

OPINIO JURIS *in Comparatione*

Studies in Comparative and National Law

Principles of Latin American Contract Law : General Harmonization Rehearsals

| Special Issue

Editorial

Cristina Amato

Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Presentación, finalidad y ámbito de aplicación

Carlos Pizarro Wilson

Scope and Functions of Principles of Latin American Contract Law: A European Comment

Reiner Schulze

Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos y la ley aplicable al contrato

Pietro Sirena

Principes Latino-Américain du droit des contrats: formation, cause et invalidité

Yves-Marie Laithier

La causa nei Principi latinoamericani del diritto dei contratti a dibattito

Beatriz Gregoraci

Alcune note, in parte stonate, nel sistema rimediabile dei Principi Latinoamericani del Diritto dei Contratti

Alfredo Ferrante

Límites al ejercicio de los daños y perjuicios. Artículos 107, 108 y 109 De los principios latinoamericanos de los contratos

Jose Anncihiarico

La tutela sinallagmatica «anticipata» e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani

Alberto Venturelli

CONTENTS

Articles

CRISTINA AMATO, <i>Editorial</i>	pag.	3
CARLOS PIZARRO WILSON, <i>Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Presentación, finalidad y ámbito de aplicación</i>	»	5
REINER SCHULZE, <i>Scope and Functions of Principles of Latin American Contract Law: A European Comment</i>	»	15
PIETRO SIRENA, <i>Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos y la ley aplicable al contrato</i>	»	31
YVES-MARIE LAITHIER, <i>Principes Latino-Américain du droit des contrats: formation, cause et invalidité</i>	»	45
BEATRIZ GREGORACI, <i>La causa nei Principi latinoamericani del diritto dei contratti a dibattito</i>	»	53
ALFREDO FERRANTE, <i>Alcune note, in parte stonate, nel sistema rimediale dei Principi Latinoamericani del Diritto dei Contratti</i>	»	71
JOSE ANNCIHIARICO, <i>Límites al ejercicio de los daños y perjuicios. Artículos 107, 108 y 109 De los principios latinoamericanos de los contratos</i>	»	83
ALBERTO VENTURELLI, <i>La tutela sinallagmatica «anticipata» e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani</i>	»	109

EDITORIAL

Cristina Amato*

Editorial

When I first became aware of the Latin American debate over the possible harmonization of the law of contract, my thought and curiosity went to the parallel concern on the same subject that has engaged European scholars and Institutions since the '80 of the past century, leading to several output of 'Soft Law'. In fact, as recalled by Carlos Pizarro Wilson in his introduction to the Brescia Conference, the *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (PLDC), *Principles of Latin American Contract Law* (PLACL) in the English version, were conceived within a lively exchange of opinions involving not only Latin American scholars, but French jurists as well. Within this background, in 2018 my idea was to reintroduce and enlarge the dialogue among scholars from the two continents. The questions I was looking for an answer, concerned in particular the reasons why such a keen interest towards harmonization was engaging jurists of different legal and geographical systems, and what principles and rules were taken into accounts by this first version of the Principles, as compared with the European several draft on harmonized principles of contract law. Although at present the PLACL represent the first output in the 'market of the (soft) rules' in Latin America, I was and I am still) aware that they do not exhaust the possible panorama neither of the debate nor of the existence of working groups dealing with the harmonization of the law of obligations. Therefore, I consider the issue of global harmonization of patrimonial law as still open.

This Special Issue of *Opinio Juris in Comparatione* entitled "*Principles of Latin American Contract Law: General Harmonization Rehearsals*" is the outcome of these collective thoughts and reflections. It consists of the collection of some of the contributions to the discussion that engaged European and Latin American scholars, and that took place in Brescia on July 17th, 2018. A special acknowledgement is therefore dedicated to the scholars that made a further effort to this debate through their written contributions.

The work and methodologies of the PLACL, as well as its goals and range of application are initially introduced by Carlos Pizarro Wilson. Reiner Schulze's paper discusses the pioneering role and the contents of the Principles of contract law in comparison with

* Full Professor of Comparative Law, University of Brescia.

the European harmonizing sets of rules, arguing that they can help Latin American jurists to transcend the supranational level by making their mark on international tendencies. By defining the PLACL as ‘derecho científico’, or Soft Law that can be selected by the parties to a contract as applicable law, the contribution of Pietro Sirena again proposes some thoughts on the role of the PLACL on the debate concerning the harmonization of international law through a transnational code. Such reflections also face the question of the possible extension of PLACL to consumer contracts. Moving to the very contents of the PLACL: the French comparative point of view adopted by Yves-Marie Laithier provides some insights on principles (freedom of contract, good faith) and rules (the existence of vitiating factors, the general requirement of a cause, the judicial character of annulment or the distinction between ‘absolute nullity’ and ‘relative nullity’), highlighting analogies and differences with the recent French reform of the law of obligations. The issue of the requirement of the ‘*causa*’ as an essential element of the contract is addressed by Beatriz Gregoraci in a critical perspective, that not only moves from the Spanish debate over the ‘*causa*’, but it takes into account the European soft law and the French choices in eliminating this traditional essential feature of continental tradition. Alfredo Ferrante’s contribution rests on the renewed remedial system, stressing the enlargement of contractual liability and its objective meaning, as well as highlighting some limits (as the hidden hierarchy of remedies) or even inconsistencies (as the introduction of the right to cure, or *Nachfrist*, not directly related to the Roman tradition). José Annichiarico Villagrán analyses the issue of the limits in awarding damages (such as foreseeable and direct damages), with a particular and comparative attention to the question of the duty to mitigate damages attributed to the creditor in the PLACL. A critical analysis is finally devoted by Alberto Venturelli to the controversial issue of the anticipatory breach: the Author stresses the absence of this remedy in the PLACL, notwithstanding the comparative history of the anticipatory breach that, from the nineteenth century to the European case law, through the Vienna Convention, has been introduced into the European soft law.

PRINCIPIOS

LATINOAMERICANOS

DE DERECHO DE
LOS CONTRATOS.

PRESENTACIÓN, FINALIDAD
Y ÁMBITO DE APLICACIÓN*

Carlos Pizarro Wilson**

ABSTRACT

This presentation of the PLDC is intended to introduce the conference on the harmonization of the law of contracts and obligations in Latin-American legal systems by first illustrating the work and methodologies adopted by the study group, as well as the background leading to the elaboration of the principles. Secondly, attention shall be devoted to the goals and range of applications of the principles.

Quisiera comenzar extendiendo un agradecimiento a la profesora Cristina Amato por la organización del presente Congreso acerca de la armonización del derecho patrimonial en América Latina y posibilitar la presentación del trabajo efectuado por el grupo de estudio dedicado a la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos

* Conferencia presentada en el Congreso Internacional “La armonización del derecho patrimonial en América Latina”, Brescia, Italia, 17 de julio de 2018. Se ha conservado el texto dictado con algunos agregados y notas de pie, pero manteniendo el sentido original del texto.

** Profesor de derecho civil en la Universidad Diego Portales, Chile, correo electrónico carlos.pizarro@udp.cl, dirección postal República 112, 2° piso, Santiago, Chile.

-PLDC-.¹ Asimismo, agradezco al profesor Alfredo Ferrante, quien fuera también promotor de este encuentro académico acá en la *Università degli Studi di Brescia*, lo que nos ha permitido visitar este hermoso rincón de Italia y compartir lo que hemos avanzado para mejorar el derecho de los contratos en Latinoamérica.

Me corresponde realizar una presentación de los PLDC y exponer acerca de la finalidad u objetivos que se pretende con su elaboración, alcanzando también lo que fija su ámbito de aplicación. Lo que constituye lo necesario para luego discutir acerca de las cuestiones esenciales del derecho de los contratos. Presentar los PLDC es contar, al menos en forma somera, su historia y lo que se ha recorrido para su elaboración. La finalidad, en cambio, ya requiere tomar en cuenta el texto, aunque sin desprenderse de la evolución en el trabajo que los fue forjando, para en último término, referirnos al ámbito de aplicación, entendiendo por esto no sólo el aspecto geográfico que pretende regir, sino también los tipos de contratos que quedarían o podrían quedar gobernados por su normativa.

En consecuencia, entender la finalidad de los principios requiere auscultar su origen, lo que luego nos permitirá fijar su ámbito de aplicación.

El origen del proyecto está en el trabajo desempeñado por un grupo de profesores de distintos países de Latinoamérica, Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay, Guatemala y Venezuela.² Ha sido un proyecto ambicioso, que bajo el alero de las universidades de los miembros del grupo y con el valioso apoyo de la *Fondation pour le Droit Continental*, a cargo del profesor Michel Grimaldi, arrojó, luego de siete años de trabajo, 123 artículos que abarcan todo el espectro del derecho de los contratos, abarcando cuestiones generales dedicadas a la finalidad y el ámbito de aplicación, principios propios al derecho de los contratos y luego lo relativo a formación, cumplimiento, incumplimiento, interpretación.³

Es un trabajo académico, aunque elaborado por juristas que desempeñan diversas profesiones jurídicas, pero cuyo vínculo primario es la Universidad. A diferencia, aunque cada vez menos de lo que ocurre en Europa, los integrantes del grupo desempeñan distintas aristas de la profesión jurídica, pues trabajan como abogados, litigantes, profesores universitarios, jueces, sin que tengan, necesariamente una adscripción exclusiva a alguna de

¹ Véase página oficial de los Principios Latinoamericanos del derecho de los contratos en <http://pldc.uexternado.edu.co>

² A nivel institucional merece destacarse el apoyo directo e indirecto de las universidades de los profesores miembros del grupo. Me refiero a las universidades colombianas del Externado y del Rosario, quienes nos acogieron en reiteradas oportunidades. También la Universidad de Buenos Aires, donde se realizó también uno de los encuentros. Debo extender agradecimientos a la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y a la Universidad Diego Portales, que aportaron para la organización y acogida de otros tantos encuentros. Se agradece, por último, la fraternidad de las universidades de la República -Uruguay- y al núcleo de derecho civil, así como a la Universidad Central de Venezuela y a la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala. Sin la generosidad de todas estas instituciones la tarea no habría sido posible.

³ Para una presentación general y más detallada, aunque expositiva, véase de la Maza, I. y Vidal Olivares, A. (2018), "Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC). Una presentación de sus contenidos fundamentales", en Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, Madrid, BOE, p. 12 y ss.

ellas. Eso permitió tener una visión práctica y no sólo teórica del derecho de los contratos, lo que creemos contribuyó a enriquecer el texto. Sin embargo, en contrapartida, la mayoría de los integrantes tenía estudios de postgrado o doctorados en Europa lo que determinó en no pocos casos una visión de los problemas jurídicos asociada a su formación académica en Europa, incluso más que su vínculo con el derecho local del país al que pertenecían.

Para la elaboración fijamos una metodología consistente en sesiones de trabajo colectivas. En una primera etapa, fueron en mesas temáticas dedicadas a la elaboración de un diagnóstico general del estado de la cuestión en la región y luego en la preparación a partir de un cuestionario de propuestas de articulado que se fueron discutiendo en asamblea hasta lograr una redacción consensuada y definitiva. Esto significó tener claridad sobre el derecho de cada país al cual pertenecían los miembros del grupo sobre todo el espectro del derecho de los contratos.

En el inicio pudimos constatar que los derechos en el ámbito de los contratos en Latinoamérica son bastante desiguales, tanto a nivel de regulación, en los textos generales, propios al sistema continental, en los Códigos civiles, pero también y quizá aún más en la legislación especial y, por cierto, en mayor medida en la aplicación por los tribunales y la comprensión doctrinal de las cuestiones centrales del derecho de los contratos. Se constató así un déficit en alguna medida contradictorio con la impronta del derecho continental, pues existía una divergencia importante entre las normas vigentes y la forma en que esas normas eran estudiadas, entendidas y aplicadas por los tribunales de justicia. Es fácil percatarse de la diversidad no sólo de fuentes, sino de épocas a que responden los derechos nacionales. De ahí que el objetivo no podía ser un Código modelo o una idea de uniformidad del derecho de los contratos. Por eso el objetivo que se pensó fue que los Principios sirvieran de modelo para reformas en países que lo requieran, por ejemplo, el caso chileno y colombiano y en otros casos que permita inspirar mejores soluciones por los tribunales o jueces árbitros a título de *lex mercatoria*. Es lo que se pretendió establecer en el artículo 2 de los PLDC.

