significantly increased the other party's volume of business and the other party continues to derive substantial benefits from that business; and

(b) the payment of the indemnity is reasonable.

(2) The grant of an indemnity does not prevent a party from seeking damages under IV. E. - 2:303 (Damages for termination with inadequate notice).

IV. E. - 2:306: Stock, spare parts and materials

If the contract is avoided, or the contractual relationship terminated, by either party, the party whose products are being brought on to the market must repurchase the other party's remaining stock, spare parts and materials at a reasonable price, unless the other party can reasonably resell them.

SECTION 4 OTHER GENERAL PROVISIONS

IV. E. - 2:401: Right of retention

In order to secure its rights to remuneration, compensation, damages and indemnity the party who is bringing the products on to the market has a right of retention over the movables of the other party which are in its possession as a result of the contract, until the other party has performed its obligations.

IV. E. - 2:402: Signed document available on request

(1) Each party is entitled to receive from the other, on request, a signed statement in textual form on a durable medium setting out the terms of the contract.

(2) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

CHAPTER 3 COMMERCIAL AGENCY

SECTION 1 GENERAL

IV. E. – 3:101: Scope

This Chapter applies to contracts under which one party, the commercial agent, agrees to act on a continuing basis as a self-employed intermediary to negotiate or to conclude contracts on behalf of another party, the principal, and the principal agrees to remunerate the agent for those activities.

SECTION 2 OBLIGATIONS OF THE COMMERCIAL AGENT

IV. E. – 3:201: Negotiate and conclude contracts

The commercial agent must make reasonable efforts to negotiate contracts on behalf of the principal and to conclude the contracts which the agent was instructed to conclude.

IV. E. – 3:202: Instructions

The commercial agent must follow the principal's reasonable instructions, provided they do not substantially affect the agent's independence.

IV. E. – 3:203: Information by agent during the performance

The obligation to inform requires the commercial agent in particular to provide the principal with information concerning:

- (a) contracts negotiated or concluded;
- (b) market conditions;
- (c) the solvency of and other characteristics relating to clients.

IV. E. – 3:204: Accounting

(1) The commercial agent must maintain proper accounts relating to the contracts negotiated or concluded on behalf of the principal.

(2) If the agent represents more than one principal, the agent must maintain independent accounts for each principal.

(3) If the principal has important reasons to doubt that the agent maintains proper accounts, the agent must allow an independent ac-

countant to have reasonable access to the agent's books upon the principal's request. The principal must pay for the services of the independent accountant.

SECTION 3 OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL

IV. E. – 3:301: Commission during the agency

(1) The commercial agent is entitled to commission on any contract concluded with a client during the period covered by the agency, if:

(a) the contract has been concluded

(i) as a result of the commercial agent's efforts;

(ii) with a third party whom the commercial agent has previously acquired as a client for contracts of the same kind; or

(iii) with a client belonging to a certain geographical area or group of clients with which the commercial agent was entrusted; and

(b) either

(i) the principal has or should have performed the principal's obligations under the contract; or

(ii) the client has performed the client's obligations under the contract or justifiably withholds performance.

(2) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of paragraph (1) (b) (ii) or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 3:302: Commission after the agency has ended

(1) The commercial agent is entitled to commission on any contract concluded with a client after the agency has ended, if: (a) either

(i) the contract with the client is mainly the result of the commercial agent's efforts during the period covered by the agency contract, and the contract with the client was concluded within a reasonable period after the agency ended; or

(ii) the requirements of paragraph (1) of IV. E. – 3:301 (Commission during the agency) would have been satisfied except that the contract with the client was not concluded during the period of the agency, and the client's offer reached the principal or the commercial agent before the agency ended; and (b) either

(i) the principal has or should have performed the principal's obligations under the contract; or

(ii) the client has performed the client's obligations under the contract or justifiably withholds the client's performance.

(2) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of paragraph (1) (b) (ii) or derogate from or vary its effects.

IV. E. - 3:303: Conflicting entitlements of successive agents

The commercial agent is not entitled to the commission referred to in IV. E. - 3:301 (Commission during the agency) if a previous commercial agent is entitled to that commission under IV.E - 3:302 (Commission after the agency has ended), unless it is reasonable that the commission is shared between the two commercial agents.

IV. E. - 3:304: When commission is to be paid

(1) The principal must pay the commercial agent's commission not later than the last day of the month following the quarter in which the agent became entitled to it.

(2) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. - 3:305: Entitlement to commission extinguished

(1) The commercial agent's entitlement to commission under IV. E. - 3:301 (Commission during the agency) and IV. E. - 3:302 (Commission after the agency has ended) can be extinguished only if and to the extent that it is established that the client's contractual obligations will not be performed for a reason for which the principal is not accountable.

(2) Upon the extinguishing of the commercial agent's entitlement to commission, the commercial agent must refund any commission already received.

(3) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of paragraph (1) or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 3:306: Remuneration

Any remuneration which wholly or partially depends upon the number or value of contracts is presumed to be commission within the meaning of this Chapter.

IV. E. – 3:307: Information by principal during the performance

The obligation to inform requires the principal in particular to provide the commercial agent with information concerning:

- (a) characteristics of the goods or services; and
- (b) prices and conditions of sale or purchase.

IV. E. – 3:308: Information on acceptance, rejection and non-performance

(1) The principal must inform the commercial agent, within a reasonable period, of:

- (a) the principal's acceptance or rejection of a contract which the commercial agent has negotiated on the principal's behalf; and
- (b) any non-performance of obligations under a contract which the commercial agent has negotiated or concluded on the principal's behalf.

(2) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 3:309: Warning of decreased volume of contracts

(1) The principal must warn the commercial agent within a reasonable time when the principal foresees that the volume of contracts that the principal will be able to conclude will be significantly lower than the commercial agent could reasonably have expected.

(2) For the purpose of paragraph (1) the principal is presumed to foresee what the principal could reasonably be expected to foresee.

(3) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 3:310: Information on commission

(1) The principal must supply the commercial agent in reasonable time with a statement of the commission to which the commercial

agent is entitled. This statement must set out how the amount of the commission has been calculated.

(2) For the purpose of calculating commission, the principal must provide the commercial agent upon request with an extract from the principal's books.

(3) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. - 3:311: Accounting

(1) The principal must maintain proper accounts relating to the contracts negotiated or concluded by the commercial agent.

(2) If the principal has more than one commercial agent, the principal must maintain independent accounts for each commercial agent.

(3) The principal must allow an independent accountant to have reasonable access to the principal's books upon the commercial agent's request, if:

(a) the principal does not comply with the principal's obligations under paragraphs (1) or (2) of IV. E. - 3:310 (Information on commission); or

(b) the commercial agent has important reasons to doubt that the principal maintains proper accounts.

IV. E. - 3:312: Amount of indemnity

(1) The commercial agent is entitled to an indemnity for goodwill on the basis of IV. E. - 2:305 (Indemnity for goodwill) amounting to:

(a) the average commission on contracts with new clients and on the increased volume of business with existing clients calculated for the last 12 months, multiplied by:

(b) the number of years the principal is likely to continue to derive benefits from these contracts in the future.

(2) The resulting indemnity must be amended to take account of:

(a) the probable attrition of clients, based on the average rate of migration in the commercial agent's territory; and

(b) the discount required for early payment, based on average interest rates.

(3) In any case, the indemnity must not exceed one year's remuneration, calculated from the commercial agent's average annual remuneration over the preceding five years or, if the contractual relationship has been in existence for less than five years, from the average during the period in question.

(4) The parties may not, to the detriment of the commercial agent, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 3:313: Del credere clause

(1) An agreement whereby the commercial agent guarantees that a client will pay the price of the products forming the subject-matter of the contract which the commercial agent has negotiated or concluded (del credere clause) is valid only if and to the extent that the agreement:

(a) is in textual form on a durable medium;

(b) covers particular contracts which were negotiated or concluded by the commercial agent or such contracts with particular clients who are specified in the agreement; and

(c) is reasonable with regard to the interests of the parties.

(2) The commercial agent is entitled to be paid a commission of a reasonable amount on contracts to which the del credere guarantee applies (del credere commission).

CHAPTER 4 FRANCHISE SECTION 1: GENERAL

IV. E. – 4:101: Scope

This Chapter applies to contracts under which one party, the franchisor, grants the other party, the franchisee, in exchange for remuneration, the right to conduct a business (franchise business) within the franchisor's network for the purposes of supplying certain products on the franchisee's behalf and in the franchisee's name, and under which the franchisee has the right and the obligation to use the franchisor's tradename or trade mark or other intellectual property rights, know-how and business method.

IV. E. – 4:102: Pre-contractual information

(1) The duty under IV. E. – 2:101 (Pre-contractual information duty) requires the franchisor in particular to provide the franchisee with adequate and timely information concerning:

- (a) the franchisor's company and experience;
- (b) the relevant intellectual property rights;
- (c) the characteristics of the relevant know-how;
- (d) the commercial sector and the market conditions;
- (e) the particular franchise method and its operation;
- (f) the structure and extent of the franchise network;
- (g) the fees, royalties or any other periodical payments; and
- (h) the terms of the contract.

(2) Even if the franchisor's non-compliance with paragraph (1) does not give rise to a mistake for which the contract could be avoided under II. - 7:201 (Mistake), the franchisee may recover damages in accordance with paragraphs (2) and (3) of II. - 7:214 (Damages for loss), unless the franchisor had reason to believe that the information was adequate or had been given in reasonable time.

(3) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. - 4:103: Co-operation

The parties to a contract within the scope of this Chapter may not exclude the application of IV. E. - 2:201 (Co-operation) or derogate from or vary its effects.

SECTION 2 OBLIGATIONS OF THE FRANCHISOR

IV. E. - 4:201: Intellectual property rights

(1) The franchisor must grant the franchisee a right to use the intellectual property rights to the extent necessary to operate the franchise business.

(2) The franchisor must make reasonable efforts to ensure the undisturbed and continuous use of the intellectual property rights.

(3) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. - 4:202: Know-how

(1) Throughout the duration of the contractual relationship the franchisor must provide the franchisee with the know-how which is necessary to operate the franchise business.

(2) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 4:203: Assistance

(1) The franchisor must provide the franchisee with assistance in the form of training courses, guidance and advice, in so far as necessary for the operation of the franchise business, without additional charge for the franchisee.

(2) The franchisor must provide further assistance, in so far as reasonably requested by the franchisee, at a reasonable cost.

IV. E. – 4:204: Supply

(1) When the franchisee is obliged to obtain the products from the franchisor, or from a supplier designated by the franchisor, the franchisor must ensure that the products ordered by the franchisee are supplied within a reasonable time, in so far as practicable and provided that the order is reasonable.

(2) Paragraph (1) also applies to cases where the franchisee, although not legally obliged to obtain the products from the franchisor or from a supplier designated by the franchisor, is in fact required to do so.

(3) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 4:205: Information by franchisor during the performance

The obligation to inform requires the franchisor in particular to provide the franchisee with information concerning:

- (a) market conditions;
- (b) commercial results of the franchise network;
- (c) characteristics of the products;
- (d) prices and terms for the supply of products;
- (e) any recommended prices and terms for the re-supply of products to customers;
- (f) relevant communication between the franchisor and customers in the territory; and
- (g) advertising campaigns.

IV. E. – 4:206: Warning of decreased supply capacity

(1) When the franchisee is obliged to obtain the products from the franchisor, or from a supplier designated by the franchisor, the franchisor must warn the franchisee within a reasonable time when the franchisor foresees that the franchisor's supply capacity or the supply capacity of the designated suppliers will be significantly less than the franchisee had reason to expect.

(2) For the purpose of paragraph (1) the franchisor is presumed to foresee what the franchisor could reasonably be expected to foresee.

(3) Paragraph (1) also applies to cases where the franchisee, although not legally obliged to obtain the products from the franchisor or from a supplier designated by the franchisor, is in fact required to do so.

(4) The parties may not, to the detriment of the franchisee, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 4:207: Reputation of network and advertising

(1) The franchisor must make reasonable efforts to promote and maintain the reputation of the franchise network.

(2) In particular, the franchisor must design and co-ordinate the appropriate advertising campaigns aiming at the promotion of the franchise network.

(3) The activities of promotion and maintenance of the reputation of the franchise network are to be carried out without additional charge to the franchisee.

**SECTION 3
OBLIGATIONS OF THE FRANCHISEE****IV. E. – 4:301: Fees, royalties and other periodical payments**

(1) The franchisee must pay to the franchisor fees, royalties or other periodical payments agreed upon in the contract.

(2) If fees, royalties or any other periodical payments are to be determined unilaterally by the franchisor, II. – 9:105 (Unilateral determination by a party) applies.

IV. E. – 4:302: Information by franchisee during the performance

The obligation under IV. E. – 2:202 (Information during the performance) requires the franchisee in particular to provide the franchisor with information concerning:

(a) claims brought or threatened by third parties in relation to the franchisor's intellectual property rights; and

(b) infringements by third parties of the franchisor's intellectual property rights.

IV. E. - 4:303: Business method and instructions

(1) The franchisee must make reasonable efforts to operate the franchise business according to the business method of the franchisor.

(2) The franchisee must follow the franchisor's reasonable instructions in relation to the business method and the maintenance of the reputation of the network.

(3) The franchisee must take reasonable care not to harm the franchise network.

(4) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. - 4:304: Inspection

(1) The franchisee must grant the franchisor reasonable access to the franchisee's premises to enable the franchisor to check that the franchisee is complying with the franchisor's business method and instructions.

(2) The franchisee must grant the franchisor reasonable access to the accounting books of the franchisee.

CHAPTER 5 DISTRIBUTORSHIP

SECTION 1 GENERAL

IV. E. - 5:101: Scope and definitions

(1) This Chapter applies to contracts (distribution contracts) under which one party, the supplier, agrees to supply the other party, the distributor, with products on a continuing basis and the distributor agrees to purchase them, or to take and pay for them, and to supply them to others in the distributor's name and on the distributor's behalf.

(2) An exclusive distribution contract is a distribution contract under which the supplier agrees to supply products to only one distributor within a certain territory or to a certain group of customers.

(3) A selective distribution contract is a distribution contract under which the supplier agrees to supply products, either directly or indirectly, only to distributors selected on the basis of specified criteria.

(4) An exclusive purchasing contract is a distribution contract under which the distributor agrees to purchase, or to take and pay for, products only from the supplier or from a party designated by the supplier.

SECTION 2 OBLIGATIONS OF THE SUPPLIER

IV. E. - 5:201: Obligation to supply

The supplier must supply the products ordered by the distributor in so far as it is practicable and provided that the order is reasonable.

IV. E. - 5:202: Information by supplier during the performance

The obligation under IV. E. - 2:202 (Information during the performance) requires the supplier to provide the distributor with information concerning:

- (a) the characteristics of the products;
- (b) the prices and terms for the supply of the products;
- (c) any recommended prices and terms for the re-supply of the products to customers;
- (d) any relevant communication between the supplier and customers; and
- (e) any advertising campaigns relevant to the operation of the business.

IV. E. - 5:203: Warning by supplier of decreased supply capacity

(1) The supplier must warn the distributor within a reasonable time when the supplier foresees that the supplier's supply capacity will be significantly less than the distributor had reason to expect.

(2) For the purpose of paragraph (1) the supplier is presumed to foresee what the supplier could reasonably be expected to foresee.

(3) In exclusive purchasing contracts, the parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. E. – 5:204: Advertising materials

The supplier must provide the distributor at a reasonable price with all the advertising materials the supplier has which are needed for the proper distribution and promotion of the products.

IV. E. – 5:205: The reputation of the products

The supplier must make reasonable efforts not to damage the reputation of the products.

**SECTION 3
OBLIGATIONS OF THE DISTRIBUTOR****IV. E. – 5:301: Obligation to distribute**

In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts the distributor must, so far as practicable, make reasonable efforts to promote the products.

IV. E. – 5:302: Information by distributor during the performance

In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the obligation under IV. E. – 2:202 (Information during the performance) requires the distributor to provide the supplier with information concerning:

- (a) claims brought or threatened by third parties in relation to the supplier's intellectual property rights; and
- (b) infringements by third parties of the supplier's intellectual property rights.

IV. E. – 5:303: Warning by distributor of decreased requirements

(1) In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must warn the supplier within a reasonable time when the distributor foresees that the distributor's requirements will be significantly less than the supplier had reason to expect.

(2) For the purpose of paragraph (1) the distributor is presumed to foresee what the distributor could reasonably be expected to foresee.

IV. E. – 5:304: Instructions

In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must follow reasonable instructions from the

supplier which are designed to secure the proper distribution of the products or to maintain the reputation or the distinctiveness of the products.

IV. E. – 5:305: Inspection

In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must provide the supplier with reasonable access to the distributor's premises to enable the supplier to check that the distributor is complying with the standards agreed upon in the contract and with reasonable instructions given.

IV. E. – 5:306: The reputation of the products

In exclusive distribution contracts and selective distribution contracts, the distributor must make reasonable efforts not to damage the reputation of the products.

PART F LOANS

[In preparation]

PART G PERSONAL SECURITY

CHAPTER 1 COMMON RULES

IV. G. – 1:101: Definitions

For the purposes of this Part:

(a) a “dependent personal security” is an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor in order to secure a present or future obligation of the debtor owed to the creditor and performance of which is due only if, and to the extent that, performance of the latter obligation is due;

(b) an “independent personal security” is an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person's obligation owed to the creditor;

(c) the “security provider” is the person who assumes the obligations towards the creditor for the purposes of security;

(d) the “debtor” is the person who owes the secured obligation, if any, to the creditor, and, in provisions relating to purported obligations, includes an apparent debtor;

(e) a “co-debtorship for security purposes” is an obligation owed by two or more debtors in which one of the debtors, the security provider, assumes the obligation primarily for purposes of security towards the creditor;

(f) a “global security” is a dependent personal security which is assumed in order to secure all the debtor’s obligations towards the creditor or the debit balance of a current account or a security of a similar extent; and

(g) “proprietary security” covers security rights in all kinds of property, whether movable or immovable, tangible or intangible.

IV. G. – 1:102: Scope

(1) This Part applies to any type of voluntarily assumed personal security and, in particular, to:

(a) dependent personal securities, including those assumed by binding comfort letters;

(b) independent personal securities, including those assumed by stand-by letters of credit; and

(c) co-debtorship for security purposes.

(2) This Part does not apply to insurance contracts. In the case of a guarantee insurance, this Part applies only if and in so far as the insurer has issued a document containing a personal security in favour of the creditor.

(3) This Part does not affect the rules on the aval and the security endorsement of negotiable instruments, but does apply to security for obligations resulting from such an aval or security endorsement.

IV. G. – 1:103: Freedom of contract

The parties may exclude the application of any of the rules in this Part or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided in Chapter 4 of this Part.

IV. G. – 1:104: Creditor’s acceptance

(1) If the parties intend to create the security by contract, the creditor is regarded as accepting an offer of security as soon as the offer reaches the creditor, unless the offer requires express acceptance, or

the creditor without undue delay rejects it or reserves time for consideration.

(2) A personal security can also be assumed by a unilateral promise or undertaking intended to be legally binding without acceptance. The rules of this Part apply with any appropriate adaptations.

IV. G. – 1:105: Interpretation

Where there is doubt about the meaning of a term regulating a security, and this term is supplied by a security provider acting for remuneration, an interpretation of the term against the security provider is to be preferred.

IV. G. – 1:106: Co-debtorship for security purposes

A co-debtorship for security purposes is subject to the rules of Chapters 1 and 4 and, subsidiarily, to the rules in Book III, Chapter 4, Section 1 (Plurality of debtors).

IV. G. – 1:107: Several security providers: solidary liability towards creditor

(1) To the extent that several providers of personal security have secured the same obligation or the same part of an obligation or have assumed their undertakings for the same security purpose, each security provider assumes within the limits of that security provider's undertaking to the creditor solidary liability together with the other security providers. This rule also applies if these security providers in assuming their securities have acted independently.

(2) Paragraph (1) applies with appropriate adaptations if proprietary security has been provided by the debtor or a third person in addition to the personal security.

IV. G. – 1:108: Several security providers: internal recourse

(1) In the cases covered by the preceding Article recourse between several providers of personal security or between providers of personal security and of proprietary security is governed by III. – 4:107 (Recourse between solidary debtors), subject to the following paragraphs.

(2) Subject to paragraph (8), the proportionate share of each security provider for the purposes of that Article is determined according to the rules in paragraphs (3) to (7).

(3) Unless the security providers have otherwise agreed, as between themselves each security provider is liable in the same proportion that the maximum risk assumed by that security provider bore to

the total of the maximum risks assumed by all the security providers. The relevant time is that of the creation of the last security.

(4) For personal security, the maximum risk is determined by the agreed maximum amount of the security. In the absence of an agreed maximum amount, the amount of the secured obligation or, if a current account has been secured, the credit limit is decisive. If the secured obligation is not limited, its final balance is decisive.

(5) For proprietary security, the maximum risk is determined by the agreed maximum amount of the security. In the absence of an agreed maximum amount, the value of the assets serving as security is decisive.

(6) If the maximum amount in the case of paragraph (4) first sentence or the maximum amount or the value, respectively, in the case of paragraph (5) is higher than the amount of the secured obligation at the time of creation of the last security, the latter determines the maximum risk.

(7) In the case of an unlimited personal security securing an unlimited credit the maximum risk of other limited personal or proprietary security rights which exceed the final balance of the secured credit is limited to the latter.

(8) The rules in paragraphs (3) to (7) do not apply to proprietary security provided by the debtor and to security providers who, at the time when the creditor was satisfied, were not liable towards the latter.

IV. G. - 1:109: Several security providers: recourse against debtor

(1) Any security provider who has satisfied a claim for recourse of another security provider is subrogated to this extent to the other security provider's rights against the debtor as acquired under IV. G. - 2:113 (Security provider's rights after performance) paragraphs (1) and (3), including proprietary security rights granted by the debtor. IV. G. - 2:110 (Reduction of creditor's rights) applies with appropriate adaptations.

(2) Where a security provider has recourse against the debtor by virtue of the rights acquired under IV. G. - 2:113 (Security provider's rights after performance) paragraphs (1) and (3) or under the preceding paragraph, including proprietary security rights granted by the debtor, every security provider is entitled to a proportionate share, as defined in IV. G. - 1:108 (Several security providers: internal recourse) paragraph (2) and III. - 4:107 (Recourse between solidary debtors), of the benefits recovered from the debtor. IV. G. - 2:110 (Reduction of

creditor's rights) applies with appropriate adaptations. (3) Unless expressly stated to the contrary, the preceding rules do not apply to proprietary security provided by the debtor.

IV. G. - 1:110: Subsidiary application of rules on solidary debtors

If and in so far as the provisions of this Part do not apply, the rules on plurality of debtors in III. - 4:107 (Recourse between solidary debtors) to

III. - 4:112 (Opposability of other defences in solidary obligations) are subsidiarily applicable.

CHAPTER 2 DEPENDENT PERSONAL SECURITY

IV.G. - 2:101: Presumption for dependent personal security

(1) Any undertaking to pay, to render any other performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent personal security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise.

(2) A binding comfort letter is presumed to give rise to a dependent personal security.

IV. G. - 2:102: Dependence of security provider's obligation

(1) Whether and to what extent performance of the obligation of the provider of a dependent personal security is due, depends upon whether and to what extent performance of the debtor's obligation to the creditor is due.

(2) The security provider's obligation does not exceed the secured obligation. This rule does not apply if the debtor's obligations are reduced or discharged:

(a) in an insolvency proceeding;

(b) in any other way caused by the debtor's inability to perform because of insolvency; or

(c) by virtue of law due to events affecting the person of the debtor.

(3) Except in the case of a global security, if an amount has not been fixed for the security and cannot be determined from the agreement of the parties, the security provider's obligation is limited to the

amount of the secured obligations at the time the security became effective.

(4) Except in the case of a global security, any agreement between the creditor and the debtor to make performance of the secured obligation due earlier, or to make the obligation more onerous by changing the conditions on which performance is due, or to increase its amount, does not affect the security provider's obligation if the agreement was concluded after the security provider's obligation became effective.