Artículo 2. Funciones:

(1) Estos principios se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato.

(2) También sirven como modelo para los legisladores estatales o internacionales

El objetivo de este trabajo académico fue proponer, conforme se ha anunciado, un modelo de reglas que permitan inspirar reformas legales necesarias en la región en el área sensible de los contratos, pero, también, que en base a ellas se puedan resolver conflictos que se susciten en contratos internacionales de la región latinoamericana. Para llevarlo a cabo se intentó darle una cierta identidad, lo que no fue fácil, no sólo por las tradiciones locales, sino también por la formación jurídica de los miembros del grupo. De qué manera la labor que intentábamos ejecutar debería apartarse de la uniformidad de esos textos de compromiso entre dos familias del derecho de los contratos. La *common law* y el derecho continental u otras normativas, como la española, la italiana, francesa o la alemana. Esto nos impulsó durante todo el proyecto a interrogarnos acerca de la supuesta identidad del

derecho de los contratos en Latinoamérica, o al menos en los países que tienen profesores en el grupo de trabajo.

Esa identidad, ha sido esquivada, en el sentido que los Códigos civiles de la región, e incluso los más recientes o aún un Código fresco, como el argentino, se inspiran en distintas influencias del derecho europeo, los más viejos en el derecho francés, hoy renovado, otros en el derecho italiano, es el caso venezolano y en alguna medida el peruano o de manera más plural el caso argentino.

Uno podía pensar en mirar la “jurisprudencia” de estos países. Uno de los primeros trabajos que realizamos, fue un diagnóstico acabado a partir de un cuestionario del estado de la doctrina y jurisprudencia de cada país. Un insumo valioso, pero insuficiente, pues las diferencias entre los autores, y la inconsistencia de los fallos, no alentaban una búsqueda de coherencia por ese camino.

Esa identidad errática, nos llevó a buscar en nuestros códigos, proyectos, locales y extranjeros, normas que satisfagan un derecho de contratos adaptado para el comercio actual en la región. Esto era consistente con el ámbito de aplicación previsto en el artículo 1, numerando 1º. “Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos internos e internacionales, pero no a los contratos de consumo”.

Se trata, en consecuencia, de la contratación comercial y de derecho común, pero en ningún caso de aquella que toca al derecho del consumo, el cual quedó excluido en el ámbito de aplicación de los Principios. Si bien se discutió incluir una normativa dedicada a las cláusulas abusivas, pues éstas pueden presentarse en contratos comerciales, se excluyó por ahora, con el objetivo de profundizar en un futuro esa materia.

Nuestro anhelo fue mantener en lo que nos unimos, aquello que compartimos y que nos identifica, funcionando de manera adecuada; innovar en aquello que carecemos de normas o que parece necesario impulsar un cambio.

Hemos tratado de avanzar en un texto auténtico que recoja nuestra tradición, y en aquellos aspectos en que hemos estimado necesario innovar nos hemos inspirado de variados modelos que van desde la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino, las propuestas de reforma y la reforma misma al derecho de las obligaciones en Francia, y, por cierto, instrumentos de *soft law* como los citados PECL, Unidroit, los PEDC y la Convención de Viena y, en gran medida, nuestros propios Códigos civiles.

A propósito de la identidad, asociada al derecho continental, uno de los debates más arduos se suscitó a propósito de la mantención o exclusión de la causa como elemento del contrato. Más aún ante la oblicua supresión de la misma en la reforma al Code civil francés. Qué razones apoyaron su mantención. La tradición, en primer lugar, en cuanto constituye en la mayoría de los sistemas de la región un elemento de existencia del contrato y, además, de licitud. Sin duda una institución vieja como la causa, presente en manuales, monografías, fallos y en general en el *ethos* de la cultura jurídica parecía complejo borrarla o, al menos, osado para varios de los representantes del grupo, excluirla de un modelo de derecho de los contratos. Pero es cierto que la tradición no es un argumento suficiente y por eso la búsqueda de su utilidad fue parte del debate y, por cierto, el mejor

argumento para su mantención. Qué utilidad tiene la causa o ha tenido en el espectro latinoamericano. Para esto debe distinguirse, como lo hacen los Principios, entre la causa de la obligación y aquella del contrato. En cuanto a la primera, la causa de la obligación, ha sido un mecanismo de control del equilibrio contractual. En Chile, Colombia y Argentina, al menos, se ha recurrido a la causa de la obligación para efectuar un control de la conmutatividad de las prestaciones, a propósito de cláusulas penales excesivas u otros fenómenos de desproporción entre las prestaciones. La causa de la obligación justifica un equilibrio contractual, al romperse corresponde la ineficacia de la cláusula en cuestión. En Colombia, entre otras aplicaciones, se ha recurrido a ella para explicar los grupos de contratos y los efectos de ineficacia de uno de los contratos que forman parte del grupo en el resto. Así también ha ocurrido en Argentina. Las cadenas de contratos y los grupos de contratos u otros montajes contractuales a través de la causa se explican las repercusiones en los contratos que forman parte de la cadena o grupo respectivo. En Argentina, además que el nuevo Código la mantiene, en términos similares a la regla que se propone en los Principios, es decir causa objetiva y subjetiva o causa de la obligación y del contrato. La causa permite anular un contrato cuando aquella se frustra en caso de alteración de las circunstancias existentes al momento de contratar o para acoger la teoría de la imprevisión. El fundamento es la causa de la obligación. También se ha utilizado para explicar las restituciones consecutivas a la resolución, en razón que se genera un pago de lo no debido concurriendo una ausencia de causa que lo justifique. En fin, lejos de lo que se piensa, la causa goza de buena salud en los países de la región latinoamericana. Así lo muestra la jurisprudencia de nuestros países. A lo anterior se agrega su uso como control moral del contrato al atacar los motivos ilícitos del mismo. Acá se trata de la causa del contrato. Luego la pregunta que se hace la mayoría es si resulta suficiente que puedan lograrse mediante otros medios estos fines que han sido obtenidos a través de la causa. Es suficiente que se pueda recurrir al “objeto” o “prestación” del contrato para algunos, o a la idea de “equilibrio del contrato” para otros, o por la voz “contenido del contrato” u “objetivo”. Como se ha sugerido, parafraseando al profesor Genicon, sabemos que las palabras no son inocuas y más aún cuando las utiliza el legislador, sólo al comienzo aparecen como neutras, pero luego hay que dotarlas de contenido, de aplicación. ¿Por qué rechazar una tradición y explicación decantada a propósito de este elemento del contrato? ¿Por qué recurrir a una explicación a través de otro elemento, como el objeto u otras nociones desconocidas para nuestros derechos y olvidar lo avanzado y aplicado a través de la noción de causa? Qué razón para excluir una palabra “cargada de experiencia social”. A través de esta expresión los juristas latinoamericanos nos comunicamos, entendiendo más o menos lo mismo una vez pronunciada.⁴ En ningún caso correspondía excluirla. La posición por

⁴ GENICON, Th., “Défense et illustration de la cause en droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”, Dalloz, 2015, n° 27, p. 1551 y ss.

la exclusión, a título personal, me pareció más bien academicista que práctica. A través de la causa se logra en el derecho de los contratos una explicación armónica durante su fase de formación y ejecución. Por esto, el grupo decidió mantener la “causa”.

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

Todos estos debates, que entrecruzan cuestiones clásicas, pero otras, según veremos, más cercanas, reflejan que el derecho de los contratos en la región ha padecido un cambio significativo desde la época de la codificación de la mano de la consolidación de los estados nacionales. Sin duda en esa época, el derecho civil en los Códigos fue un símbolo de identidad nacional, transitando hasta en la actualidad un decaimiento de la impronta, que se nutre de variadas influencias y, por que no decirlo, de una tendencia más bien a la homogeneidad del derecho de los contratos.⁵ Ese ha sido el trayecto en Europa, donde los esfuerzos por aunar el derecho, aunque no en forma total, han ido desencadenando un derecho de los contratos en que las coincidencias son más que las diferencias, incluso en la familia del *common law* y el derecho continental. Como lo ha sugerido el profesor Peña, “¿por qué no podría ocurrir que la globalización económica estuviera acompañada del fenómeno inverso: no de la consolidación de derechos nacionales, sino de su homogeneización y por esa vía de la lenta disolución de sus límites?”⁶ Esta pregunta, esencial, que ha sido una espina constante en la elaboración de los Principios, nos ha llevado a afirmar en el puñado de artículos que presentamos, una cierta homogeneidad, pero en ningún caso total, y es ese resultado, el que ahora exponemos, como guía para futuras reformas a nuestros códigos civiles y como modelo de resolución de conflictos, y avanzar a una *lex mercatoria* latinoamericana. No es posible excluirse de ese proceso de uniformización del derecho, pero tampoco debe caerse en la vanalidad de la homogeneidad de un derecho común sin contrastes, lo que arrastraría un sacrificio cultural inapropiado. Lo que proponemos, entonces, es un derecho común de los contratos, orientado en las tendencias del nuevo derecho de la contratación, pero sin renuncia a ciertos particularismos propios a la tradición y a la práctica del derecho en la región. Así por ejemplo la cultura judicial tiene una influencia crucial en la solución de los problemas contractuales, la cual difiere en gran medida según el país de que se trate. Mientras el caso chileno muestra un cuerpo judicial podríamos decir más conservador, el argentino es más abierto a interpretar las reglas y

⁵ CAFAGGI, F. “Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional”, en *Rev. Derecho Privado* [online]. 2014, n.26 [cited 2017-10-30], pp.185-217. Available from: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000100006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0123-4366.

⁶ PEÑA GONZÁLEZ, C. “La unificación de principios en el derecho latinoamericano”, 2014, inédito.

acoger teorías doctrinales o, en el caso colombiano, la influencia del tribunal constitucional en el derecho de los contratos no se manifiesta con tanta intensidad en otras latitudes. El derecho de los contratos en Latinoamérica ha sido y sigue siendo receptivo de normas y tradiciones que vienen de Europa y ahora, sin duda, se ha presentado, también, una cierta americanización del derecho de los contratos, con gran énfasis en la técnica contractual, lo cual no ha estado exento de problemas con la traducción de cláusulas tipo en los contratos angloamericanos, y frecuentes ya en los de la región, pero cuyo encaje local no se hace sin problemas. Así ocurre, por ejemplo, con las cláusulas de indemnidad o no *solicitation*. Con esto me refiero a EE.UU. y su influencia en el ámbito de la contratación internacional. Sin contrapeso la técnica contractual, y con esto me refiero a cómo se escriben los contratos internacionales, van de la mano del derecho estadounidense. Menos derecho supletorio y más cláusulas contractuales, esa es la práctica en los contratos comerciales internacionales y, en no pocos casos, en los contratos más importantes desde el punto de vista económico en los países latinoamericanos en que han proliferado los estudios de abogado a la usanza de EE.UU.. Ese sesgo propio al derecho continental, que el contrato mantenga sus silencios para que el legislador complete las lagunas, en forma imperativa o nada más supletoria, se atiende como un riesgo, en vez de una ventaja. Acaso Bello no llevó a cabo en el Código civil más relevante en Latinoamérica un esfuerzo de recepción del derecho común europeo. Por qué no atenemos simplemente a esta nueva tendencia y volver a ser recipientes de un cierto derecho común europeo o dejarnos tentar por el derecho norteamericano, tal como ha ocurrido en algunas materias a nivel normativo. Piénsese en el fideicomiso con autonomía de patrimonios -trust- o el deber de mitigar el daño en lo contractual e incluso más allá en lo extracontractual. Si Keleman se ha planteado la interrogante acerca de la americanización del derecho europeo y japonés, no sería lo nuestro, más bien una vía indirecta de introducir tendencias o algunas de ellas por Europa desde el otro lado del Atlántico.⁷ Varias de estas cuestiones o preguntas rondan las observaciones del profesor Hugh Beale.⁸ El grupo de trabajo y los Principios que presentamos son un esfuerzo deliberado y consciente de plantear un derecho de los contratos uniformes que inspire las soluciones legales atado a una identidad cultural, que escape a esa tendencia de homogeneidad sin matices que aspira a un derecho global sin considerar aquellos signos distintivos de las sociedades. No es, en consecuencia, una mera cuestión funcional o

⁷ KELEMEN, D. y SIBBITT, E. C. "Lex americana. A reponse to Levi Faur", disponible en http://fas-polisci.rutgers.edu/dkelemen/research/kelemen-sibbitt_lexamericana.pdf, 2005. Destaco la tesis de estos autores, criticada por Levi Faur, al señalar que: "In a liberal economy with a multiplicity of players and few encompassing trade associations, informal, cooperative, and flexible approaches to regulation are ineffective. Political fragmentation further undermines such approaches and creates incentives for governments to mandate broad transparency and to empower private actors to enforce regulatory policies. Thus, when new policy demands are filtered through a system that combines a liberalized economy and political fragmentation, an American style approach to regulation is likely to result", p. 469.