IV. G. – 2:103: Debtor's defences available to the security provider

(1) As against the creditor, the security provider may invoke any defence of the debtor with respect to the secured obligation, even if the defence is no longer available to the debtor due to acts or omissions of the debtor occurring after the security became effective.

(2) The security provider is entitled to refuse to perform the security obligation if:

(a) the debtor is entitled to withdraw from the contract with the creditor under Book II, Chapter 5 (Right of Withdrawal).

(b) the debtor has a right to withhold performance under II. – 3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation); or

(c) the debtor is entitled to terminate the debtor's contractual relationship with the creditor under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination).

(3) The security provider may not invoke the lack of capacity of the debtor, whether a natural person or a legal entity, or the non-existence of the debtor, if a legal entity, if the relevant facts were known to the security provider at the time when the security became effective.

(4) As long as the debtor is entitled to avoid the contract from which the secured obligation arises on a ground other than those mentioned in the preceding paragraph and has not exercised that right, the security provider is entitled to refuse performance.

(5) The preceding paragraph applies with appropriate adaptations if the secured obligation is subject to set-off.

IV. G. – 2:104: Coverage of security

(1) The security covers, within its maximum amount, if any, not only the principal obligation secured, but also the debtor's ancillary obligations towards the creditor, especially:

- (a) contractual and default interest;
- (b) damages, a penalty or an agreed payment for non-performance by the debtor; and
- (c) the reasonable costs of extra-judicial recovery of those items.

(2) The costs of legal proceedings and enforcement proceedings against the debtor are covered, provided the security provider had been informed about the creditor's intention to undertake such proceedings in sufficient time to enable the security provider to avert those costs.

(3) A global security covers only obligations which originated in contracts between the debtor and the creditor.

IV. G. - 2:105: Solidary liability of security provider

Unless otherwise agreed, the liability of the debtor and the security provider is solidary and, accordingly, the creditor has the choice of claiming solidary performance from the debtor or, within the limits of the security, from the security provider.

IV. G. - 2:106: Subsidiary liability of security provider

(1) If so agreed, the security provider may invoke as against the creditor the subsidiary character of the security provider's liability. A binding comfort letter is presumed to establish only subsidiary liability.

(2) Subject to paragraph (3), before demanding performance from the security provider, the creditor must have undertaken appropriate attempts to obtain satisfaction from the debtor and other security providers, if any, securing the same obligation under a personal or proprietary security establishing solidary liability.

(3) The creditor is not required to attempt to obtain satisfaction from the debtor and any other security provider according to the preceding paragraph if and in so far as it is obviously impossible or exceedingly difficult to obtain satisfaction from the person concerned. This exception applies, in particular, if and in so far as an insolvency or equivalent proceeding has been opened against the person concerned or opening of such a proceeding has failed due to insufficient assets, unless a proprietary security provided by that person and for the same obligation is available.

IV. G. - 2:107: Requirement of notification by creditor

(1) The creditor is required to notify the security provider without undue delay in case of a non-performance by, or inability to pay of,

the debtor as well as of an extension of maturity; this notification must include information about the secured amounts of the principal obligation, interest and other ancillary obligations owed by the debtor on the date of the notification. An additional notification of a new event of non-performance need not be given before three months have expired since the previous notification. No notification is required if an event of nonperformance merely relates to ancillary obligations of the debtor, unless the total amount of all non-performed secured obligations has reached five percent of the outstanding amount of the secured obligation.

(2) In addition, in the case of a global security, the creditor is required to notify the security provider of any agreed increase:

(a) whenever such increase, starting from the creation of the security, reaches 20 percent of the amount that was so secured at that time; and

(b) whenever the secured amount is further increased by 20 percent compared with the secured amount at the date when the last information according to this paragraph was or should have been given.

(3) Paragraphs (1) and (2) do not apply, if and in so far as the security provider knows or could reasonably be expected to know the required information.

(4) If the creditor omits or delays any notification required by this Article the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the omission or delay.

IV. G. - 2:108: Time limit for resort to security

(1) If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for resort to a security establishing solidary liability for the security provider, the latter is no longer liable after expiration of the agreed time limit. However, the security provider remains liable if the creditor had requested performance from the security provider after maturity of the secured obligation but before expiration of the time limit for the security.

(2) If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for resort to a security establishing subsidiary liability for the security provider, the latter is no longer liable after the expiration of the agreed time limit. However, the security provider remains liable if the creditor:

(a) after maturity of the secured obligation, but before expiration of the time limit, has informed the security provider of an intention

to demand performance of the security and of the commencement of appropriate attempts to obtain satisfaction as required according to IV. G. - 2:106 (Subsidiary liability of security provider) paragraphs

(2) and (3); and

(b) informs the security provider every six months about the status of these attempts, if so demanded by the security provider.

(3) If performance of the secured obligations falls due upon, or within 14 days before, expiration of the time limit of the security, the request for performance or the information according to paragraphs (1) and (2) may be given earlier than provided for in paragraphs (1) and (2), but no more than 14 days before expiration of the time limit of the security.

(4) If the creditor has taken due measures according to the preceding paragraphs, the security provider's maximum liability is restricted to the amount of the secured obligations as defined in IV. G. - 2:104 (Coverage of security) paragraphs (1) and (2). The relevant time is that at which the agreed time limit expires.

IV. G. - 2:109: Limiting security without time limit

(1) Where the scope of a security is not limited to obligations arising, or obligations performance of which falls due, within an agreed time limit, the scope of the security may be limited by any party giving notice of at least three months to the other party. The preceding sentence does not apply if the security is restricted to cover specific obligations or obligations arising from specific contracts.

(2) By virtue of the notice, the scope of the security is limited to the secured principal obligations performance of which is due at the date at which the limitation becomes effective and any secured ancillary obligations as defined in IV. G. - 2:104 (Coverage of security) paragraphs

(1) and (2).

IV. G. - 2:110: Reduction of creditor's rights

(1) If and in so far as due to the creditor's conduct the security provider cannot be subrogated to the creditor's rights against the debtor and to the creditor's personal and proprietary security rights granted by third persons, or cannot be fully reimbursed from the debtor or from third party security providers, if any, the creditor's rights against the security provider are reduced by the extent necessary to prevent the latter from suffering any loss as a result of the creditor's conduct.

The security provider has a corresponding right to recover from the creditor if the security provider has already performed. (2) Paragraph (1) applies only if the creditor's conduct falls short of the standard of care which could be expected of persons managing their affairs with reasonable prudence.

IV. G. - 2:111: Debtor's relief for the security provider

(1) A security provider who has provided a security at the debtor's request or with the debtor's express or presumed consent may request relief by the debtor:

(a) if the debtor has not performed the secured obligation when performance became due;

(b) if the debtor is unable to pay or has suffered a substantial diminution of assets; or

(c) if the creditor has brought an action on the security against the security provider.

(2) Relief may be granted by furnishing adequate security.

IV. G. - 2:112: Notification and request by security provider before performance

(1) Before performance to the creditor, the security provider is required to notify the debtor and request information about the outstanding amount of the secured obligation and any defences or counterclaims against it.

(2) If the security provider fails to comply with the requirements in paragraph (1) or neglects to raise defences communicated by the debtor or known to the security provider from other sources, the security provider's rights to recover from the debtor under IV. G. - 2:113 (Security provider's rights after performance) are reduced by the extent necessary to prevent loss to the debtor as a result of such failure or neglect.

(3) The security provider's rights against the creditor remain unaffected.

IV. G. - 2:113: Security provider's rights after performance

(1) The security provider has a right to reimbursement from the debtor if and in so far as the security provider has performed the security obligation. In addition the security provider is subrogated to the extent indicated in the preceding sentence to the creditor's rights

against the debtor. The right to reimbursement and rights acquired by subrogation are concurrent.

(2) In case of part performance, the creditor's remaining partial rights against the debtor have priority over the rights to which the security provider has been subrogated.

(3) By virtue of the subrogation under paragraph (1), dependent and independent personal and proprietary security rights are transferred by operation of law to the security provider notwithstanding any contractual restriction or exclusion of transferability agreed by the debtor. Rights against other security providers can be exercised only within the limits of IV. G. - 1:108 (Several security providers: internal recourse).

(4) Where the debtor due to incapacity is not liable to the creditor but the security provider is nonetheless bound by, and performs, the security obligation, the security provider's right to reimbursement from the debtor is limited to the extent of the debtor's enrichment by the transaction with the creditor. This rule applies also if a debtor legal entity has not come into existence.

CHAPTER 3 INDEPENDENT PERSONAL SECURITY

IV. G. - 3:101: Scope

(1) The independence of a security is not prejudiced by a mere general reference to an underlying obligation (including a personal security).

(2) The provisions of this Chapter also apply to standby letters of credit.

IV. G. - 3:102: Notification to debtor by security provider

(1) The security provider is required:

(a) to notify the debtor immediately if a demand for performance is received and to state whether or not, in the view of the security provider, performance falls to be made;

(b) to notify the debtor immediately if performance has been made in accordance with a demand; and

(c) to notify the debtor immediately if performance has been refused notwithstanding a demand and to state the reasons for the refusal.

(2) If the security provider fails to comply with the requirements in paragraph (1) the security provider's rights against the debtor under IV. G. - 3:109 (Security provider's rights after performance) are reduced by the extent necessary to prevent loss to the debtor as a result of such failure.

IV. G. - 3:103: Performance by security provider

(1) The security provider is obliged to perform only if there is, in textual form, a demand for performance which complies exactly with the terms set out in the contract or other juridical act creating the security.

(2) Unless otherwise agreed, the security provider may invoke defences which the security provider has against the creditor.

(3) The security provider must without undue delay and at the latest within seven days of receipt, in textual form, of a demand for performance:

(a) perform in accordance with the demand; or

(b) inform the creditor of a refusal to perform, stating the reasons for the refusal.

IV. G. - 3:104: Independent personal security on first demand

(1) An independent personal security which is expressed as being due upon first demand or which is in such terms that this can unequivocally be inferred, is governed by the rules in the preceding Article, except as provided in the two following paragraphs.

(2) The security provider is obliged to perform only if the creditor's demand is supported by a declaration in textual form by the creditor which expressly confirms that any condition upon which performance of the security becomes due is fulfilled.

(3) Paragraph (2) of the preceding Article does not apply.

IV. G. - 3:105: Manifestly abusive or fraudulent demand

(1) A security provider is not obliged to comply with a demand for performance if it is proved by present evidence that the demand is manifestly abusive or fraudulent.

(2) If the requirements of the preceding paragraph are fulfilled, the debtor may prohibit:

(a) performance by the security provider; and

(b) issuance or utilisation of a demand for performance by the creditor.

IV. G. – 3:106: Security provider’s right to reclaim

(1) The security provider has the right to reclaim the benefits received by the creditor if:

(a) the conditions for the creditor’s demand were not or subsequently ceased to be fulfilled; or

(b) the creditor’s demand was manifestly abusive or fraudulent.

(2) The security provider’s right to reclaim benefits is subject to the rules in Book VII (Unjustified Enrichment).

IV. G. – 3:107: Security with or without time limits

(1) If a time limit has been agreed, directly or indirectly, for the resort to a security, the security provider exceptionally remains liable even after expiration of the time limit, provided the creditor had demanded performance according to IV. G. – 3:103 (Performance by security provider) paragraph (1) or IV. G. – 3:104 (Independent personal security on first demand) at a time when the creditor was entitled to do so and before expiration of the time limit for the security. IV. G. – 2:108 (Time limit for resort to security) paragraph (3) applies with appropriate adaptations. The security provider’s maximum liability is restricted to the amount which the creditor could have demanded as of the date when the time limit expired.

(2) Where a security does not have an agreed time limit, the security provider may set such a time limit by giving notice of at least three months to the other party. The security provider’s liability is restricted to the amount which the creditor could have demanded as of the date set by the security provider. The preceding sentences do not apply if the security is given for specific purposes.

IV. G. – 3:108: Transfer of security right

(1) The creditor’s right to performance by the security provider can be assigned or otherwise transferred.

(2) However, in the case of an independent personal security on first demand, the right to performance cannot be assigned or otherwise transferred and the demand for performance can be made only by the original creditor, unless the security provides otherwise. This does not prevent transfer of the proceeds of the security.