⁸ BEALE, H. "The Principles of Latin American Contract Law: A Reponse from an Outsider", en "The future of contract law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law", edited by Rodrigo Momberg & Stefan Vogenauer, Bloomsbury-Hart, 2017, p. 265 y siguientes.

instrumental orientada a la solución de conflictos contractuales, sino que hemos buscado recoger esas particularidades que en el derecho de los contratos podamos encontrar en la región. Esto, a pesar la pluralidad de influencias foráneas y no pocas veces una genuina miscelánea normativa. El éxito de los Principios, además, dependerá, en gran medida, de su difusión y activa penetración en el foro legal a través de abogados en los países que poco a poco, pero en forma persistente vaya formando ese derecho común a título de *lex mercatoria*. En esta tarea será fundamental el rol de la universidad, a través de sus académicos que permitan la expansión y conocimiento de los Principios hasta convertirlos en un instrumento al cual recurran los abogados no sólo como argumentos *a fortiori*, sino como una especial y fundada forma de resolver los conflictos contractuales.

La interrogante sobre la supuesta identidad del derecho latinoamericano fue así una espina constante en la elaboración de los Principios, y nos llevó a afirmar en el puñado de artículos que presentamos, una cierto consenso, pero en ningún caso total, como guía para futuras reformas a nuestros códigos civiles y como modelo de resolución de conflictos, y avanzar a una *lex mercatoria* latinoamericana.

Un panorama de la región muestra procesos o anhelos de reforma, en el caso chileno un derecho de los contratos que ya no se explica por los Códigos, sino más bien por las opiniones de los autores y la jurisprudencia, lo que resta en gran medida una de las fortalezas del derecho continental. Como entender la resolución del contrato si sólo un par de artículos aluden a ella de manera general, de qué manera articular los remedios contractuales si para encontrarlos hay que recorrer y escudriñar rincones del Código Civil tan disímiles como la regulación de las condiciones, las obligaciones de dar, hacer o no hacer y entre eso aflora el principio de previsibilidad propio al derecho de los contratos.

Es acá donde aflora la finalidad y pertinencia de unos PLDC.

Como ha indicado el profesor Vidal “El resultado, al menos respecto de estas materias, cruciales para la correcta comprensión del fenómeno contractual, no sólo se aviene con las soluciones del modelo, sino que, a partir de su interpretación y aplicación en el terreno práctico de los instrumentos que lo integran, los PLDC aparecen, en no pocos aspectos más claros y funcionales a los intereses de las partes. La innovación deseada se alcanza, no obstante, las críticas que las normas de los PLDC puedan admitir”.⁹

La justificación de los PLDC que determina su finalidad se plasma en el artículo 1º de la sección Primera del Capítulo I, donde se establecen las condiciones que activan su aplicación directa, se definen funciones que permitirán alcanzar su objetivo, a través de la interpretación e integración. En los artículos 1 y 2 aparece esta finalidad, y en este sentido Vidal sugiere, recogiendo lo dicho en esos preceptos, que los PLDC deben “(1) servir de instrumento de aplicación directa a los conflictos contractuales; y de dispositivo de interpretación e integración de la norma y de los contratos de las partes; y/o (2) servir de mo-

⁹ Vidal Olivares, Álvaro (2018), Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos (inédito).

delo para futuras modificaciones legislativas. Entonces, estos principios tienen aspiración representar un instrumento que satisfaga estas dos finalidades”.¹⁰

En suma, los PLDC son un trabajo, en lo esencial, académico, que pretende servir de modelo para reformas legales y pretende erigirse como reglas posibles de aplicación a conflictos contractuales en que intervengan compañías latinoamericanas, ya sea porque las partes así lo determinaron o porque en forma lenta, pero persistente pueden ir transformándose en un derecho liviano aplicable por jueces de la región.

¹⁰ *Ibidem*

Scope and Functions of Principles of Latin American Contract Law: A European Comment

Reiner Schulze*

ABSTRACT

This paper discusses the role and contents of the Latin-American Principles of Contract Law in comparison with the European harmonizing sets of rules. Although the PLACL share with the PECL the pioneering role, a striking difference can be seen in the scope of application. The same divergence is detected with the DCFR, as the PLACL stress their potential as a guide in legislation and case law. The conclusions to which the paper lead is that one can understand the PLACL as part of a global development which, especially since the adoption of the CISG, has influenced not only international contract practice but also numerous national laws. However, the PLACL may not only serve as a catalyst for the inclusion of Latin American in this global development of contract law but also offer the chance for Latin American jurists to transcend the supranational level by making their mark on international tendencies.

* Prof. Emeritus at the University of Münster, Germany.

Table of contents:

- I. Introduction;
- II. Scope compared with European sets of rules;
 - 1. Principles of Latin American contract law;**
 - 2. Comparison between Two European sets of rules;**
 - 3. The ‘gaps’ in determining the scope;**
- III. Source of inspiration for the legislator;
- IV. The collection of sources;
 - 1. The influence from the CISG;**
 - 2. The ‘Common Core’ of modern contract laws;**
 - 3. A preference clause favouring the PLACL?**
- V. Conclusions

I. Introduction

The Principles of Latin American Contract Law (PLACL) encourage jurists not just in Latin America but around the globe to consider the future development of their contract law on national and supranational level. In particular, they provide the opportunity to focus on the changes to contract law at national and supranational level, to compare the developments across the continents and to inquire into overarching global tendencies.

From a European perspective, examining the scope and functions of the PLACL allows one to draw comparisons with sets of proposed rules for European contract law that have been drafted over the past decades (II.)¹. The experiences with the European sets of rules especially highlight a function of such international projects: inspiration for legislation and case-law at national and supranational level (III.). However, the European sets of rules had and have this effect in common with international legislation, in particular with the CISG, which has also influenced the PLACL. In some respect, the CISG, the Latin American, and European Principles of Contract Law may be understood as complementing sets of rules which both encourage convergence as well as modernisation of contract law in the global framework.

¹ For a recent overview from a European perspective, see also Peter Schmidt, ‘The “Principles of Latin American Contract Law” against the Background of Latin American Legal Culture: A European Perspective’ in Rodrigo Momberg and Stefan Vogenauer (eds), *The Future of Contract Law in Latin America* (Hart Publishing 2017) 57-96.

II. Scope compared with European sets of rules

1. Principles of Latin American contract law

The first part of the PLACL concerns the ‘general provisions’ with the first two provisions thereof determining the scope of application and functions. According to Art. 1(1), these principles set forth general rules applicable to domestic and international contracts.² Its second sentence excludes consumer contracts from the scope of application. Art. 1(2) is more specific: ‘These principles apply when: a) The parties subject themselves to them, in part or in full. b) The parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria*, or the like.’

However, the application of the PLACL is not limited to the agreement between the parties. Art. 2 broadens the perspective with respect to the functions that the PLACL could embody: ‘(1) These Principles apply to interpret international uniform law instruments and domestic law governing the contract. (2) These Principles may also be used as a model for national or international legislators’.

The PLACL thereby adopt a multilateral approach towards describing their potential effects. On the one hand, Art. 1 refers to their application for individual contracts. They thus foresee a broad scope of application: general application to domestic contracts and to cross-border contracts, with the exception of consumer contracts. Their application on this level requires an agreement between the parties (Art. 1(2)); two options are available: *directly* by an agreement between the parties on ‘subjecting’ (*‘se sometán’*) their contract in full or in part to the PLACL; *indirectly* by agreeing that the contract is to be governed by general principles of law. Art. 1(2)(b) provides that the PLACL shall apply in this latter context (though this provision does not provide further detail on their relationship to other general principles of law).

On the other hand, Art. 2(1) provides for the application of the PLACL in interpreting ‘objective’ law (in contrast to ‘subjective’ law, i.e. as the parties have themselves determined as the rules for their respective contract). The Principles shall also serve to interpret international and domestic law governing the contract. Although this task is listed in Art. 2 under the heading ‘functions’ (whereas Art. 1 concerns ‘scope of application’), the concepts of ‘application’ and ‘function’ are clearly not separated strictly. This is readily apparent as ‘apply’ (*aplicar*) is used both in Art. 2(1) (with regard to the function of interpreting ‘objective’ law) and in Art. 1.

² The English translation this article refers to is published in Iñigo de la Maza Gazmuri, Carlos Pizarro Wilson and Álvaro Vidal Olivares (eds), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales* (Boletín Oficial del Estado 2017) and in Rodrigo Momberg and Stefan Vogenauer (eds), *The Future of Contract Law in Latin America* (Hart Publishing 2017).

Complementing Art. 1(1) and the use of the PLACL on a national and international level, Art. 2(2) states a further effect of the PLACL: its use as a model for the legislator. Here it does not concern the application to (existing) ‘subjective’ or ‘objective’ law but rather the decision on the law itself – in other words not the application, but ‘policy’ and ‘creation’. However, it is not an easy task to draw a clear line between this function in creation and the function in interpretation [Art. 2 (1)] when one considers the discussion on the ‘creative’ role of case-law in civil law jurisdictions.³ In a – nowadays unlikely – extreme case, the function as a model law for the international legislator could be linked to the notion that the PLACL are to be used to create a uniform contract law for Latin America by means of a convention from the Latin American countries. However, it is more likely that the Principles will gradually gain influence on legislation at national level.

2. Comparison between two European sets of rules

a) The Principles of European Contract (PECL) display a comparable pioneering role as could be played by the PLACL for Latin American contract law.⁴ The PECL were developed in the 1980s by a group of scholars chaired by the Danish comparative lawyer, Ole Lando (‘Lando Commission’).⁵ They have given decisive impulses to the discussion on the development of a common European contract law both on academic and political level.⁶ These Principles were probably also the most important foreign role model for the project to create principles of Latin American contract law.

However, these European principles feature several distinctions from the PLACL with regard to their scope of application. Where the application via party agreement is concerned, the Latin American and European principles do overlap in substance (except for the PECL’s problematic claim to also apply when the parties have not any system or rules of law for their contract, Art. 1:101(3)(b) PECL). The application via the parties’ choice of law is not, however, the main aspect: the PECL were conceived primarily as a model for a

³ From the perspective of comparative law, see Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, translated by Tony Weir (3rd edn, OUP 1998) 256ff.

⁴ Ole Lando and Hugh Beale (eds), *Principles of European Contract Law*, Parts I & II (Kluwer Law International 1999); Ole Lando, Eric Clive, André Prüm and Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III (Kluwer Law International 2003); Reiner Schulze and Reinhard Zimmermann (eds), *Textos básicos de derecho privado europeo – recopilación, presentación y coordinación de la edición española, estudios preliminar y anotaciones de derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas* (Marcial Pons 2002) III.10 Principios de Derecho europeo de los contratos, 449-490.

⁵ Hugh Beale, ‘Towards a Law of Contract for Europe: the work of the Commission of European Contract Law’, in Günter Weick (ed), *National and European Law on the Threshold to the Single Market* (Lang 1993).