IV. G. - 3:109: Security provider's rights after performance

IV.G. - 2:113 (Security provider's rights after performance) applies with appropriate adaptations to the rights which the security provider may exercise after performance.

**CHAPTER 4
SPECIAL RULES FOR PERSONAL SECURITY OF CONSUMERS****IV. G. - 4:101: Scope of application**

(1) Subject to paragraph (2), this Chapter applies when a security is provided by a consumer.

(2) This Chapter is not applicable if:

(a) the creditor is also a consumer; or

(b) the consumer security provider is able to exercise substantial influence upon the debtor where the debtor is not a natural person.

IV. G. - 4:102: Applicable rules

(1) A personal security subject to this Chapter is governed by the rules of Chapters 1 and 2, except as otherwise provided in this Chapter.

(2) The parties may not, to the detriment of a security provider, exclude the application of the rules of this Chapter or derogate from or vary their effects.

IV. G. - 4:103: Creditor's pre-contractual duties

(1) Before a security is granted, the creditor has a duty to explain to the intending security provider:

(a) the general effect of the intended security; and

(b) the special risks to which the security provider may according to the information accessible to the creditor be exposed in view of the financial situation of the debtor.

(2) If the creditor knows or has reason to know that due to a relationship of trust and confidence between the debtor and the security provider there is a significant risk that the security provider is not acting freely or with adequate information, the creditor has a duty to ascertain that the security provider has received independent advice.

(3) If the information or independent advice required by the preceding paragraphs is not given at least five days before the security provider signs the offer of security or the contract creating the security, the offer can be revoked or the contract avoided by the security pro-

vider within a reasonable time after receipt of the information or the independent advice. For this purpose five days is regarded as a reasonable time unless the circumstances suggest otherwise.

(4) If contrary to paragraph (1) or (2) no information or independent advice is given, the offer can be revoked or the contract avoided by the security provider at any time.

(5) If the security provider revokes the offer or avoids the contract according to the preceding paragraphs, the return of benefits received by the parties is governed by Book VII (Unjustified Enrichment).

IV. G. – 4:104: Form

The contract of security must be in textual form on a durable medium and must be signed by the security provider. A contract of security which does not comply with the requirements of the preceding sentence is void.

IV. G. – 4:105: Nature of security provider’s liability

Where this Chapter applies:

(a) an agreement purporting to create a security without a maximum amount, whether a global security or not, is considered as creating a dependent security with a fixed amount to be determined according to IV. G. – 2:102 (Dependence of security provider’s obligation) paragraph

(3);

(b) the liability of a provider of dependent security is subsidiary within the meaning of IV. G. – 2:106 (Subsidiary liability of security provider), unless expressly agreed otherwise; and

(c) in an agreement purporting to create an independent security, the declaration that it does not depend upon another person’s obligation owed to the creditor is disregarded, and accordingly a dependent security is considered as having been created, provided the other requirements of such a security are met.

IV. G. – 4:106: Creditor’s obligations of annual information

(1) Subject to the debtor’s consent, the creditor has to inform the security provider annually about the secured amounts of the principal obligation, interest and other ancillary obligations owed by the debtor on the date of the information. The debtor’s consent, once given, is irrevocable.

(2) IV. G. – 2:107 (Requirement of notification by creditor) paragraphs (3) and (4) apply with appropriate adaptations.

IV. G. - 4:107: Limiting security with time limit

(1) A security provider who has provided a security whose scope is limited to obligations arising, or obligations performance of which falls due, within an agreed time limit may three years after the security became effective limit its effects by giving notice of at least three months to the creditor. The preceding sentence does not apply if the security is restricted to cover specific obligations or obligations arising from specific contracts. The creditor has to inform the debtor immediately on receipt of a notice of limitation of the security by the security provider.

(2) By virtue of the notice, the scope of the security is limited according to IV. G. - 2:109 (Limiting security without time limit) paragraph (2).

BOOK V**BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER'S AFFAIRS****CHAPTER 1****SCOPE OF APPLICATION****V. - 1:101: Intervention to benefit another**

(1) This Book applies where a person, the intervener, acts with the predominant intention of benefiting another, the principal, and:

(a) the intervener has a reasonable ground for acting; or

(b) the principal approves the act without such undue delay as would adversely affect the intervener.

(2) The intervener does not have a reasonable ground for acting if the intervener:

(a) has a reasonable opportunity to discover the principal's wishes but does not do so; or

(b) knows or can reasonably be expected to know that the intervention is against the principal's wishes.

V. - 1:102: Intervention to perform another's duty

Where an intervener acts to perform another person's duty, the performance of which is due and urgently required as a matter of overriding public interest, and the intervener acts with the predominant intention of benefiting the recipient of the performance, the person whose duty the intervener acts to perform is a principal to whom this Book applies.

V. - 1:103: Exclusions

This Book does not apply where the intervener:

(a) is authorised to act under a contractual or other obligation to the principal;

(b) is authorised, other than under this Book, to act independently of the principal's consent or

(c) is under an obligation to a third party to act.

CHAPTER 2 DUTIES OF INTERVENER

V. – 2:101: Duties during intervention

(1) During the intervention, the intervener must:

(a) act with reasonable care;

(b) except in relation to a principal within V. – 1:102 (Intervention to perform another's duty), act in a manner which the intervener knows or can reasonably be expected to assume accords with the principal's wishes; and

(c) so far as possible and reasonable, inform the principal about the intervention and seek the principal's consent to further acts.

(2) The intervention may not be discontinued without good reason.

V. – 2:102: Reparation for damage caused by breach of duty

(1) The intervener is liable to make reparation to the principal for damage caused by breach of a duty set out in this Chapter if the damage resulted from a risk which the intervener created, increased or intentionally perpetuated.

(2) The intervener's liability is reduced or excluded in so far as this is fair and reasonable, having regard to, among other things, the intervener's reasons for acting.

(3) An intervener who at the time of intervening lacks full legal capacity is liable to make reparation only in so far as that intervener is also liable to make reparation under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another).

V. – 2:103: Obligations after intervention

(1) After intervening the intervener must without undue delay report and account to the principal and hand over anything obtained as a result of the intervention.

(2) If at the time of intervening the intervener lacks full legal capacity, the obligation to hand over is subject to the defence which would be available under VII. – 6:101 (Disenrichment).

(3) The remedies for non-performance in Book III, Chapter 3 apply but with the modification that any liability to pay damages or interest is subject to the qualifications in paragraphs (2) and (3) of the preceding Article.

CHAPTER 3 RIGHTS AND AUTHORITY OF INTERVENER

V. – 3:101: Right to indemnification or reimbursement

The intervener has a right against the principal for indemnification or, as the case may be, reimbursement in respect of an obligation or expenditure (whether of money or other assets) in so far as reasonably incurred for the purposes of the intervention.

V. – 3:102: Right to remuneration

(1) The intervener has a right to remuneration in so far as the intervention is reasonable and undertaken in the course of the intervener's profession or trade.

(2) The remuneration due is the amount, so far as reasonable, which is ordinarily paid at the time and place of intervention in order to obtain a performance of the kind undertaken. If there is no such amount a reasonable remuneration is due.

V. – 3:103: Right to reparation

An intervener who acts to protect the principal, or the principal's property or interests, against danger has a right against the principal for reparation for loss caused as a result of personal injury or property damage suffered in acting, if:

(a) the intervention created or significantly increased the risk of such injury or damage; and

(b) that risk, so far as foreseeable, was in reasonable proportion to the risk to the principal.

V. – 3:104: Reduction or exclusion of intervener's rights

(1) The intervener's rights are reduced or excluded in so far as the intervener at the time of acting did not want to demand indemnification, reimbursement, remuneration or reparation, as the case may be.

(2) These rights are also reduced or excluded in so far as this is fair and reasonable, having regard among other things to whether the inter-ven-er acted to protect the principal in a situation of joint danger, whether the liability of the principal would be excessive and whether the inter-ven-er could reasonably be expected to obtain appropriate red-ress from another.

V. – 3:105: Obligation of third person to indemnify or reimburse the principal

If the intervener acts to protect the principal from damage, a per-son who would be accountable under Book VI for the causation of such damage to the principal is obliged to indemnify or, as the case may be, reimburse the principal's liability to the intervener.

V. – 3:106: Authority of intervener to act as representative of the principal

(1) The intervener may conclude legal transactions or perform other juridical acts as a representative of the principal in so far as this may reasonably be expected to benefit the principal.

(2) However, a unilateral juridical act by the intervener as a repre-sentative of the principal has no effect if the person to whom it is ad-dressed rejects the act without undue delay.

**BOOK VI
NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING OUT OF DAMAGE
CAUSED TO ANOTHER**

**CHAPTER 1
FUNDAMENTAL PROVISIONS**

VI. – 1:101: Basic rule

(1) A person who suffers legally relevant damage has a right to rep-eration from a person who caused the damage intentionally or negli-gently or is otherwise accountable for the causation of the damage.

(2) Where a person has not caused legally relevant damage inten-tionally or negligently that person is accountable for the causation of legally relevant damage only if Chapter 3 (Accountability) so provides.

VI. – 1:102: Prevention

Where legally relevant damage is impending, this Book confers on a person who would suffer the damage a right to prevent it. This right

is against a person who would be accountable for the causation of the damage if it occurred.

VI. – 1:103: Scope of application

The provisions of VI. – 1:101 (Basic rule) and VI. – 1:102 (Prevention):

(a) apply only in accordance with the following provisions of this Book;

(b) apply to both legal and natural persons, unless otherwise stated;

(c) do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules; and

(d) do not affect remedies available on other legal grounds.

CHAPTER 2 LEGALLY RELEVANT DAMAGE

SECTION 1 GENERAL

VI. – 2:101: Meaning of legally relevant damage

(1) Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if:

(a) one of the following rules of this Chapter so provides;

(b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or

(c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection.

(2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under VI. – 1:101 (Basic rule) or VI. – 1:102 (Prevention).

(3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy.

(4) In this Book:

(a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property;

(b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life.

SECTION 2

PARTICULAR INSTANCES OF LEGALLY RELEVANT DAMAGE

VI. – 2:201: Personal injury and consequential loss

(1) Loss caused to a natural person as a result of injury to his or her body or health and the injury as such are legally relevant damage.

(2) In this Book:

(a) such loss includes the costs of health care including expenses reasonably incurred for the care of the injured person by those close to him or her; and

(b) personal injury includes injury to mental health only if it amounts to a medical condition.

VI. – 2:202: Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death

(1) Non-economic loss caused to a natural person as a result of another's personal injury or death is legally relevant damage if at the time of injury that person is in a particularly close personal relationship to the injured person.

(2) Where a person has been fatally injured:

(a) legally relevant damage caused to the deceased on account of the injury to the time of death becomes legally relevant damage to the deceased's successors;

(b) reasonable funeral expenses are legally relevant damage to the person incurring them; and

(c) loss of maintenance is legally relevant damage to a natural person whom the deceased maintained or, had death not occurred, would have maintained under statutory provisions or to whom the deceased provided care and financial support.

VI. – 2:203: Infringement of dignity, liberty and privacy

(1) Loss caused to a natural person as a result of infringement of his or her right to respect for his or her dignity, such as the rights to liberty and privacy, and the injury as such are legally relevant damage.

(2) Loss caused to a person as a result of injury to that person's reputation and the injury as such are also legally relevant damage if national law so provides.

VI. - 2:204: Loss upon communication of incorrect information about another

Loss caused to a person as a result of the communication of information about that person which the person communicating the information knows or could reasonably be expected to know is incorrect is legally relevant damage.

VI. - 2:205: Loss upon breach of confidence

Loss caused to a person as a result of the communication of information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the person communicating the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the person suffering the loss is legally relevant damage.

VI. - 2:206: Loss upon infringement of property or lawful possession

(1) Loss caused to a person as a result of an infringement of that person's property right or lawful possession of a movable or immovable thing is legally relevant damage.

(2) In this Article:

(a) loss includes being deprived of the use of property;

(b) infringement of a property right includes destruction of or physical damage to the subject-matter of the right (property damage), disposition of the right, interference with its use and other disturbance of the exercise of the right.