⁶ Overviews on this development in Reiner Schulze and Fryderyk Zoll, *European Contract Law* (2nd edn, C.H.Beck/Hart/Nomos 2018) ch 1, para 44ff; Nils Jansen and Reinhard Zimmermann (eds), *Commentaries on European Contract Laws* (OUP 2018).

future European contract law, as is emphasised by their first rule on the scope of application (Art. 1:101(1) PECL), whereas the reference to the PLACL's function as a model for the international legislator appears after Art. 2(2) on party agreement and does not refer to a specific international (or supranational) legislator (such as the European Union in Europe). However, in contrast to the European PECL, the Latin American PLACL refer not only to the international legislator but also the national legislator (*legisladores estatales*). The PECL are silent on their potential effect on national legislation in the EU Member States or beyond. Furthermore, European PECL are more reserved – or at least not as direct as Art. 2(1) PLACL – in expressing their application in interpreting national or international law. Art. 1:101(4) merely states that '[t]hese Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.'

b) The PECL's contribution to the discussions surrounding European contract law has been further enriched by additional sets of rules drafted by groups of scholars. These include, for example, the *Pavia Draft of a European Contract Code*⁷ (Academy of European Private Lawyers), the *Principes contractuels communs*⁸ (Association Henri Capitant), and the *Principles of the Existing EC Contract Law*⁹ (Acquis Group). However, it has been the academic *Draft Common Frame of Reference*¹⁰ (DCFR), drafted by over 100 scholars in a network funded by the European Commission, which has received the most attention since the PECL.

Preparations for the DCFR date back to suggestions contained in the European Commission's 2003 'Action Plan on a more coherent European contract law'¹¹. This provided the basis for the notion to draft of a Common Frame of Reference as a 'blueprint' for future coherency in European contract law and as a 'toolbox' for corresponding EU legislation.¹² The provisions on the 'intended field of application' in Art. I.–1:101 DCFR do not, however, make express reference to this function. In contrast to the PECL, the DCFR is not expressly addressed to the European Union. The provisions are rather so phrased that they could be adopted relatively easily in EU law.¹³ The wording does not in itself contain any statements corresponding to the rules in Art. 2 PECL on the function of the Principles with regard to

⁷ Academie des Privatistes Européens (ed), *Code Européen des Contrats – Avant Projet*, Book 1, coordinated by Giuseppe Gandolfi (3rd edn, Dott. A. Giuffrè Editore 2004). The English, French, German, Italian, and Spanish versions of the 'European Contract Code' are available online under <<http://www.eurcontrats.eu/acd2/>> accessed 15 March 2019.

⁸ Association Henri Capitant (ed), *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence* (Société de législation comparée 2018).

⁹ European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group) (ed), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract II* (Sellier 2009).

¹⁰ Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke (eds), *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition* (Sellier 2009).

¹¹ European Commission, 'A more coherent European contract law: an action plan' COM(2003) 68 final.

¹² See, for example, European Commission, 'European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward' (Communication) COM(2004) 651 final, 3.

¹³ Except for the somewhat vague wording '[t]hese rules are intended to be used...' (Art. I.–1:101(1) DCFR).

national and international legislation. Art. I.–1:101 DCFR instead focuses more on describing the application of the DCFR by listing the applicable fields: ‘These rules are intended to be used primarily in relation to contracts and other juridical acts, contractual and non-contractual rights and obligations and related property matters’ (Art. I.–1:101 DCFR). In this respect, the DCFR’s provisions on the scope of application are more ‘one dimensional’ than the ‘multilateral’ approach favoured by the PLACL.

A further distinction between the DCFR and the PLACL can be observed with regard to the former’s rules on the material scope of application: the DCFR is broader, yet stricter. The DCFR’s scope of application is broader in as far as its rules apply not only to contracts but also to the aforementioned fields (including non-contractual obligations and related property matters). This provision reflects that the DCFR extends far beyond the framework of a European contract law as it includes other aspects of the law of obligations, such as benevolent intervention in another’s affairs (Book V), non-contractual liability (Book VI)¹⁴, and unjustified enrichment (Book VII). The DCFR’s further books cover the acquisition and loss of ownership of goods (Book VIII), proprietary security in moveable assets (Book IX), and trusts (Book X).¹⁵ The design underpinning the DCFR thus differs greatly from sets of rules for contract law, such as the PECL and PLACL, and therefore the scope of mutual inspiration is somewhat limited.

Nonetheless, if one takes a close look at Book II DCFR (contracts and other juridical acts), one will observe one particular feature which, in comparison the PLACL, is notable and potentially useful for the further discussion: the title of Book II already announces that its scope extends beyond contracts to ‘other juridical acts’, which are substantiated in more details in particular in Art. II.– 4:301 to 4:303 DCFR through the inclusion of a unilateral juridical act. The DCFR thus deepens an approach that was already outlined in European contract law by the PECL, namely that a promise intended to be legally binding without acceptance is binding (Art. 2:207 PECL). This extension to the rules on the contract with provisions on unilateral promises may be attributed in part to Scandinavian law, which traditionally gives more weight to such binding effect than in most other European legal systems. However, it does reflect a need that also features for various other matters in modern European private law – from EU rules on the binding effect of prizes to being unilaterally bound with regard to options in business law to the binding effect of statements during contractual negotiations. It is especially in this latter area where the topic of unilateral promises brushes against another notable development in contract law: the increasing significance of contracts that are concluded in a manner that do not fall neatly into ‘offer’ and ‘acceptance’ (such as the preparation of complex contracts on mergers and

¹⁴ Full title: Non-contractual liability arising out of damage caused to another.

¹⁵ This extended scope was not uncontroversial, see e.g. Reiner Schulze (ed), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law* (2nd edn, Sellier 2009); Reiner Schulze and Thomas Wilhelmsson, ‘From a Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules’ [2008] *European Review of Contract Law* (ERCL) 154-168.

acquisitions with instruments such as the ‘letter of intent’).¹⁶ The PECL had also recognised this development and outlined an approach for European contract law, which responds to the needs of modern contracting and which was adopted by the DCFR in its rules on the conclusion of contract, which apply with the appropriate adaptations even though the process of conclusion of contract cannot be analysed into offer or acceptance (Art. II. – 4:211 DCFR, inspired by Art. 2:211 PECL). These provisions in both of these European sets of rules follow a similar direction as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts¹⁷ (PICC) for international commercial law: ‘A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.’ (Art. 2.1.1. PICC). Arts 13 and 14 PLACL contain a similar approach, albeit not to the same extent.

3. The ‘gaps’ in determining the scope

a) The ‘Principles of Latin American Contract Law’ will possibly serve as a starting point for future developments in contract law in Latin America in a manner similar to the effect of the ‘Principles of European Contract Law’ on the developments in Europe. However, the comparison of the introductory provisions in both sets of rules highlights that the PECL are lacking a provision corresponding to Art. 2 PLACL on the ‘functions’ of the principles for the interpretation and legislative development of international and national law. The reason for this may certainly be that the ‘functions’ do not concern the application of existing law, in contrast to the ‘application’ of norms – in this stricter sense there is rather just a ‘persuasive’ role with regard to the case law and legislation at international and national level.

Nevertheless, this difference between the European and Latin American principles is notable and even surprising when one considers the actual effects of the PECL. It has been shown that the PECL have gained far more significance in their ‘persuasive’ function for the courts and legislator than Art. 1:101(2) PECL would otherwise imply.

¹⁶ See, for example, Reiner Schulze, ‘Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law’ [2005] *European Review of Private Law (ERPL)* 841-866; published in Spanish i.a. in Reiner Schulze, *Ciencia jurídica y unificación del Derecho Privado Europeo*, edited by Andrés Sánchez Ramírez (Ediciones Olejnik 2017); see also the contributions by Giuditta Cordero Moss, ‘The Function of Letters of Intent and their Recognition in Modern Legal Systems’, 139-160, and Thomas Pfeiffer, ‘New Mechanisms for Concluding Contracts’, 161-168, both in Reiner Schulze (ed), *New Features in Contract Law* (Sellier 2007); Sjeff van Erp, *Contract als Rechtsbetrekking: Een rechtsvergelijkende Studie* (W.E.J. Tjeenk Willink 1990).

¹⁷ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) (ed), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2016, <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>> (accessed 4 March 2019); see also Michael J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts* (3rd edn, Ardsley 2005); Michael J. Bonnell, ‘The law governing international commercial contracts and the actual role of the Unidroit Principles’ (2018) 23(1) *Uniform Law Review* 15–41.

The PECL have had such ‘persuasive’ effect above all on (national) legislation in several countries (although this potential effect was not even indicated in the introductory provisions). This effect can be observed not only in the ‘transition countries’ in Mid- and Eastern Europe in their transition since the 1990s from socialist planned economy to market economy¹⁸ and even Eastern European countries outside of the EU, such as Russia¹⁹. Moreover, the PECL also belong to the sources which inspired the 2002 modernisation of the German law of obligations²⁰ and the 2016 reform of the French law of obligations²¹. This wave of reforms to national laws, which has been inspired by the ‘Principles of European Contract Law’ together with other new sets of rules, has changed the entire fact of contract law in Europe. Indeed, it is the PECL’s contribution to the change at national level that one may consider as their most important effect in practice so far.

As for legislation at supranational level; the PECL’s intention ‘to be applied as general rules of contract law in the European Communities’ (Art. 1:101(1) PECL) has not been realised (and is not expected in the foreseeable future). The PECL have had a certain ‘persuasive effect’ at this level, as is apparent from EU projects (corresponding to the function described in Art. 2(2) PLACL, i.e. ‘to be used as a model for...national legislators’). In particular, the PECL were used together with the ‘Principles of Existing EC Contract Law’²² (Acquis Group) as a model for preparing the law of contract in the ‘Draft Common Frame of Reference’. In turn, this draft served as a basis for the European Commission’s

¹⁸ On this subject, cf Reiner Schulze and Fryderyk Zoll (eds), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications* (Sellier 2013); Péter Cserne, ‘Drafting Civil Codes in Central and Eastern Europe: A Case Study on the Role of Legal Scholarship in Law-Making’ [2011] *Pro Publico Bono: Állam- és Közigazgatástudományi Szemle*, TÁMOP special issue, available at <http://works.bepress.com/peter_cserne/66/> accessed 4 March 2019.

¹⁹ Natalya Y. Rasskazova, ‘Russian Law of Obligations: Structure, Positioning and Connection with Supranational Law’, in Reiner Schulze and Fryderyk Zoll (eds), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications* (Sellier 2013) 139-152.

²⁰ Draft legislation by the SPD Parliamentary Group and the Bündnis 90/Die Grünen Parliamentary Group, BT-Drucks. 14/6040 of 14 May 2001, 129, 135; Hans Schulte-Nölke and Reiner Schulze (eds), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (Mohr Siebeck) 2001; Giovanna D’Alfonso, ‘The European Judicial Harmonization of Contractual Law: Observations on the German Law Reform and “Europeanization” of the BGB’ (2003) 6 *European Business Law Review* 689-726; Peter Schlechtriem, ‘The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe’ (2002) 2 *Oxford University Comparative Law Forum* <<https://ouclf.iuscomp.org/the-german-act-to-modernize-the-law-of-obligations-in-the-context-of-common-principles-and-structures-of-the-law-of-obligations-in-europe/>> accessed 15 March 2019.

²¹ Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des obligations, du régime générale et de la preuve des obligations, JO of 11 February 2016, text nr. 25, 4, 13, 19; Carole Aubert de Vincelles, ‘France: Position of the Law of Obligations in National and Supranational Law’, in Reiner Schulze and Fryderyk Zoll (eds), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications* (Sellier 2013) 321-342; Bénédicte Fauvarque-Cosson, ‘The French Contract Law. Reform in a European Context’ [2014] *ELTE Law Journal* 59-71; Bénédicte Fauvarque-Cosson, ‘The French Contract Law Reform and the Political Process’ (2017) 13 (4) *ERCL* 337-354; François Ancel, Bénédicte Fauvarque-Cosson and Juliette Gest, *Aux sources de la réforme* (Daloz 2017) para 13.12; François Chénéde, *Le Nouveau Droit des Obligations et des Contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives* (Daloz 2016) para 62.22.