VI. - 2:207: Loss upon reliance on incorrect advice or information

Loss caused to a person as a result of making a decision in reasonable reliance on incorrect advice or information is legally relevant damage if:

(a) the advice or information is provided by a person in pursuit of a profession or in the course of trade; and

(b) the provider knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the advice or information in making a decision of the kind made.

VI. – 2:208: Loss upon unlawful impairment of business

(1) Loss caused to a person as a result of an unlawful impairment of that person's exercise of a profession or conduct of a trade is legally relevant damage.

(2) Loss caused to a consumer as a result of unfair competition is also legally relevant damage if Community or national law so provides.

VI. – 2:209: Burdens incurred by the State upon environmental impairment

Burdens incurred by the State or designated competent authorities in restoring substantially impaired natural elements constituting the environment, such as air, water, soil, flora and fauna, are legally relevant damage to the State or the authorities concerned.

VI. – 2:210: Loss upon fraudulent misrepresentation

(1) Without prejudice to the other provisions of this Section, loss caused to a person as a result of another's fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, is legally relevant damage.

(2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and it is intended to induce the recipient to make a mistake.

VI. – 2:211: Loss upon inducement of non-performance of obligation

Without prejudice to the other provisions of this Section, loss caused to a person as a result of another's inducement of the non-performance of an obligation by a third person is legally relevant damage only if:

- (a) the obligation was owed to the person sustaining the loss; and
- (b) the person inducing the non-performance:
 - (i) intended the third person to fail to perform the obligation; and
 - (ii) did not act in legitimate protection of the inducing person's own interest.

**CHAPTER 3
ACCOUNTABILITY****SECTION 1
INTENTION AND NEGLIGENCE****VI. – 3:101: Intention**

A person causes legally relevant damage intentionally when that person causes such damage either:

(a) meaning to cause damage of the type caused; or

(b) by conduct which that person means to do, knowing that such damage, or damage of that type, will or will almost certainly be caused.

VI. – 3:102: Negligence

A person causes legally relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which either:

(a) does not meet the particular standard of care provided by a statutory provision whose purpose is the protection of the injured person from the damage suffered; or

(b) does not otherwise amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.

VI. – 3:103: Persons under eighteen

(1) A person under eighteen years of age is accountable for causing legally relevant damage according to VI. – 3:102 (Negligence) subparagraph (b) only in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case.

(2) A person under seven years of age is not accountable for causing damage intentionally or negligently.

(3) However, paragraphs (1) and (2) do not apply to the extent that:

(a) the injured person cannot obtain reparation under this Book from another; and

(b) liability to make reparation would be equitable having regard to the financial means of the parties and all other circumstances of the case.

VI. – 3:104: Accountability for damage caused by children or supervised persons

(1) Parents or other persons obliged by law to provide parental care for a person under fourteen years of age are accountable for the causation of legally relevant damage where that person under age caused the damage by conduct that would constitute intentional or negligent conduct if it were the conduct of an adult.

(2) An institution or other body obliged to supervise a person is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third party when:

(a) the damage is personal injury, loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death) or property damage;

(b) the person whom the institution or other body is obliged to supervise caused that damage intentionally or negligently or, in the case of a person under eighteen, by conduct that would constitute intention or negligence if it were the conduct of an adult; and

(c) the person whom the institution or other body is obliged to supervise is a person likely to cause damage of that type.

(3) However, a person is not accountable under this Article for the causation of damage if that person shows that there was no defective supervision of the person causing the damage.

SECTION 2

ACCOUNTABILITY WITHOUT INTENTION OR NEGLIGENCE

VI. – 3:201: Accountability for damage caused by employees and representatives

(1) A person who employs or similarly engages another is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged:

(a) caused the damage in the course of the employment or engagement; and

(b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the causation of the damage.

(2) Paragraph (1) applies correspondingly to a legal person in relation to a representative causing damage in the course of acting as such a representative. For the purposes of this paragraph, a representative is a person who is authorised to effect juridical acts on behalf of the legal person by its constitution.

VI. – 3:202: Accountability for damage caused by the unsafe state of an immovable

(1) A person who independently exercises control over an immovable is accountable for the causation of personal injury and consequential loss, loss within V. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death), and loss resulting from property damage (other than to the immovable itself) by a state of the immovable which does not ensure such safety as a person in or near the immovable is entitled to expect having regard to the circumstances including:

- (a) the nature of the immovable;
- (b) the access to the immovable; and
- (c) the cost of avoiding the immovable being in that state.

(2) A person exercises independent control over an immovable if that person exercises such control that it is reasonable to impose a duty on that person to prevent legally relevant damage within the scope of this Article.

(3) The owner of the immovable is to be regarded as independently exercising control, unless the owner shows that another independently exercises control.

VI. – 3:203: Accountability for damage caused by animals

A keeper of an animal is accountable for the causation by the animal of personal injury and consequential loss, loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death), and loss resulting from property damage.

VI. – 3:204: Accountability for damage caused by defective products

(1) The producer of a product is accountable for the causation of personal injury and consequential loss, loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death), and, in relation to consumers, loss resulting from property damage (other than to the product itself) by a defect in the product.

(2) A person who imported the product into the European Economic Area for sale, hire, leasing or distribution in the course of that person's business is accountable correspondingly.

(3) A supplier of the product is accountable correspondingly if:

(a) the producer cannot be identified; or

(b) in the case of an imported product, the product does not indicate the identity of the importer (whether or not the producer's name is indicated), unless the supplier informs the injured person, within a reasonable time, of the identity of the producer or the person who supplied that supplier with the product.

(4) A person is not accountable under this Article for the causation of damage if that person shows that:

(a) that person did not put the product into circulation;

(b) it is probable that the defect which caused the damage did not exist at the time when that person put the product into circulation;

(c) that person neither manufactured the product for sale or distribution for economic purpose nor manufactured or distributed it in the course of business;

(d) the defect is due to the product's compliance with mandatory regulations issued by public authorities;

(e) the state of scientific and technical knowledge at the time that person put the product into circulation did not enable the existence of the defect to be discovered; or

(f) in the case of a manufacturer of a component, the defect is attributable to:

(i) the design of the product into which the component has been fitted, or

(ii) instructions given by the manufacturer of the product.

(5) "Producer" means:

(a) in the case of a finished product or a component, the manufacturer;

(b) in the case of raw material, the person who abstracts or wins it; and

(c) any person who, by putting a name, trade mark or other distinguishing feature on the product, gives the impression of being its producer.

(6) "Product" means a movable, even if incorporated into another movable or an immovable, or electricity.

(7) A product is "defective" if it does not provide the safety which a person is entitled to expect, having regard to the circumstances including:

(a) the presentation of the product;

(b) the use to which it could reasonably be expected that the product would be put; and

(c) the time when the product was put into circulation, but a product is not defective merely because a better product is subsequently put into circulation.

VI. – 3:205: Accountability for damage caused by motor vehicles

(1) A keeper of a motor vehicle is accountable for the causation of personal injury and consequential loss, loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death), and loss resulting from property damage (other than to the vehicle and its freight) in a traffic accident which results from the use of the vehicle.

(2) "Motor vehicle" means any vehicle intended for travel on land and propelled by mechanical power, but not running on rails, and any trailer, whether or not coupled.

VI. – 3:206: Accountability for damage caused by dangerous substances or emissions

(1) A keeper of a substance or an operator of an installation is accountable for the causation by that substance or by emissions from that installation of personal injury and consequential loss, loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death), loss resulting from property damage, and burdens within VI. – 2:209 (Burdens incurred by the State upon environmental impairment), if:

(a) having regard to their quantity and attributes, at the time of the emission, or, failing an emission, at the time of contact with the substance it is very likely that the substance or emission will cause such damage unless adequately controlled; and

(b) the damage results from the realisation of that danger.

(2) "Substance" includes chemicals (whether solid, liquid or gaseous). Microorganisms are to be treated like substances.

(3) "Emission" includes:

(a) the release or escape of substances;

(b) the conduction of electricity;

(c) heat, light and other radiation;

(d) noise and other vibrations; and

(e) other incorporeal impact on the environment.

(4) "Installation" includes a mobile installation and an installation under construction or not in use.

(5) However, a person is not accountable for the causation of damage under this Article if that person:

(a) does not keep the substance or operate the installation for purposes related to that person's trade, business or profession; or

(b) shows that there was no failure to comply with statutory standards of control of the substance or management of the installation.

VI. - 3:207: Other accountability for the causation of legally relevant damage

A person is also accountable for the causation of legally relevant damage if national law so provides where it:

(a) relates to a source of danger which is not within VI. - 3:104 (Accountability for damage caused by children or supervised persons) to VI. - 3:205 (Accountability for damage caused by motor vehicles);

(b) relates to substances or emissions; or

(c) disapplies VI. - 3:204 (Accountability for damage caused by defective products) paragraph (4) (e).

VI. - 3:208: Abandonment

For the purposes of this Section, a person remains accountable for an immovable, vehicle, substance or installation which that person abandons until another exercises independent control over it or becomes its keeper or operator. This applies correspondingly, so far as reasonable, in respect of a keeper of an animal.

CHAPTER 4 CAUSATION

VI. - 4:101: General rule

(1) A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of:

(a) that person's conduct; or

(b) a source of danger for which that person is responsible.

(2) In cases of personal injury or death the injured person's predisposition with respect to the type or extent of the injury sustained is to be disregarded.

VI. - 4:102: Collaboration

A person who participates with, instigates or materially assists another in causing legally relevant damage is to be regarded as causing that damage.

VI. – 4:103: Alternative causes

Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage.

**CHAPTER 5
DEFENCES****SECTION 1
CONSENT OR CONDUCT OF THE INJURED PERSON****VI. – 5:101: Consent and acting at own risk**

(1) A person has a defence if the injured person validly consented to the legally relevant damage and was aware or could reasonably be expected to have been aware of the consequences of that consent.

(2) The same applies if the injured person, knowing the risk of damage of the type caused, voluntarily incurred exposure to that risk and is to be regarded as having accepted it.

VI. – 5:102: Contributory fault and accountability

(1) Where the fault of the injured person contributed to the occurrence or extent of legally relevant damage, reparation is to be reduced according to the degree of such fault.

(2) However, no regard is to be had to:

(a) an insubstantial fault of the injured person;

(b) fault or accountability whose contribution to the causation of the damage was insubstantial; or

(c) the injured person's want of care contributing to that person's personal injury caused by a motor vehicle in a traffic accident, unless that want of care constituted profound failure to take such care as was manifestly required in the circumstances.

(3) Paragraphs (1) and (2) apply correspondingly where the fault of a person for whom the injured person is responsible within the scope of VI. – 3:201 (Accountability for damage caused by employees and representatives) contributed to the occurrence or extent of the damage.

(4) Compensation is to be reduced likewise if and in so far as any other source of danger for which the injured person is responsible under Chapter 3 (Accountability) contributed to the occurrence or extent of the damage.

VI. – 5:103: Damage caused by a criminal to a collaborator

Legally relevant damage caused unintentionally in the course of committing a criminal offence to another person participating or otherwise collaborating in the offence does not give rise to a right to reparation if this would be contrary to public policy.

SECTION 2 INTERESTS OF ACCOUNTABLE PERSONS OR THIRD PARTIES

VI. – 5:201: Authority conferred by law

A person has a defence if legally relevant damage is caused with authority conferred by law.

VI. – 5:202: Self-defence, benevolent intervention and necessity

(1) A person has a defence if that person causes legally relevant damage in reasonable protection of a right or of an interest worthy of legal protection of that person or a third person if the person suffering the legally relevant damage is accountable for endangering the right or interest protected. For the purposes of this paragraph VI. – 3:103 (Persons under eighteen) is to be disregarded.

(2) The same applies to legally relevant damage caused by a benevolent intervener to a principal without breach of the intervener's duties.

(3) Where a person causes legally relevant damage to the patrimony of another in a situation of imminent danger to life, body, health or liberty in order to save the person causing the damage or a third person from that danger and the danger could not be eliminated without causing the damage, the person causing the damage is not liable to make reparation beyond providing reasonable recompense.

VI. – 5:203: Protection of public interest

A person has a defence if legally relevant damage is caused in necessary protection of values fundamental to a democratic society, in particular where damage is caused by dissemination of information in the media.