²² n 9.

Draft Regulation on a ‘Common European Sales Law’ (CESL).²³ This project for a Common European Sales Law still represents the EU’s most extensive legislative project in the field of contract law. Although the European Parliament did approve the proposal in principle, it ultimately failed following resistance from several EU Member States.²⁴ The influence of the PECL on the CESL project did not extend so far that they would have remained and accordingly applied unchanged ‘as general rules of contract law in the European Communities’ (Art. 1:101(1) PECL) – this was already excluded as, amongst other aspects, specific principles of existing EU contract law (including consumer law and non-discrimination law, neither of which are contained in the PECL) also had to be considered. Furthermore, unlike the PECL the CESL was not designed as a general law of contract, but rather just as sales law for particular B–B contracts and B–C contracts. Nonetheless, the PECL belonged without doubt to the models which had considerable influence on the development of this proposed legislation.

It is not just the legislator who has used the PECL and DCFR as a model: the courts have also referred to these in interpreting supranational²⁵ and, above all, national law. Such reference is certainly not standard practice in all European countries, but the PECL/DCFR have been used as an aid in applying national law.²⁶ In particular, the Spanish Supreme Court has used this possibility to give a contemporary European perspective to understanding national law.²⁷

It does appear convincing that, in light of these European experiences, the Latin American Principles are not aimed just at their application in individual contracts as a result of being chosen by the parties, but stress their potential in legislation and case law. The reluctance of the introductory provisions in the aforementioned European sets of rules does in fact represent a stark contrast to the actual development since their publication. It is to be

²³ European Commission, ‘Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law’ COM(2011) 635 final.

²⁴ On this development and on the CESL’s structure and content see Reiner Schulze and Fryderyk Zoll, *European Contract Law* (2nd edn, C.H. Beck/Hart/Nomos 2018) ch 1, para. 52ff.

²⁵ See, for example, Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 6 July 2010, in C-137 / 08 *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v Ferenc Schneider*, n.y.r.; Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 24 March 2010, in C-540 / 08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v “Österreich”-Zeitungsverlag GmbH*, n.y.r.; Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 8 September 2009, in C-215 / 08 *E. Friz GmbH v Carsten von der Heyden*, n.y.r.; Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 18 February 2009, in C-489 / 07 *Pia Messner v Firma Stefan Krüger* [2009] ECR I-7315; Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 21 November 2007, in C-412 / 06 *Annelore Hamilton v Volksbank Filder eG*. [2008] ECR I-2383.

²⁶ See for Sweden Mateusz Grochowski, ‘The practical potential of the DCFR Judgment of the Swedish Supreme Court (Högsta domstolen) of 3 November 2009, Case T 3-08’ [2013] ERCL 96-104.

²⁷ For example, for Spain: Vendrell Cervantes, ‘The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts’ [2008] *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 534; Pilar Perales Viscasillas, ‘Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo’, in María del Rosario Díaz Romero et al (eds), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007* (Civitas 2008) 463-464, 472-474, 478-500.

hoped that the countries of Latin America utilise this potential of the draft at least to the extent as several European countries.

b) While the PLACL are less reluctant than the European in outlining their function, the PECL and – to some extent the DCFR – are less reluctant than the PLACL with respect to the inclusion of the ‘scope’ of contracting in their field of application. On the one hand, this concerns acts of private parties with similar objectives, but in different forms that through the conclusion of contract (be this instead of conclusion, or in preparation thereof). As mentioned above, the PECL take account of the practical relevance of this issue by including unilateral promises in their scope of application (Art. 2:107 PECL on promises binding without acceptance). On the other hand, the scope of application in contract preparation also has to be considered. It is with good reason that the PLACL and the European sets of rules include the pre-contractual phase in their rules by adopting provisions on contract negotiations (Arts 10-12 PLACL; Arts 2:301, 2:302 PECL; Arts II. 3:301, 3:302 DCFR). However, the DCFR is more extensive as it contains a broad set of pre-contractual information duties which in part apply specifically to consumer contracts, but also in part to other contracts (Art. II. 3:101 et seq. DCFR). In particular, the DCFR has recognised the importance of EU rules for e-commerce by adopting provisions which concern the new questions surrounding contract preparation via electronic means. These concern not only the information duties (i.a. Art. II.–3:105 DCFR) but, for example, also the correction to input errors and confirmation of the receipt of offer and acceptance via electronic means (Arts II. – 3:201, 3:202 DCFR). In comparison, the PLACL did not use the opportunity as a new set of rules to consider these 21st century challenges through its own tailor-made provisions. In this regard, one could ask whether there is a ‘gap’ to be closed in a second stage of the work on Latin American principles.

III. Source of inspiration for the legislator

Looking back at over the more than three decades since the ‘Lando Commission’ began its work on the Principles of European Contract Law, one can observe their lasting effect in inspiring the European legislator. This concerns both the willingness of the legislative bodies to take measures in the field of contract as well as the content of legislative projects. At a supranational level, this effect can be seen in the 1989 resolution of the European Parliament²⁸ to the proposal for a Common European Sales Law, which may not have entered into force, but did influence the recent Directives on the Supply of Digital

²⁸ Resolution of the European Parliament of 26 May 1989, ‘On action to bring into line the private law of the Member States’, A2-157 / 89, OJ [1989] C 158/400.

Content, and on consumer sales^{29,30} The PECL's lasting effect can be seen above all as a source of inspiration for national legislators – as can be seen above in the reforms in Eastern Europe, to the modernisation of the law of obligations in Germany, and in the 2016 reforms in France. Other countries are also discussing potential reforms (e.g. in Spain³¹). These reforms have each combined different national elements and overarching European tendencies; they have by no means created a fully harmonized European contract law in the respective countries. However, they have not only effected a change to contract law (often labelled as a ‘modernisation’) in each of the respective legal systems, but they have rather also, to a degree, aligned key principles of national contract laws in as far as they refer to common sources of inspiration, such as the PECL, and have combined these with the national tradition.

IV. The collection of sources

1. The influence from the CISG

However, the PECL cannot be understood as no more than an isolated phenomenon as the reforms they have inspired in several European countries. These national reforms, the ‘Lando Commission’s’ principles and the drafts they have inspired, such as the DCFR, are rather embedded in a global development of contract law which is also home to the PLACL.

One of the most important starting points for this development is the signing of the CISG in 1980. This sales law, as well as the earlier Hague Conventions, were heavily based on the work undertaken by the comparative lawyer, *Ernst Rabel*, who combined the experi-

²⁹ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services [2019] OJ L 136/1 and Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods [2019] OJ L 136/28.

³⁰ Reiner Schulze and Fryderyk Zoll, *European Contract Law* (2nd edn, C.H.Beck/Hart/Nomos 2018) ch 1, para 61ff.; Tatiana Arroyo Vendrell and Reiner Schulze, ‘Contratos de contenidos digitales: Introducción’ in Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell and Beate Gsell (eds), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (Nomos 2018) 11-20 (12).

³¹ Comisión general de codificación. Sección de Derecho Civil, ‘Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos’ (2009) LXIII Boletín Informativo del Ministerio de Justicia. On the reform projects in Spain, see also Klaus Jochen Albiez Dohrmann, María Luisa Palazón Garrido and María del Mar Méndez Serrano (eds), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España* (Atelier 2011); Éric Savaux, Javier Lete, Rose-Noëlle Schütz and Hélène Boucard (eds), *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne* (Presses universitaires juridiques de Poitiers/LGDJ-Lextenso 2016); Nieves Fenoy Picón, ‘The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation’, in Reiner Schulze and Fryderyk Zoll (eds), *The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications* (Sellier 2013) 397-430; Carmen Jerez Delgado and Máximo Juan Pérez García, ‘La comisión general de codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones’ [2009] 19 Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM) 155-179.

ences of the continental European legal traditions and of the common law. The CISG is, however, much more successful than these earlier conventions. This success is not limited to its application in national contract practice but also can be seen in its influence on other international sets of rules and national legislation.

In Europe, the CISG not only influenced the work of the ‘Lando Commission’ on the PECL but also the work of the European Union on its legislation. In particular, the 1999 Consumer Sales Directive³² contains many elements that are based on concepts and principles featuring in the CISG, but which have been modified by the European legislator.³³ At national level, for example, the preparations in the 1980s for the reform of the German law of obligations already took account of the CISG, which served as an important source of inspiration (alongside European legislation) for the 2002 reform³⁴ as well as for the 2016 reform in France. Furthermore, it has influenced not only reforms and reform projects in other European countries (such as the law of contract in the Dutch civil code and the 2009 Spanish reform project) but also has given long term inspiration to the development of contract law outside of Europe, for example in the world’s most populated country, China.³⁵

At international level, the CISG, alongside numerous other initiatives, inspired in particular the creation and content of the PICC³⁶. However, especially this ‘soft’ set of rules shows that the inspiring effects do not have to be unilateral, but rather that a bilateral exchange exists between the international sets of rules and which can impact on their function as a model for national law. Firstly, the PICC have not only adopted principles from the CISG but have extended their scope of application (albeit only as ‘soft law’) as they have used this sales law as a basis for a general contract law for commercial contracts. They have thereby sought a similar ‘generalisation’ of CISG principles for international commercial law as the PECL sought in the European framework. Secondly, the preamble to the PICC makes express references to their function as a ‘means of interpreting and supplementing international uniform law instruments’. They should therefore not only serve as an instrument to interpret the CISG – as the most important ‘hard law’ in the field of international trade – but also to supplement it, i.e. to have an effect on the set of rules which served as

³² European Parliament and Council Directive 1999/44/EC of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (Consumer Sales Directive) [1999] OJ L 171/12.

³³ Reiner Schulze, ‘The New Shape of European Contract Law’ [2015] *Journal of European Consumer and Market Law* (Eu-CML) 139–144.

³⁴ Hans Schulte-Nölke and Reiner Schulze, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (Mohr Siebeck 2001); Stefan Grundmann and Marie-Sophie Schäfer, ‘The French and the German Reforms of Contract Law’ (2017) 13(4) *ERCL* 459–490 (465).

³⁵ For an overview on the effects of the CISG, see Ingeborg Schwenzer and Pascal Hachem, ‘The CISG – A Story of Worldwide Success’, in Jan Kleinemann (ed), *CISG Part II Conference* (Stockholm Centre for Commercial Law 2009) 125.

³⁶ n. 17.

a source of inspiration. All of these elements do not feature in each of the laws of contract inspired by the CISG. However, the overlaps with each of these core elements.

2. The ‘Common Core’ of modern contract laws

The enquiry into the common characteristics of these international sets of rules and the national laws they have inspired allows one to recognise several core elements behind the veil of differences.³⁷ This includes, for example, the general decision in favour of a claim to performance *in natura* (‘specific performance’, in contrast to the common law), and the concepts of conformity and non-conformity as a basis to determine the contractual obligations and rights. A further characteristic can be seen in the catalogue of remedies, which refer to these concepts and comprise subsequent performance, revocation (‘termination’), price reduction, and damages, as well as favouring strict liability over fault-based liability. Where conclusion of contract is concerned, the agreement between the parties is central (and is not subject to additional requirements such as ‘consideration’ in the common law or ‘*cause*’, as was required under French law prior to the 2016 reforms). However, the contract laws influenced by the CISG do not each feature all of these core elements. Nonetheless, the overlaps with several of these elements do indeed show the close links in the international sets of rules from the CISG to the PICC to the different European drafts, but also the alignment of the aforementioned national laws with these elements as their basis. In this respect, the commonalities or similarities between the concepts and principles allows the reference to a ‘common core’ of modern contract laws. Where the PLACL are concerned, the overlaps in content cannot be denied, but they do not exclude modifications (especially with regard to the role of ‘*cause*’ / ‘*causa*’ in the process of conclusion of contract, which do not follow the approaches in the other sets of rules).