SECTION 3 INABILITY TO CONTROL

VI. - 5:301: Mental incompetence

(1) A person who is mentally incompetent at the time of conduct causing legally relevant damage is liable only if this is equitable, having regard to the mentally incompetent person's financial means and all the other circumstances of the case. Liability is limited to reasonable recompense.

(2) A person is to be regarded as mentally incompetent if that person lacks sufficient insight into the nature of his or her conduct, unless the lack of sufficient insight is the temporary result of his or her own misconduct.

VI. - 5:302: Event beyond control

A person has a defence if legally relevant damage is caused by an abnormal event which cannot be averted by any reasonable measure and which is not to be regarded as that person's risk.

SECTION 4 CONTRACTUAL EXCLUSION AND RESTRICTION OF LIABILITY

VI. - 5:401: Contractual exclusion and restriction of liability

(1) Liability for causing legally relevant damage intentionally cannot be excluded or restricted.

(2) Liability for causing legally relevant damage as a result of a profound failure to take such care as is manifestly required in the circumstances cannot be excluded or restricted:

(a) in respect of personal injury (including fatal injury); or

(b) if the exclusion or restriction is otherwise illegal or contrary to good faith and fair dealing.

(3) Liability for damage for the causation of which a person is accountable under VI. - 3:204 (Accountability for damage caused by defective products) cannot be restricted or excluded.

(4) Other liability under this Book can be excluded or restricted unless statute provides otherwise.

SECTION 5 LOSS WITHIN

VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death)

VI. – 5:501: Extension of defences against the injured person to third persons

A defence which may be asserted against a person’s right of reparation in respect of that person’s personal injury or, if death had not occurred, could have been asserted, may also be asserted against a person suffering loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death).

CHAPTER 6 REMEDIES

SECTION 1 REPARATION IN GENERAL

VI. – 6:101: Aim and forms of reparation

(1) Reparation is to reinstate the person suffering the legally relevant damage in the position that person would have been in had the legally relevant damage not occurred.

(2) Reparation may be in money (compensation) or otherwise, as is most appropriate, having regard to the kind and extent of damage suffered and all the other circumstances of the case.

(3) Where a tangible object is damaged, compensation equal to its depreciation of value is to be awarded instead of the cost of its repair if the cost of repair unreasonably exceeds the depreciation of value. This rule applies to animals only if appropriate, having regard to the purpose for which the animal was kept.

(4) As an alternative to reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage.

VI. – 6:102: De minimis rule

Trivial damage is to be disregarded.

VI. – 6:103: Equalisation of benefits

(1) Benefits arising to the person suffering legally relevant damage as a result of the damaging event are to be disregarded unless it would be fair and reasonable to take them into account.

(2) In deciding whether it would be fair and reasonable to take the benefits into account, regard shall be had to the kind of damage sustained, the nature of the accountability of the person causing the damage and, where the benefits are conferred by a third person, the purpose of conferring those benefits.

VI. – 6:104: Multiple injured persons

Where multiple persons suffer legally relevant damage and reparation to one person will also make reparation to another, the rules in Book III, Chapter 4, Section 2 (Plurality of creditors) apply with appropriate adaptations to their rights to reparation.

VI. – 6:105: Solidary liability

Where several persons are liable for the same legally relevant damage, they are liable solidarily.

VI. – 6:106: Assignment of right to reparation

The injured person may assign a right to reparation, including a right to reparation for non-economic loss.

**SECTION 2
COMPENSATION****VI. – 6:201: Injured person's right of election**

The injured person may choose whether or not to spend compensation on the reinstatement of the damaged interest.

VI. – 6:202: Reduction of liability

Where it is fair and reasonable to do so, a person may be relieved of liability to compensate, either wholly or in part, if, where the damage is not caused intentionally, liability in full would be disproportionate to the accountability of the person causing the damage or the extent of the damage or the means to prevent it.

VI. – 6:203: Capitalisation and quantification

(1) Compensation is to be awarded as a lump sum unless a good reason requires periodical payment.

(2) National law determines how compensation for personal injury and non-economic loss is to be quantified.

VI. – 6:204: Compensation for injury as such

Injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss.

**SECTION 3
PREVENTION**

VI. – 6:301: Right to prevention

(1) The right to prevention exists only in so far as:

(a) reparation would not be an adequate alternative remedy; and

(b) it is reasonable for the person who would be accountable for the causation of the damage to prevent it from occurring.

(2) Where the source of danger is an object or an animal and it is not reasonably possible for the endangered person to avoid the danger the right to prevention includes a right to have the source of danger removed.

VI. – 6:302: Liability for loss in preventing damage

A person who has reasonably incurred expenditure or sustained other loss in order to prevent that person from suffering an impending damage, or in order to limit the extent or severity of damage suffered, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage.

**CHAPTER 7
ANCILLARY RULES**

VI. – 7:101: National constitutional laws

The provisions of this Book are to be interpreted and applied in a manner compatible with the constitutional law of the court.

VI. – 7:102: Statutory provisions

National law determines what legal provisions are statutory provisions.

VI. – 7:103: Public law functions and court proceedings

This Book does not govern the liability of a person or body arising from the exercise or omission to exercise public law functions or from performing duties during court proceedings.

VI. – 7:104: Liability of employees, employers, trade unions and employers' associations

This Book does not govern the liability of:

(a) employees (whether to co-employees, employers or third parties) arising in the course of employment;

(b) employers to employees arising in the course of employment; and

(c) trade unions and employers' associations arising in the course of industrial dispute.

VI. – 7:105: Reduction or exclusion of liability to indemnified persons

If a person is entitled from another source to reparation, whether in full or in part, for that person's damage, in particular from an insurer, fund or other body, national law determines whether or not by virtue of that entitlement liability under this Book is limited or excluded.

**BOOK VII
UNJUSTIFIED ENRICHMENT****CHAPTER 1
GENERAL****VII. – 1:101: Basic rule**

(1) A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another's disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment.

(2) This rule applies only in accordance with the following provisions of this Book.

**CHAPTER 2
WHEN ENRICHMENT UNJUSTIFIED****VII. – 2:101: Circumstances in which an enrichment is unjustified**

(1) An enrichment is unjustified unless:

(a) the enriched person is entitled as against the disadvantaged person to the enrichment by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law; or

(b) the disadvantaged person consented freely and without error to the disadvantage.

(2) If the contract or other juridical act, court order or rule of law referred to in paragraph (1) (a) is void or avoided or otherwise rendered ineffective retrospectively, the enriched person is not entitled to the enrichment on that basis.

(3) However, the enriched person is to be regarded as entitled to an enrichment by virtue of a rule of law only if the policy of that rule is that the enriched person is to retain the value of the enrichment.

(4) An enrichment is also unjustified if:

(a) the disadvantaged person conferred it:

(i) for a purpose which is not achieved; or

(ii) with an expectation which is not realised;

(b) the enriched person knew of, or could reasonably be expected to know of, the purpose or expectation; and

(c) the enriched person accepted or could reasonably be assumed to have accepted that the enrichment must be reversed in such circumstances.

VII. - 2:102: Performance of obligation to third person

Where the enriched person obtains the enrichment as a result of the dis-advantaged person performing an obligation or a supposed obligation owed by the disadvantaged person to a third person, the enrichment is justified if:

(a) the disadvantaged person performed freely; or

(b) the enrichment was merely the incidental result of performance of the obligation.

VII. - 2:103: Consenting or performing freely

(1) If the disadvantaged person's consent is affected by incapacity, fraud, coercion, threats or unfair exploitation, the disadvantaged person does not consent freely.

(2) If the obligation which is performed is ineffective because of incapacity, fraud, coercion, threats or unfair exploitation, the disadvantaged person does not perform freely.

CHAPTER 3 ENRICHMENT AND DISADVANTAGE

VII. – 3:101: Enrichment

(1) A person is enriched by:

- (a) an increase in assets or a decrease in liabilities;
- (b) receiving a service or having work done; or
- (c) use of another's assets.

(2) In determining whether and to what extent a person obtains an enrichment, no regard is to be had to any disadvantage which that person sustains in exchange for or after the enrichment.

VII. – 3:102: Disadvantage

(1) A person is disadvantaged by:

- (a) a decrease in assets or an increase in liabilities;
- (b) rendering a service or doing work; or
- (c) another's use of that person's assets.

(2) In determining whether and to what extent a person sustains a disadvantage, no regard is to be had to any enrichment which that person obtains in exchange for or after the disadvantage.

CHAPTER 4 ATTRIBUTION

VII. – 4:101: Instances of attribution

An enrichment is attributable to another's disadvantage in particular where:

(a) an asset of that other is transferred to the enriched person by that other;

(b) a service is rendered to or work is done for the enriched person by that other;

(c) the enriched person uses that other's asset, especially where the enriched person infringes the disadvantaged person's rights or legally protected interests;

(d) an asset of the enriched person is improved by that other; or

(e) the enriched person is discharged from a liability by that other.

VII. – 4:102: Indirect representation

Where a representative does a juridical act on behalf of a principal but in such a way that the representative is, but the principal is not, a party to the juridical act, any enrichment or disadvantage of the principal which results from the juridical act, or from a performance of obligations under it, is to be regarded as an enrichment or disadvantage of the representative.

VII. – 4:103: Debtor's performance to a non-creditor; onward transfer in good faith

(1) An enrichment is also attributable to another's disadvantage where a debtor confers the enrichment on the enriched person and as a result the disadvantaged person loses a right against the debtor to the same or a like enrichment.

(2) Paragraph (1) applies in particular where a person who is obliged to the disadvantaged person to reverse an unjustified enrichment transfers it to a third person in circumstances in which the debtor has a defence under VII. – 6:101 (Disenrichment).

VII. – 4:104: Ratification of debtor's performance to a non-creditor

(1) Where a debtor purports to discharge a debt by paying a third person, the creditor may ratify that act.

(2) Ratification extinguishes the creditor's right against the debtor to the extent of the payment with the effect that the third person's enrichment is attributable to the creditor's loss of the right against the debtor.

(3) As between the creditor and the third person, ratification does not amount to consent to the loss of the creditor's right against the debtor.

(4) This Article applies correspondingly to performances of non-monetary obligations.

(5) Other rules may exclude the application of this Article if an insolvency or equivalent proceeding has been opened against the debtor before the creditor ratifies.

VII. – 4:105: Attribution resulting from an act of an intervener

(1) An enrichment is also attributable to another's disadvantage where a third person uses an asset of the disadvantaged person with-

out authority so that the disadvantaged person is deprived of the asset and it accrues to the enriched person.

(2) Paragraph (1) applies in particular where, as a result of an intervener's interference with or disposition of goods, the disadvantaged person ceases to be owner of the goods and the enriched person becomes owner, whether by juridical act or rule of law.

VII. - 4:106: Ratification of intervener's acts

(1) A person entitled to an asset may ratify the act of an intervener who purports to dispose of or otherwise uses that asset in a juridical act with a third person.

(2) The ratified act has the same effect as a juridical act by an authorised representative. As between the person ratifying and the intervener, ratification does not amount to consent to the intervener's use of the asset.

VII. - 4:107: Where type or value not identical

An enrichment may be attributable to another's disadvantage even though the enrichment and disadvantage are not of the same type or value.

CHAPTER 5 REVERSAL OF ENRICHMENT

VII. - 5:101: Transferable enrichment

(1) Where the enrichment consists of a transferable asset, the enriched person reverses the enrichment by transferring the asset to the disadvantaged person.

(2) Instead of transferring the asset, the enriched person may choose to reverse the enrichment by paying its monetary value to the disadvantaged person if a transfer would cause the enriched person unreasonable effort or expense.

(3) If the enriched person is no longer able to transfer the asset, the enriched person reverses the enrichment by paying its monetary value to the disadvantaged person.

(4) However, to the extent that the enriched person has obtained a substitute in exchange, the substitute is the enrichment to be reversed if:

(a) the enriched person is in good faith at the time of disposal or loss and the enriched person so chooses; or

(b) the enriched person is not in good faith at the time of disposal or loss, the disadvantaged person so chooses and the choice is not inequitable.

(5) The enriched person is in good faith if that person neither knew nor could reasonably be expected to know that the enrichment was or was likely to become unjustified.