3. A preference clause favouring the PLACL?

In light of this background, it does appear understandable that the drafters of the PLACL did refrain from expressly stipulating that the PLACL take priority over the application over other sets of rules. The 2014 version of the PLACL did contain such a preference clause: ‘*Estos principios se aplican con preferencia a cualquier otro cuerpo de principios...*’, (Art. 1(2) PLACL 2014)³⁸. The final version no longer contains this strict approach of a hegemony of the Latin American principles over other sets of rules, and with good reasons.

³⁷ Reiner Schulze, ‘Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law’, in Alberto de Franceschi (ed), *European Contract Law and the Digital Single Market* (Intersentia 2016) 127-147 (131f); Reiner Schulze, ‘Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales’, in Esther Arroyo Amayuelas and Ángel Serrano de Nicolás (eds), *La Europeización del Derecho Privado: Cuestiones actuales* (Marcial Pons 2016) 15-27.

³⁸ Printed in the annex of Lis Paula San Miguel Pradera, ‘Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación’ [2016] 69(3) Anuario de derecho civil (ADC), 991-1038.

One reason may be that, realistically, the primary function of these principles does not lie in their application in contract practice, but rather in their aforementioned function as a potential source of inspiration for the legislator, courts and scholars in the Latin American states. Where such function is concerned, a formal preference clause is not relevant because the influence on the legislator, courts and scholars already may be of persuasive character. In this context, it is more important to emphasise the overlaps between the PLACL and international tendencies in the development of contract law. The discussions in Latin American politics and academia can give more weight to the PLACL in the context of similar sets of rules and as embedded as a Latin American variant in a global development of modern contract law.

The extensive overlaps with other international sets of rules, especially the CISG and PICC, can be an advantage also where the PLACL are applied by virtue of party agreement as the legal experiences (both in practice and literature) with these other sets of rules may also be used for the PLACL. This may make it easier for the parties in Latin America to subject themselves to these principles (Art. 1(2)(a)) or at least agree that their contract will be governed by the general principles of law in the sense of Art. 1(2)(b) PLACL. In the former case, the application of the PLACL is ensured in any case: a preference clause is not required. However, it may be useful to include an additional reference to other sets of rules such as the PICC as an aid to interpret the PLACL. In the latter case, the reference to general principles of law may, however, give rise to the problem whether the PLACL or other sets of rules are decisive. A strict preference clause in the PLACL would, however, not provide an adequate solution to this problem, but would rather deter the parties. For example, the question of the extent to which such a clause favouring a regional set of rules can exclude the application of the principle *lex specialis derogate legi generali* (i.e. 'regional specialty' above 'specialty in content') would remain open. The difficult question would be that the general contract law of the PLACL would prevent reference to sets of rules particular to commercial contracts (such as the PICC) or for the sale of goods even though such a contract is at issue and the relevant set of rules contains a suitable rule. It would also not be convincing if standardised contracts from Latin American firms were subject to other such sets of rules when concluded with partners around the globe, whereas the same contracts would be subject to different approaches when concluded domestically. For these reasons, it may be preferential if the rules on the PLACL's scope of application were not to include, as originally proposed, a preference clause favouring the application of the PLACL. The preferential aspect of the future discussion, both in politics and academia, on the PLACL may rather be the tendency to consider a further assimilation of modern international instruments of contract law – a tendency that has a starting point in 1980 for the CISG and included, with modifications, in Latin American contract law through the PLACL.

V. Conclusions

In summary, the recent experiences with the sets of rules for European contract law indicate that one of their main functions may lie in their use as a source of inspiration for legislators, legal doctrine and even the courts with regard to national law. They can thereby contribute to a modernisation of contract law through reforms and through new interpretations and doctrinal approaches. However, beyond this they can even stimulate a particular assimilation of national laws through a link between the individual national traditions with common concepts and principles. The ‘Principles of Latin American Contract Law highlight this important aspect of their potential effect with their statements on the application in the interpretation of domestic law and their use as a model for the national legislator (Art. 2(1) and (2)). This effect can be strengthened by the overlaps between the PLACL and other international sets of rules (especially the CISG and the PICC) with respect to core matters. It is here in which one can understand the PLACL as part of a global development which, especially since 1980 with the adoption of the CISG, has influenced not only international contract practice but also numerous national laws. However, the PLACL may not only serve as a catalyst for the inclusion of Latin American in this global development of contract law but also offer the chance for Latin American jurists to transcend the supranational level by making their mark on international tendencies.

However, the global efforts towards modernising the law of contract under the influence of the CISG will soon be likely to be followed by a second phase that takes heed of the challenges from the ‘digital revolution’. It is here in which the law of contract is faced with many new questions and tasks. The conclusion and performance of contracts in e-commerce has been discussed for many years. The contracts for the supply of digital content and the role of data therein (especially as consideration for digital services) are part of the EU’s recent legislation. The pre-contractual and contractual responsibility of internet platforms, the use of artificial intelligence in concluding contracts and the associated questions of ‘smart contracts’ and blockchain technology, contractual and non-contractual rights to access data, and many more issues all belong to the future challenges for contract law in the ‘digital age’ and will be faced by legislators, scholars and practitioners in Europe and Latin America. These 21st century challenges will require the further development of principles of contract law as well as the extension and modification to the aforementioned sets of rules for both of these world regions. In this respect, the Principles of Latin American Contract Law do not mark the end to an academic discussion, but are rather the basis in order to tackle the new global challenges together with jurists from across the globe.

Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos y la ley aplicable al contrato*

Pietro Sirena

Sumario

1. La naturaleza jurídica de los PLDC
2. La libertad de las partes contratantes de elegir los PLDC como ley aplicable a su contrato
3. La interpretación del derecho nacional y uniforme según los PLDC
4. La hipótesis de una reforma legislativa basada en los PLDC y los proyectos de un código civil europeo
5. La (¿aparente?) inaplicabilidad de los PLDC a los contratos de los consumidores
6. Conclusiones

* Traducción de Sonia Lidia Quequejana Mamani y Carlos Antonio Agurto Gonzáles.

1. La naturaleza jurídica de los PLDC

I *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, también conocidos con el acrónimo de PLDC (o con el inglés de PLACL), constituyen una gran obra de “derecho científico”. La cual se desarrolló entre el 2010 y el 2018¹. Si trata de “derecho científico” porque los PLDC han sido elaborados por una comisión de juristas académicos, los cuales han actuado en virtud de una legitimación exclusivamente cultural y más allá de un específico mandato legislativo. Además, se trata de “derecho científico” porque los PLDC han sido redactados sobre la base de un análisis comparado de los ordenamientos jurídicos de algunos de los países latino-americanos, sin perseguir específicos objetivos de política del Derecho².

No es posible no señalar que, desde el punto de vista formal, los PLDC han sido concebidos y realizados como un articulado de normas jurídicas, las cuales son susceptibles de ser aplicadas para resolver un caso práctico o para decidir la solución de una controversia (*black letter rules*). En particular, los PLDC son aplicables al contrato cuando, como se ha previsto en el art. 1(2) PLDC, «las partes: a) se sometan total o parcialmente a ellos [principios]; b) hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes»³.

Además, como es explícitamente sugerido por el art. 2 PLDC, estos principios son susceptibles para servir como criterios de interpretación uniformes no solamente de los instrumentos internacionales que regulan el contrato, pero también del derecho nacional⁴.

Desde este punto de vista, los PLDC pueden ser concebidos como la fuente de un Derecho “casi vigente”⁵, el cual puede convertir en aplicable por voluntad de las partes contratantes o mediante la interpretación jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos nacionales.

¹ Los PLDC han sido redactados sobre la base de algunos *reports* nacionales (véase AA.VV., *El derecho de los contratos en Latinoamérica: Bases para unos principios de derecho de los contratos*, coord. C. Pizarro Wilson, Universidad Externado, Bogotá, 2012). Después una primera versión del 2014, los PLDC fueron aprobados en Santiago de Chile en el 2016 y posteriormente en Bogotá en el 2017 (véase AA.VV., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, coord. I. De La Maza-C. Pizarro Wilson-Á. Vidal, BOE, Madrid, 2018). La traducción en inglés se puede encontrar como apéndice AA.VV., *The Future of Contract Law in Latin America: The Principles of Latin American Contract Law*, ed. by R. Momberg-S. Vogenauer, Bloomsbury, Oxford, 2017, p. 285 ss. Esta ha sido posteriormente corregida y publicada nuevamente como apéndice en R. Momberg-S. Vogenauer, *The Principles of Latin American Contract Law: text, translation, and introduction*, en *Uniform Law Review*, 23, 2018, p. 151 ss.

² Sobre el concepto de “derecho científico”, véase R. Zimmermann, “*Wissenschaftliches Recht*” am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts, in *Privates Recht*, hrsg. von C. Bumke-A. Röthel, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 21 ss.

³ V. *infra*, n. 2.

⁴ V. *infra*, n. 3.

⁵ En sentido crítico respecto a este concepto, cfr. K. Riesenhuber, *Privates Recht, wissenschaftliches Recht, Systembildung. Systembildung im Europäischen Vertragsrecht*, en *Privates Recht*, hrsg. von C. Bumke-A. Röthel, cit., p. 49 ss.

Se puede tratar de un “derecho dúctil” o “flexible” (*soft law*)⁶, el cual no es vinculante en sentido positivo, pero estas normas han sido utilizadas por el legislador, por los jueces y también por las partes. En este sentido, se explica y se justifica su definición como “principios”, lo cual significa que no se trata de vagas y generales directivas del Derecho, sino que, incluso tratándose de reglas puntuales y definidas, estas no son vigentes en sentido positivista⁷. En este sentido, los PLDC constituyen la manifestación de un “derecho más allá del Estado”⁸, el cual no es rigurosamente concebible según los cánones del positivismo jurídico que ha caracterizado en larga parte la cultura jurídica del siglo XX. En cuanto su finalidad, los PLDC son el instrumento de creación de un derecho supranacional no vinculante, el cual constituye una alternativa a la legislación. Estos encuentran su antecedente en los *Principles of European Contract Law* redactados por la comisión presidida por Ole Lando en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) elaborado por la comisión presidida por Christian von Bar⁹. Fuera del contexto europeo, características análogas a los *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) redactados por el UNIDROIT¹⁰, los cuales tienen una connotación global¹¹. En larga medida, estas obras de pana-codificación científica del derecho privado toman el modelo de los *restatements* elaborados por la *American Law Institute*¹². Estas

⁶ A este propósito, véase la fundamental contribución de N. Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codification in Historical and Comparative Perspective*, CUP, Cambridge, 2010.

⁷ Sobre la redefinición conceptual de los principios en la perspectiva de la uniformidad y de la comparación jurídica, véase los ensayos recopilados en *General Principles of Law: European and comparative perspective*, ed. by S. Vogenauer-S. Weatherhill, Bloomsbury, Oxford, 2017; *Rules and Principles in European Contract Law*, ed. by P. Sirena-J. Rutgers, Cambridge, 2015; *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, ed. by S. Grundmann-D. Mazeaud, Kluwer Law, The Hague, 2006. A nivel monográfico véase N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, 2014; A. Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

⁸ Sobre el tema «Beyond the State? Rethinking Private Law», véase las contribuciones al homónimo congreso desarrollados en el MPI de Hamburgo, el 12-13 de julio de 2007, y publicados en el fascículo 3 del 2008 de la *American Journal of Comparative Law*.

⁹ H. Beale, *The Principles of Latin American Contract Law: A Response from an Outsider*, en R. Momberg-S. Vogenauer (eds.), cit., p. 265 ss.; I. de la Maza Gazmuri, *The Two Spirits of the PLACL*, en AA.VV., *Uniform Rules for European Contract Law? A Critical Assessment*, ed. by F. de Elizalde, Bloomsbury, Oxford, 2018, p. 205 ss.

¹⁰ J. Bonell, *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, en *American Journal of Comparative Law*, 56, 2008, p. 1 ss.; O. Lando, *CISG and its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, en *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005, p. 379 ss.; H.M. Flechtner, *The CISG's Impact on International Unification Efforts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, en *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experience*, ed. by F. Ferrari, Giuffrè-Sellier, Milán-München, 2003, p. 169 ss. Para un comentario a cada artículo véase E. Brödermann, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague, 2018; *Commentary on UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*², ed. by S. Vogenauer, Bloomsbury, Oxford, 2015.

¹¹ R. Michaels, *The Unidroit Principles as Global Background Law*, in *Uniform Law Review*, 19, 2014, p. 643 ss.; Id., *Umdenken für die UNIDROIT Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts*, en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 73, 2009, p. 866 ss.

¹² J. Zekoll, *Das American Law Institute – ein Vorbild für Europa?*, en AA.VV., *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, II, Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese*, hrsg. von R. Zimmermann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 101 ss.

se basan en una aplicación del método comparado que no es mecanicista, sino orientada en la elección de las soluciones “mejores”, es decir que pueden mejor conseguir el objetivo de la uniformidad del Derecho¹³. Por tanto, se puede tratar también de soluciones que pueden no presentarse en la mayoría de los ordenamientos jurídicos considerados, o en ninguno de ellos¹⁴.

Este método fue empleado con éxito en la Convención de Viena sobre la venta internacional de bienes muebles de 1980¹⁵, la cual, como es conocido, es en larga medida basada en la obra de Ernst Rabel¹⁶.

2. La libertad de las partes contratantes de elegir los PLDC como ley aplicable a su contrato

Como se ha resaltado, los PLDC pueden ser generalmente elegidos por las partes contratantes como ley aplicable a su contrato. El art. 1(2) PLDC precisa expresamente que en tales principios pueden ser elegidos también solamente en parte, agregándose así con uno o más ordenamientos jurídicos nacionales (o – si se debe considerar – también con otras fuentes de *soft law*).

En este modo, los PLDC son susceptibles de entrar en competición con los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latino-americanos. Esto podría inducir a los legisladores nacionales y aumentar la atención de su derecho, y concentrar su atención a sus códigos civiles, modernizándolo y volviéndolo más competitivo. A fin de ser mayormente elegidos por las partes contratantes y de prevalecer así en la competencia con las fuentes de *soft law*, los legisladores nacionales verosímilmente inducidos a ofrecer reglas jurídicas que se demuestran mejores y más eficientes, desde el punto de los intereses de las partes contratantes.

¹³ Para un cuadro de conjunto, véase N. Janssen-R. Zimmermann, *General Introduction*, en *Commentaries on European Contract Law*, ed. by N. Janssen-R. Zimmermann, OUP, Oxford, 2018, p. 6 ss.

¹⁴ Por todos, véase O. Lando, *Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation*, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, p. 267 ss.

¹⁵ A. Janssen-N. Ahuja, *Bridging the Gap: The CISG as a Successful Legal Hybrid between Common Law and Civil Law?*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 138 ff.; I. Schwenzer-P. Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, en *American Journal of Comparative Law*, 57, 2009, p. 457 ss. Sobre algo de expticismo respecto el éxito de la Convención, cfr. sin embargo, H. Kötz, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986, p. 9.

¹⁶ Sobre todo se trata de E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, de Gruyter, Berlín, 1936 y II, de Gruyter, Berlín, 1958. Para un cuadro de conjunto, v. P. Huber, *Comparative Sales Law*, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*², ed. by M. Reimann and R. Zimmermann, OUP, Oxford, 2018, p. 938 ss.

De consecuencia, la libertad de las partes contratantes de elegir la ley aplicable a su contrato constituye un “mercado de las reglas”¹⁷, en la cual la competición se encuentra basada en la intrínseca eficiencia y la modernidad de trabajo legislativo (o cuasi-legislativo¹⁸).

Para que esto suceda, es necesario que los ordenamientos jurídicos nacionales no solamente reconozcan el principio general por el cual las partes contratantes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato, pero que impulsan también y favorecen el ejercicio de esta libertad. Esto aún no ha acontecido en modo suficiente, a causa de una cierta resistencia del derecho internacional privado.

En efecto, no está suficientemente aclarado si las partes contratantes pueden libremente elegir aplicar a su contrato no solamente un derecho extranjero, sino también un derecho que puede ser definido como “ajeno”¹⁹, porque no ha sido creado por ningún legislador ni por ninguna convención internacional²⁰.

Esta cuestión ha sido vivamente discutida respecto a los instrumentos europeos de derecho internacional privado (la Convención de Roma antes, y posteriormente el Reglamento Roma I), originando soluciones que niegan la equiparación como se ha indicado²¹, respecto a otras, en cambio, que la afirman²².

Una notable indicación en sentido favorable se puede remitir al art. 3 (*Rules of law*) de los *Principles of Choice of Law in International Commercial Contract* del 2015²³, el cual establece que: «The law chosen by the party may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise»²⁴. En el caso en particular, los PLDC no satisfacen los requisitos de neutralidad

¹⁷ S. Vogenauer, *Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, en *European Review of Private Law*, 21, 2013, p. 13 ss.

¹⁸ V. los ensayos recopilados en *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, al cuidado de A. Zoppini, Laterza, Roma-Bari, 2004 y en *La competizione tra ordinamenti giuridici*, al cuidado de A. Plaia, Giuffrè, Milán, 2007. Más recientemente. v. F. Mezzanotte, *Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione*, y F.P. Patti, *Concorrenza tra ordinamenti e armonizzazione del diritto privato europeo*, ambos en *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, al cuidado de P. Sirena, Nápoles, 2019, p. 327 ss. y respectivamente. p. 423 ss.

¹⁹ Para indicaciones bibliográficas, véase P. Sirena, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 608 ss.

²⁰ Véase los ensayos recopilados en G. De Nova, *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2010.

²¹ C.-W. Canaris, *Die Stellung der UNIDROIT Principles und der Principles of European Contract Law im System der Rechtsquellen*, en AA.VV., *Europäische Vertragsrechtsvereinbeitlichung und deutsches Recht*, hrsg. von J. Basedow, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 5 ss.

²² S. Grundmann, *Law Merchant als lex lata Communitatis*, en *Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag*, hrsg. von U. Diederichsen-G. Fischer-D. Medicus, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 145 ss.; A. Hellgardt, *Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie*, en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 82, 2018, p. 654 ss.

²³ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.

²⁴ A este propósito, v. B. Fauvarque-Cosson, *New Principles in the Legal World: The Hague Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts*, en *English and European Perspectives on Contracts and Commercial Law*, ed.

y de equilibrio que son indicados, por lo que son susceptibles de convertirse en norma aplicable a su contrato por voluntad de las partes contratantes.

Según cuanto establece el art. 1(2), lett. b), PLDC, estos son aplicables también cuando las partes contratantes han convenido «que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes». Esta elección no es sorprendente porque las fuentes del *soft law* en materia contractual han sido generalmente concebida como una racionalización de la *lex mercatoria*, es decir del *corpus* de los usos normativos que se han formado en el ámbito del comercio internacional²⁵.

No obstante ello sea formalmente necesario, de hecho esta hipótesis presupone que al contrato se haya colocado una clausula compromisoria, mediante la cual las partes se han vinculado a ser examinadas en sede arbitral las eventuales controversias que podrían surgir entre ellos.

Tanto más si se considera cuanto se ha expresado a propósito de la tradicional concepción internacional-privatista de la libertad de elección de la ley aplicable al contrato, es inverosímil que un juez nacional acepte resolver una controversia haciendo prevalecer ante el propio derecho nacional los principios generales o la *lex mercatoria*.

Por tanto, los PLDC son susceptibles de incentivar la competición entre jueces nacionales y colegios arbitrales, también en este caso contribuyendo a la modernización y a la mayor eficiencia del derecho aplicable al contrato²⁶.

3. La interpretación del derecho nacional y uniforme según los PLDC

Según cuanto lo establece el art. 3(1) PLDC, estos principios «se aplican para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme y derecho estatal que rigen el contrato».

La interpretación de los instrumentos de derecho uniforme constituye un argumento particularmente impenativo y fascinante. Ante la falta de una corte inter-

by L. Gullifer-S. Vogenauer, Hart, Oxford-Portland, 2017, p. 455 ss.; B. Marshall, *The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 66, 2018, p. 175 ss.

²⁵ J. Bonell, *The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles*, in *Uniform Law Review*, 23, 2018, p. 15 ss.; O. Lando, *The Principles of European Contract Law and the Lex Mercatoria*, en AA.VV., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification – Liber Amicorum Kurt Siebr*, ed. by J. Basedow, The Hague, 2000, 391 ss. En sentido contrario, cfr. C. Legros, *Common Core, PECL and DCFR: Could They be Used to Interpret Shipping Law?*, en AA.VV., *Common core, PECL and DCFR: Could they change shipping and transport law?*, ed. by F. Verheyen-F. Smeele-H. Hoeks, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, p. 13.

²⁶ Véase los ensayos recopilados en *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, ed. by H. Eidenmüller, C.H. Beck-Hart-Nomos, Oxford-Portland, 2013.

nacional que es prepuesta para su aplicación, en efecto, estos instrumentos son aplicables por los jueces nacionales, los cuales tienden inevitablemente a interpretarlos según la *lex fori*. Se presenta así una paradoja, en cuanto los instrumentos de derecho internacional pueden generar diversificaciones y contradicciones entre los ordenamientos jurídicos nacionales, en vez que estos consigan una mayor homogeneidad.

Cuanto menos a partir de los célebres estudios de Ernst Rabel²⁷, los cuales fueron producidos por su actividad de miembro de la comisión multilateral prepuesta a la aplicación del Tratado de Versailles, la doctrina ha sostenido los instrumentos de derecho uniforme no puede y no deben ser interpretados según la *lex fori*, sino sobre la base del derecho comparado.

Es evidente que, por cuanto conciernen a los países de América Latina, los PLDC puede constituir una base para desarrollar una interpretación comparatista de los instrumentos de derecho uniforme.

Asimismo, es significativo que los PLDC pueden servir como instrumento de interpretación de las disposiciones legislativas nacionales en materia de contrato.

4. La hipótesis de una reforma legislativa basada en los PLDC y los proyectos de un código civil europeo

Según lo previsto por el art. 2(2) PLDC, además, los principios «sirven como modelo para los legisladores nacionales o internacionales».

Por ende, se puede inquirir si los PLDC pueden ser concebidos en una perspectiva de potencial superación de la fragmentación nacional del derecho privado y, más específicamente, si ellos preludian una posible codificación del derecho latino-americano de los contratos.

A este propósito, es útil considerar la experiencia de los PECL²⁸, además que a mayor razón, del DCFR²⁹, el cual se caracterizó por la ambición de colocar las bases de un código civil europeo.

²⁷ E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Hueber, München, 1925.

²⁸ O. Lando, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 ss.; R. Zimmermann, *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 2003; C. Castronovo, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1995, I, p. 21 ss.; G. Alpa, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 121 ss.

²⁹ T. Pfeiffer, *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 679; G. Alpa, G. Iudica, *Draft Common Frame of Reference (DCFR), What for?*, Giuffrè, Milán, 2013; AA.VV., *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, al cuidado de C. Marchetti, Giappichelli, Turín, 2012; K. Riesenhuber, *Wettbewerb für das europäische Vertragsrecht*, en *Juristenzeitung*, 66,

Es indudable que los PECL y el DCFR han suscitado unos procesos virtuosos e incisivos de modernización y de europeización de los ordenamientos jurídicos nacionales³⁰, el cual se ha manifestado en múltiples direcciones³¹.

En primer lugar, los PECL (así como los PICC) han inspirado y modelado las grandes reformas del código civil alemán y del francés que han sido realizadas respectivamente en el 2001-2002 y en el 2016-2018³². También el proyecto de reforma del código civil español, el cual hasta el momento se encuentra en curso de elaboración³³, teniendo en cuenta los modelos de *soft law*³⁴, así como los nuevos códigos civiles que han sido promulgados por los Estados de Europa del Este que hace poco se han adherido a la Unión Europea (o están en curso de hacerlo)³⁵. Además, la jurisprudencia de los jueces nacionales frecuentemente ha declarado interpretar el código civil del país en conformidad tanto de los PECL³⁶, cuanto de

2011, p. 537 ss.; M. Maugeri, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, II, p. 253 ss.; L. Antonioli, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München, 2011; U. Breccia, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo"* (Draft Common Frame of Reference), en *I Contratti*, 2010, p. 95 ss.; G. Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Sellier, Berlín, 2010; L. Antonioli-F. Fiorentini-J. Gordley, *A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, en *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, p. 343 ss.; H. Eidenmüller-F. Faust-H. Grigoleit-N. Jansen-G. Wagner-R. Zimmermann, *The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 2008, p. 659 ss.; R. Schulze, *Der DCFR – Funktionen, Methoden und Strukturen*, ahora en Id., *Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht*, hrsg. von Janssen, Baden-Baden, 2012, p. 183 ss.; S. Grundmann, *The Structure of the DCFR-Which Approach for Today's Contract Law?*, en *European Review of Contract Law*, 2008, p. 225 ss.