VII. – 5:102: Non-transferable enrichment

(1) Where the enrichment does not consist of a transferable asset, the enriched person reverses the enrichment by paying its monetary value to the disadvantaged person.

(2) The enriched person is not liable to pay more than any saving if the enriched person:

(a) did not consent to the enrichment; or

(b) was in good faith.

(3) However, where the enrichment was obtained under an agreement which fixed a price or value for the enrichment, the enriched person is at least liable to pay that sum if the agreement was void or voidable for reasons which were not material to the fixing of the price.

(4) Paragraph (3) does not apply so as to increase liability beyond the monetary value of the enrichment.

VII. – 5:103: Monetary value of an enrichment; saving

(1) The monetary value of an enrichment is the sum of money which a provider and a recipient with a real intention of reaching an agreement would lawfully have agreed as its price. Expenditure of a service provider which the agreement would require the recipient to reimburse is to be regarded as part of the price.

(2) A saving is the decrease in assets or increase in liabilities which the enriched person would have sustained if the enrichment had not been obtained.

VII. – 5:104: Fruits and use of an enrichment

(1) Reversal of the enrichment extends to the fruits and use of the enrichment or, if less, any saving resulting from the fruits or use.

(2) However, if the enriched person obtains the fruits or use in bad faith, reversal of the enrichment extends to the fruits and use even if the saving is less than the value of the fruits or use.

CHAPTER 6 DEFENCES

VII. – 6:101: Disenrichment

(1) The enriched person is not liable to reverse the enrichment to the extent that the enriched person has sustained a disadvantage by disposing of the enrichment or otherwise (disenrichment), unless the enriched person would have been disenriched even if the enrichment had not been obtained.

(2) However, a disenrichment is to be disregarded to the extent that:

(a) the enriched person has obtained a substitute;

(b) the enriched person was not in good faith at the time of disenrichment, unless:

(i) the disadvantaged person would also have been disenriched even if the enrichment had been reversed; or

(ii) the enriched person was in good faith at the time of enrichment, the disenrichment was sustained before performance of the obligation to reverse the enrichment was due and the disenrichment resulted from the realisation of a risk for which the enriched person is not to be regarded as responsible;

or

(c) VII. – 5:102 (Non-transferable enrichment) paragraph (3) applies.

(3) Where the enriched person has a defence under this Article as against the disadvantaged person as a result of a disposal to a third person, any right of the disadvantaged person against that third person is unaffected.

VII. – 6:102: Juridical acts in good faith with third parties

The enriched person is also not liable to reverse the enrichment if:

(a) in exchange for that enrichment the enriched person confers another enrichment on a third person; and

(b) the enriched person is still in good faith at that time.

VII. – 6:103: Illegality

Where a contract or other juridical act under which an enrichment is obtained is void or avoided because of an infringement of a funda-

mental principle (within the meaning of II - 7:301 (Contracts infringing fundamental principles)) or mandatory rule of law, the enriched person is not liable to reverse the enrichment to the extent that the reversal would contravene the policy underlying the principle or rule.

CHAPTER 7 RELATION TO OTHER LEGAL RULES

VII. - 7:101: Other private law rights to recover

(1) The legal consequences of an enrichment which is obtained by virtue of a contract or other juridical act are governed by other rules if those rules grant or exclude a right to reversal of an enrichment, whether on withdrawal, termination, price reduction or otherwise.

(2) This Book does not address the proprietary effect of a right to reversal of an enrichment.

(3) This Book does not affect any other right to recover arising under contractual or other rules of private law.

VII. - 7:102: Concurrent obligations

(1) Where the disadvantaged person has both:

(a) a right under this Book to the reversal of an unjustified enrichment; and

(b) (i) a right to reparation for the disadvantage (whether against the enriched person or a third party); or (ii) a right to recover under other rules of private law as a result of the unjustified enrichment, the satisfaction of one of the rights reduces the other right by the same amount.

(2) The same applies where a person uses an asset of the disadvantaged person so that it accrues to another and under this Book:

(a) the user is liable to the disadvantaged person in respect of the use of the asset; and

(b) the recipient is liable to the disadvantaged person in respect of the increase in assets.

VII. - 7:103: Public law claims

This Book does not determine whether it applies to enrichments which a person or body obtains or confers in the exercise of public law functions.

ANNEX 1 DEFINITIONS

Advanced electronic signature

See under “electronic signature”.

Arbitral tribunal

See “Court”.

Assets

“Assets” means anything of economic value, including property; rights having a monetary value; and goodwill.

Assignment

“Assignment”, in relation to a right, means the transfer of the right by one person, the “assignor”, to another, “the assignee”.

Authorisation

The “authorisation” of a representative is the granting or maintaining of the representative’s authority.

Authority

“Authority”, in relation to a representative acting for a principal, is the power to affect the principal’s legal position.

Avoidance

“Avoidance” of a juridical act or legal relationship is the process whereby a party or, as the case may be, a court invokes a ground of invalidity so as to make the act or relationship, which has been valid until that point, retrospectively ineffective from the beginning.

Barter, contract for

A contract for the “barter” of goods is a contract under which each party undertakes to transfer the ownership of goods, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, in return for the transfer of ownership of other goods. Each party is considered to be the buyer with respect to the goods to be received and the seller with respect to the goods or assets to be transferred.

Benevolent intervention in another's affairs

"Benevolent intervention in another's affairs" is the process (sometimes known as negotiorum gestio) whereby a person, the intervener, acts with the predominant intention of benefiting another, the principal, but without being authorised or bound to do so.

Business

"Business" means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person's self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity.

Capitalisation of interest

"Capitalisation of interest" is the process whereby accrued interest is added to capital.

Claim

A "claim" is a demand for something based on the assertion of a right.

Claimant

A "claimant" is a person who makes, or who has grounds for making, a claim.

Clause

"Clause" refers to a provision in a document. A clause, unlike a "term", is always in textual form.

Co-debtorship for security purposes

A "co-debtorship for security purposes" is an obligation owed by two or more debtors in which one of the debtors, the security provider, assumes the obligation primarily for purposes of security towards the creditor.

Commercial agency

A "commercial agency" is the legal relationship arising from a contract under which one party, the commercial agent, agrees to act on a continuing basis as a self-employed intermediary to negotiate or to conclude contracts on behalf of another party, the principal, and the principal agrees to remunerate the agent for those activities.

Compensation

“Compensation” means reparation in money. Condition

A “condition” is a provision which makes a legal relationship or effect depend on the occurrence or non-occurrence of an uncertain future event. A condition may be suspensive or resolutive.

Conduct

“Conduct” means voluntary behaviour of any kind, verbal or non-verbal. It includes a single act or a number of acts, behaviour of a negative or passive nature (such as accepting something without protest or not doing something) and behaviour of a continuing or intermittent nature (such as exercising control over something).

Construction, contract for

A “contract for construction” is a contract under which one party, the constructor, undertakes to construct something for another party, the client, or to materially alter an existing building or other immovable structure for a client.

Consumer

A “consumer” means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.

Consumer contract for sale

A “consumer contract for sale” is a contract under which a business sells goods to a consumer.

Contract

A “contract” is an agreement which gives rise to, or is intended to give rise to, a binding legal relationship or which has, or is intended to have, some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.

Contractual obligation

A “contractual obligation” is an obligation which arises from a contract, whether from an express term or an implied term or by operation of a rule of law imposing an obligation on a contracting party as such.

Contractual relationship

A “contractual relationship” is a legal relationship resulting from a contract.

Corporeal

“Corporeal”, in relation to property, means having a physical existence in solid, liquid or gaseous form.

Costs**“Costs” includes expenses. Counter-performance**

A “counter-performance” is a performance which is due in exchange for another performance.

Court**“Court” includes an arbitral tribunal. Creditor**

A “creditor” is a person who has a right to performance of an obligation, whether monetary or non-monetary, by another person, the debtor.

Damage

“Damage” means any type of detrimental effect. It includes loss and injury.

Damages

“Damages” means a sum of money to which a person may be entitled, or which a person may be awarded by a court, as compensation for some specified type of damage.

Debtor

A “debtor” is a person who has an obligation, whether monetary or non-monetary, to another person, the creditor.

Defence

A “defence” to a claim is a legal objection or a factual argument, other than a mere denial of an element which the claimant has to prove, which if asserted defeats the claim in whole or in part.

Delivery

“Delivery” to a person, for the purposes of any obligation to deliver corporeal movable property, means handing it over or otherwise transferring physical control over it to that person, or taking steps to ensure that that person can obtain physical control over it.

Dependent personal security

A “dependent personal security” is an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor in order to secure a present or future obligation of the debtor owed to the creditor and performance of which is due only if, and to the extent that, performance of the latter obligation is due.

Design, contract for

A “contract for design” is a contract under which one party, the designer, undertakes to design for another party, the client, an immovable structure which is to be constructed by or on behalf of the client or a movable or incorporeal thing or service which is to be constructed or performed by or on behalf of the client.

Distribution contract

A “distribution contract” is a contract under which one party, the supplier, agrees to supply the other party, the distributor, with products on a continuing basis and the distributor agrees to purchase them, or to take and pay for them, and to supply them to others in the distributor’s name and on the distributor’s behalf.

Distributorship

A “distributorship” is the legal relationship arising from a distribution contract.

Divided obligation

An obligation owed by two or more debtors is a “divided obligation” when each debtor is bound to render only part of the performance and the creditor may require from each debtor only that debtor’s part.

Divided right

A right to performance held by two or more creditors is a “divided right” when the debtor owes each creditor only that creditor’s share and each creditor may require performance only of that creditor’s share.

Durable medium

A “durable medium” means any material on which information is stored so that it is accessible for future reference for a period of time adequate to the purposes of the information, and which allows the unchanged reproduction of this information.

Duty

A person has a “duty” to do something if the person is bound to do it or expected to do it according to an applicable normative standard of conduct. A duty may or may not be owed to a specific creditor. A duty is not necessarily an aspect of a legal relationship. There is not necessarily a sanction for breach of a duty. All obligations are duties, but not all duties are obligations.

Economic loss See “Loss”.**Electronic**

“Electronic” means relating to technology with electrical, digital, magnetic, wireless, optical, electromagnetic, or similar capabilities.

Electronic signature

An “electronic signature” means data in electronic form which are attached to, or logically associated with, other data and which serve as a method of authentication.

An “advanced electronic signature” means an electronic signature which is (a) uniquely linked to the signatory; (b) capable of identifying the signatory; (c) created using means which can be maintained under the signatory’s sole control; and (d) linked to the data to which it relates in such a manner that any subsequent change of the data is detectable.

Franchise

A “franchise” is the legal relationship arising from a contract under which one party, the franchisor, grants the other party, the franchisee, in exchange for remuneration, the right to conduct a business

(franchise business) within the franchisor's network for the purposes of supplying certain products on the franchisee's behalf and in the franchisee's name, and whereby the franchisee has the right and the obligation to use the franchisor's trade name or trade mark or other intellectual property rights, know-how and business method.

Fraudulent

A misrepresentation is "fraudulent" if it is made with knowledge or belief that it is false and is intended to induce the recipient to make a mistake to the recipient's prejudice. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake to that person's prejudice.

Fundamental non-performance

A non-performance of a contractual obligation is "fundamental" if (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on.

Global security

A "global security" is a security which is assumed in order to secure all the debtor's obligations towards the creditor or the debit balance of a current account or a security of a similar extent.

Good faith and fair dealing

"Good faith and fair dealing" refers to an objective standard of conduct. "Good faith" on its own may refer to a subjective mental attitude, often characterised by an absence of knowledge of something which, if known, would adversely affect the morality of what is done.

Goods

"Goods" means corporeal movables. It includes ships, vessels, hovercraft or aircraft, space objects, animals, liquids and gases. See also "movables".

Gross negligence

There is "gross negligence" if a person is guilty of a profound failure to take such care as is manifestly required in the circumstances.

Handwritten signature

A “handwritten signature” means the name of, or sign representing, a person written by that person’s own hand for the purpose of authentication.

Immovable property

“Immovable property” means land and anything so attached to land as not to be subject to change of place by usual human action.

Incorporeal

“Incorporeal”, in relation to property, means not having a physical existence in solid, liquid or gaseous form.

Indemnify

“Indemnify” means make such payment to a person as will ensure that that person suffers no loss.

Independent personal security

An “independent personal security” is an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person’s obligation owed to the creditor.

Ineffective

“Ineffective” in relation to a contract or other juridical act means having no effect, whether that state of affairs is temporary or permanent, general or restricted.

Injured person

An “injured person” for the purposes of Book VI is a person who has suffered damage. The term is not, unless the context so requires, confined to a person who has suffered personal injury.

Insolvency administrator

An “insolvency administrator” is a person or body, including one appointed on an interim basis, authorised in an insolvency proceeding to administer the reorganisation or liquidation of the insolvent person’s assets or affairs.

Insolvency proceeding

An “insolvency proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding, including an interim proceeding, in which the assets and affairs of a person who is, or who is believed to be, insolvent are subject to control or supervision by a court or other competent authority for the purpose of reorganisation or liquidation.

Intangible

See “Incorporeal”.

Interest

“Interest” means simple interest without any assumption that it will be capitalised from time to time.

Invalid

“Invalid” in relation to a juridical act or legal relationship means that the act or relationship is void or has been avoided.

Joint obligation

An obligation owed by two or more debtors is a “joint obligation” when all the debtors are bound to render the performance together and the creditor may require it only from all of them.

Joint right

A right to performance held by two or more creditors is a “joint right” when the debtor must perform to all the creditors and any creditor may require performance only for the benefit of all.

Juridical act

A “juridical act” is any statement or agreement or declaration of intention, whether express or implied from conduct, which has or is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral.

Keeper

A “keeper”, in relation to an animal, vehicle or substance, is the person who has the beneficial use or physical control of it for that person’s own benefit and who exercises the right to control it or its use.

Lease (of goods)

A “lease” of goods is the legal relationship arising from a contract under which one party, the lessor, undertakes to provide the other par-

ty, the lessee, with a temporary right of use of goods in exchange for rent. The rent may be in the form of money or other value.

Liable

A person is “liable” for damage if the person is under an obligation to make reparation for the damage.

Loss

“Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life.

Mandate

The “mandate” of a representative is the authorisation and instruction given by the principal, as modified by any subsequent direction.

Mandate contract

A “mandate” contract is a contract under which one party, the representative, has a mandate to conclude a contract between another party, the principal, and a third party or otherwise affect the legal position of the principal in relation to a third party.

Merger of debts

A “merger of debts” means that the attributes of debtor and creditor are united in the same person in the same capacity.

Merger clause

A “merger clause” is a clause in a contract document stating that the document embodies all the terms of the contract.

Movables

“Movables” means corporeal and incorporeal property other than immovable property.

Must

“Must”, when used of a person (e. g. “the lessor must”), means that the person has an obligation unless otherwise indicated. “Must”, when used of a thing (e. g. “the goods must”), indicates a requirement.

Negligence

There is “negligence” if a person does not meet the standard of care which could reasonably be expected in the circumstances.

Non-economic loss

See “Loss”.

Non-performance

“Non-performance”, in relation to an obligation, means any failure to perform the obligation, whether or not excused. It includes delayed performance and defective performance.

Notice

“Notice” includes the communication of a promise, offer, acceptance or other juridical act.

Obligation

An “obligation” is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor.

Ownership

“Ownership” is the most absolute right a person, the owner, can have over property, including the exclusive right, so far as consistent with applicable laws or rights granted by the owner, to use, enjoy, modify, destroy, dispose of and recover the property.

Performance

“Performance”, in relation to an obligation, is the doing by the debtor of what is to be done under the obligation or the not doing by the debtor of what is not to be done.

Person

“Person” means a natural or legal person. Prescription

“Prescription”, in relation to the right to performance of an obligation, is the legal effect whereby the lapse of a prescribed period of time entitles the debtor to refuse performance.

Presumption

A “presumption” means that the existence of a known fact allows the deduction that an unknown fact should be held true, until the contrary is demonstrated.

Price

The “price” is what is due by the debtor under a monetary obligation, in exchange for something supplied or provided, expressed in a currency which the law recognises as such.

Processing, contract for

A “contract for processing” is a contract under which one party, the processor, undertakes to perform a service on an existing movable or incorporeal thing or to an immovable structure for another party, the client (except where the service is construction work on an existing building or other immovable structure).

Producer

“Producer” includes, in the case of something made, the maker or manufacturer and in the case of raw material, the person who abstracts or wins it.

Property

“Property” means anything which can be owned: it may be movable or immovable, corporeal or incorporeal.

Proprietary security

A “proprietary security” covers security rights in all kinds of property, whether movable or immovable, corporeal or incorporeal.

Ranking

“Ranking”, in relation to claims, means putting the claims in an order of preference or subordination.

Ratify

“Ratify” means confirm with legal effect.

Reasonable

What is “reasonable” is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.

Recklessness

A person is “reckless” if the person knows of an obvious and serious risk of proceeding in a certain way but nonetheless voluntarily proceeds without caring whether or not the risk materialises.

Reparation

“Reparation” means compensation or another appropriate measure to reinstate the person suffering damage in the position that person would have been in had the damage not occurred.

Representative

A “representative” is a person who has authority to affect the legal position of another person, the principal, in relation to a third party by acting on behalf of the principal.

Requirement

A “requirement” is something which is needed before a particular result follows or a particular right can be exercised.

Resolutive

A condition is “resolutive” if it causes a legal relationship or effect to come to an end when the condition is satisfied.

Revocation

“Revocation”, means (a) in relation to a juridical act, its recall by a person or persons having the power to recall it, so that it no longer has effect; and (b) in relation to something conferred or transferred, its recall, by a person or persons having power to recall it, so that it comes back or must be returned to the person who conferred it or transferred it.

Right

“Right”, depending on the context, may mean (a) the correlative of an obligation or liability (as in “a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract”); (b) a proprietary right (such as the right of ownership); (c) a personality right (as in a right to respect for dignity, or a right to liberty and privacy); (d) a legally conferred power to bring about a particular result (as in “the right to avoid” a contract); (e) an entitlement to a particular remedy (as in a right to have performance of a contractual obligation judicially ordered); or (f) an entitlement to do or not to do something affecting another person’s

legal position without exposure to adverse consequences (as in a “right to withhold performance of the reciprocal obligation”).

Sale, contract for

A contract for the “sale” of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price.

Services, contract for

A “contract for services” is a contract under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client.

Set-off

“Set-off” is the process by which a debtor may reduce the amount owed to the creditor by an amount owed to the debtor by the creditor.

Signature

“Signature” includes a handwritten signature, an electronic signature or an advanced electronic signature.

Solidary obligation

An obligation owed by two or more debtors is a “solidary obligation” when all the debtors are bound to render one and the same performance and the creditor may require it from any one of them until there has been full performance.

Solidary right

A right to performance held by two or more creditors is a “solidary right” when any of the creditors may require full performance from the debtor and the debtor may render performance to any of the creditors.

Standard terms

“Standard terms” are terms which have been formulated in advance for several transactions involving different parties, and which have not been individually negotiated by the parties.

Storage, contract for

A “contract for storage” is a contract under which one party, the storer, undertakes to store a movable or incorporeal thing for another party, the client.

Subrogation

“Subrogation” is the process by which a person who has made a payment or performance to another person acquires by operation of law that person’s rights against a third person.

Substitution

“Substitution” of a new debtor is the process whereby, with the agreement of the creditor, a third party is substituted for the debtor, the contract remaining in force.

Supply

To “supply” goods means to make them available to another person, whether by sale, gift, barter, lease or other means; to “supply” services means to provide them to another person, whether or not for a price. Unless otherwise stated, “supply” covers the supply of goods and services.

Suspensive

A condition is “suspensive” if it prevents a legal relationship or effect from coming into existence until the condition is satisfied.

Term

“Term” means any provision, express or implied, of a contract or other juridical act, of a law, of a court order or of a legally binding usage or practice; it includes a condition.

Termination

“Termination”, in relation to an existing right, obligation or legal relationship, means bringing it to an end with prospective effect except in so far as otherwise provided.

Textual form

In “textual form”, in relation to a statement, means expressed in alphabetical or other intelligible characters by means of any support which permits reading, recording of the information contained in the statement and its reproduction in tangible form.

Transfer of contractual position

“Transfer of contractual position” is the process whereby, with the agreement of all three parties, a new party replaces an existing party

to a contract, taking over the rights, obligations and entire contractual position of that party.

Treatment, contract for

A “contract for treatment” is a contract under which one party, the treatment provider, undertakes to provide medical treatment for another party, the patient, or to provide any other service in order to change the physical or mental condition of a person.

Unjustified enrichment

An “unjustified enrichment” is an enrichment which is not legally justified, with the result that, if it is obtained by one person and is attributable to another’s disadvantage, the first person may, subject to legal rules and restrictions, be obliged to that other to reverse the enrichment.

Valid

“Valid”, in relation to a juridical act or legal relationship, means that the act or relationship is not void and has not been avoided.

Void

“Void”, in relation to a juridical act or legal relationship, means that the act or relationship is automatically of no effect from the beginning.

Voidable

“Voidable”, in relation to a juridical act or legal relationship, means that the act or relationship is subject to a defect which renders it liable to be avoided and hence rendered retrospectively of no effect.

Withdraw

A right to “withdraw” from a contract or other juridical act is a right to terminate the legal relationship arising from the contract or other juridical act, without having to give any reason for so doing and without incurring any liability for non-performance of the obligations arising from that contract or juridical act. The right is exercisable only within a limited period (in these rules, normally 14 days) and is designed to give the entitled party (normally a consumer) an additional time for reflection. The restitutionary and other effects of exercising the right are determined by the rules regulating it.

Withholding performance

“Withholding performance”, as a remedy for non-performance of a contractual obligation, means that one party to a contract may decline

to render due counter-performance until the other party has tendered performance or has performed.

Writing

In “writing” means in textual form, on paper or another durable medium and in directly legible characters.

ANNEX 2 COMPUTATION OF TIME

(1) Subject to the following provisions of this Annex:

(a) a period expressed in hours starts at the beginning of the first hour and ends with the expiry of the last hour of the period;

(b) a period expressed in days starts at the beginning of the first hour of the first day and ends with the expiry of the last hour of the last day of the period;

(c) a period expressed in weeks, months or years starts at the beginning of the first hour of the first day of the period, and ends with the expiry of the last hour of whichever day in the last week, month or year is the same day of the week, or falls on the same date, as the day from which the period runs. If, in a period expressed in months or in years, the day on which it should expire does not occur in the last month, the period ends with the expiry of the last hour of the last day of that month;

(d) if a period includes part of a month, the month is considered to have thirty days for the purpose of calculating the length of the part.

(2) Where a period is to be calculated from a specified event or action, then:

(a) if the period is expressed in hours, the hour during which the event occurs or the action takes place is not considered to fall within the period in question; and

(b) if the period is expressed in days, weeks, months or years, the day during which the event occurs or the action takes place is not considered to fall within the period in question.

(3) Where a period is to be calculated from a specified time, then:

(a) if the period is expressed in hours, the first hour of the period is considered to begin at the specified time; and

(b) if the period is expressed in days, weeks, months or years, the day during which the specified time arrives is not considered to fall within the period in question.

(4) The periods concerned include Saturdays, Sundays and public holidays, save where these are expressly excepted or where the periods are expressed in working days.

(5) Where the last day of a period expressed otherwise than in hours is a Saturday, Sunday or public holiday at the place where a prescribed act is to be done, the period ends with the expiry of the last hour of the following working day. This provision does not apply to periods calculated retroactively from a given date or event.

(6) Any period of two days or more is regarded as including at least two working days.

(7) Where a person sends another person a document which sets a period of time within which the addressee has to reply or take other action but does not state when the period is to begin, then, in the absence of indications to the contrary, the period is calculated from the date stated as the date of the document or, if no date is stated, from the moment the document reaches the addressee.

(8) In this Annex:

“public holiday” with reference to a member state, or part of a member state, of the European Union means any day designated as such for that state or part in a list published in the official journal; “working days” means all days other than Saturdays, Sundays and public holidays.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2DA QUINCENA DE JUNIO DE 2012
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