³⁰ En este sentido, v. O. Meyer, *Principles of European Contract Law und nationales Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

³¹ Para las oportunas referencias, se remite a P. Sirena, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, p. 828 ss.

³² En general, v. S. Patti, *Ricodificazione*, en *Rivista diritto civile*, 2018, p. 446 ss. A propósito de la reforma alemana, v. T. Ackermann, *Uniform Rules as Guidelines for National Courts and Legislatures: The German Experience*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 93 ss. Respecto a la reforma francesa, v. B. Fauvarque-Cosson, *New Instruments Towards Converging Rules Within Europe? The Example of the French Reform (2016)*, ibíd., p. 103 ss.; Ead., *The Unidroit Principles, the World and the French Reform of Contract Law*, en *Unidroit, Eppure si muove: The Age of Uniform Law Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, II, Roma, 2016, p. 1350 ss.

³³ V. los ensayos recopilados en J. Lete-E. Savaux-R. Schütz-H. Boucard, *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Poitiers, 2016. También véase M.A. Parra Lucán, *La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del derecho privado*, en *Europa e diritto privato*, 2014, p. 897 ss.

³⁴ G. Christandl, *Der spanische Schuldrechtsmodernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsregelungen*, en *European Review of Private Law*, 20, 2012, p. 905 ss.

³⁵ Para una serie de *reports* nacionales, véase los actos de la conferencia internacional en ocasión 375º año de la fundación de la Universidad de Tartu, 5-16 de noviembre de 2007: *European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States*, in *Tartu Law Review*, XIV, 2008 (<http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=10521>). Véase, además, M. Józson, *The Influence of European Private Law on the New Romanian Civil Code*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012, p. 571 ss.; M. Pauknerová, *The Unidroit Principles and Czech Law*, en *Unidroit, Eppure si muove: The Age of Uniform Law*, II, cit., p. 1583 ss.; T. Zukas, *Einfluss der Unidroit Principles of International Commercial Contracts und der Principles of European Contract Law auf die Transformation des Vertragsrechts in Litauen: eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Lehre und Praxis zur Auslegung des rezipierten Rechts*, Stämpfli, Bern, 2011.

³⁶ Para España, por ejemplo, véase E. Roca Trías, *The Modernisation of the Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 83 ss.; E. Roca Trías, B. Fernández Gregoraci, *The Modern Law of*

los PICC³⁷, favoreciendo así su convergencia hacia soluciones compartidas a nivel europeo.

La misma Corte de Justicia de la Unión Europea ha demostrado una cierta propensión en tal sentido³⁸.

En cambio, es más difícil verificar cuanta utilidad ha tenido estos instrumentos desde el punto de vista de la resolución arbitral de las controversias (en los cuales los PICC parecen más frecuentes aplicables de los PECL)³⁹.

Por otro lado, se si valorizan desde el punto de vista de la posible promulgación de un código civil supranacional, tanto los PECL cuanto el DCFR han fallado, así como el proyecto más limitado de un reglamento que pretendió introducir un derecho común europeo de la venta (CESL)⁴⁰. En efecto, la resistencia no solo de los gobiernos y de los parlamentos de algunos de los principales Estados Miem-

Obligations in the Spanish High Court, en *European Review of Contract Law*, 5, 2009 p. 45 ss.; C. Vendrell Cervantes, *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 533 ss.; M. Perales Viscasillas, *La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2007, p. 1750 ss.

³⁷ N. Bouza Vidal, *The Unidroit Principles as Legal Background in Spanish Case Law*, en *Unidroit, Eppure si muove: The Age of Uniform Law*, II, cit., p. 1266 ss.; M. Perales Viscasillas, *Los Principios de Unidroit en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, ibíd., p. 1619 ss.; I. Rueda, *Incidence des règles d'Unidroit sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, París, 2015.

³⁸ En las conclusiones del abogado general se remiten a las siguientes citas: 4 de septiembre de 2008 – C-445/06 n. 94 (DCFR) – Danske Slagterier/Bundesrepublik Deutschland; 15 de noviembre de 2007 – C-404/06 n. 44 (PECL) – Las AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände; 17 de diciembre de 2009 – C-227/08 n. 51 (DCFR) – Martín Martín/EDP Editores SL; 14 de febrero de 2012 – C-618/10 n. 4 (DCFR) – Banco Español de Crédito SA/Calderón Camino.

³⁹ Z. Derya Tarman, *Non-national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts*, en F. de Elizalde (ed.), cit., p. 71 ss. En el ámbito de la vigésima conferencia de *Académie Internationale de Droit Comparé (AIDC)*, que se ha desarrollado en Fukuoka en 2018, ha sido tratado el siguiente tema: *The UNIDROIT Principles as a common frame of reference for the uniform interpretation of national law*. Algunos reports nacionales se encuentran ya disponibles. Para Alemania, v. A. Erler-M. Schmidt-Kessel, *The Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement German Contract Law*, en AA.VV., *German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law*, ed. by M. Schmidt-Kessel, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, p. 39 ss.; para Italia, véase A. Veneziano-E. Finazzi Agrò, *The Use of the UNIDROIT Principles in Order to Interpret or Supplement National Contract Law*, en *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, special edition, I, Nápoles, 2018, p. 39 ss. También véase B. Berger, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 129 ss.

⁴⁰ C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, en *Europa e diritto privato*, 2011, p. 837 ss.; S. Whittaker, *The Proposed „Common European Sales Law”: Legal Framework and the Agreement of the Parties*, in *Market Law Review*, 75, 2012, p. 578 ss.; G. Alpa, *CESL, Fundamental Rights, General Principles of Contract Law*, en *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 837 ss.; R. Schulze, *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, C.H. Beck, Oxford, 2012; J.M. Smits, *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012, p. 904 ss.; H. Beale, *A Common European Sales Law (CESL) for Business-to-Business Contracts*, in AA.VV., *The Making of European Contract Law: Why, How, What, Who*, ed. by L. Moccia, Sellier, München, 2013, p. 65 ss.; G. Dannemann-S. Vogenauer, *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; M. Schmidt-Kessel, *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, SELP, Berlín, 2014; J. Plaza Penadés-L. Martínez Velencoso, *European Perspective on the Common European Sales Law*, Springer, The Hague, 2015.

bros, sino también de una parte significativa de los juristas nacionales ha inducido a la Comisión a abandonar la hipótesis de una unificación europea del derecho privado y de la sustitución de los códigos civiles nacionales con un único instrumento legislativo de la Unión. Además, es vivamente discutido si esta última tenga la competencia institucional para emitir un instrumento del tipo y, también en el caso en que respuesta a la consulta sea positiva, si el proyecto de una codificación europea (incluso parcial) del derecho privado no viole irremediablemente el principio de subsidiaridad, que se encuentra en el art. 5 del Tratado sobre la Unión. En general, no se consiguió el objetivo de superar la actual fragmentariedad del derecho privado europeo, ni siquiera en cuanto concierne a la regulación de los contratos comerciales.

Además, más allá de la falla del legislador europeo, no se puede olvidar que la uniformidad jurídica, por cuanto pueda constituir un objetivo legítimo desde el punto de vista de la política del Derecho, no puede estar exenta de costos y que puede comportar desventajas también mayores de su utilidad. Como demuestra también el paragón empírico con los Estados Unidos y su experiencia jurídica, la diversificación del Derecho puede ser preferible y más ventajosa de su forzada uniformidad.

Por otro lado, entre los paradigmas fundantes de la justicia no existe la estandarización del Derecho, sino, exactamente lo opuesto, su actitud a tener en cuenta de las diferencias (*unicuique suum tribuere*).

También respecto a los PLDC, es evidente que estos no suplantán el derecho nacional de los países latino-americanos, por lo menos a medio término.

Indudablemente es que estos ordenamientos jurídicos muestran un elevado nivel de homogeneidad y se caracterizan por notables elementos comunes, los cuales, en larga parte, debidos a sus raíces históricas. No obstante, esto no significa que estos pueden ser concebidos como variaciones de un único tema y que son, por tanto, inevitablemente destinados a perder sus específicas características⁴¹.

En cada uno de estos ordenamientos jurídicos la comunidad de los juristas (sea estos profesores de Derecho, jueces o abogados) ha desarrollado un *corpus* de prácticas interpretativas. Se trata de un depósito consistente de soluciones basadas en la aplicación jurisprudencial del Derecho, de *standards* de enseñanza y de investigación científica, de estilos formales y expositivos de los códigos civiles nacionales y de las sentencias pronunciadas por los jueces que los aplican, etc.

Por tanto, la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latino-americanos no es reconducibles a una simple elección política, porque estos no constituyen una materia no trabajada, la cual pueda ser libremente plasmada y traspuesta a un nivel supranacional.

⁴¹ Para una amplia discusión de este problema, véase S. Lanni, *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del MERCOSUR tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Giuffrè, Milán, 2005, espec. p. 221 ss.

Entonces, es previsible que, en medio término, los derechos nacionales de los países latino-americanos continuaran constituyendo el punto decisivo de referencia para la aplicación y la evolución del derecho privado.

5. La (¿aparente?) inaplicabilidad de los PLDC a los contratos de los consumidores

Esto vale a mayor razón si se considera que, de acuerdo con el art. 1(1) PLDC, estos principios «establecen reglas generales aplicables a los contratos internos y internacionales, pero no a los contratos de consumo».

Por “contratos de consumo”, se deben comprender los contratos que son estipulados de los consumidores para adquirir los bienes y los servicios por quien los produce y los comercializa profesionalmente.

A esto se consigue que los PLDC regulan no solamente los contratos bilateralmente comerciales, es decir estipulados entre profesionales (B-to-B), sino también los estipulados entre consumidores (C-to-C). Más en general, se puede afirmar que los PLDC regulan los contratos entre pares (P-to-P), donde estos no son aplicables, en cambio, a los contratos unilateralmente comerciales, es decir estipulados entre profesionales y consumidores (B-to-C).

Por un lado o por el otro, los PLDC se diversifican así de las otras fuentes de *soft law*. En efecto, su ámbito subjetivo de aplicación es más amplio del de los PICC, los cuales son aplicables exclusivamente a los contratos bilateralmente comerciales (B-to-B), no comprendiendo así a los de los consumidores (C-to-C); por otro lado, es más restringido de los PECL (y del DCFR), los cuales son aplicables también a los contratos unilateralmente comerciales, o del consumidor (B-to-C).

Entonces, se trata de contratos que se caracteriza por una constitutiva asimetría entre las partes contratantes, la cual hace que una de esas (es decir, el consumidor) sea estructuralmente “débil” y del otro (o sea, el profesional) es estructuralmente “fuerte”.

La racionalización que es característica de la actividad empresarial de producción y de intercambio de bienes y servicios comporta que, frente a la predisposición unilateral del contrato de parte del profesional, el consumidor sea estructuralmente expuesto al riesgo de sufrir un abusivo aprovechamiento de la propia posición negocial, la cual, en definitiva, perjudica el interés general al buen funcionamiento del mercado.

En efecto, este último presupone que, en su segmento final, el consumidor es racionalmente en capacidad de elegir de la oferta mejor de bienes y de servicios entre los profesionales concurrentes, maximizando así también el bienestar colectivo de la sociedad. En los límites en que esto sea objetivamente y estructuralmente imposible, el mercado es expuesto al riesgo de su falla, por tanto, la exigencia de una intervención orientada

a regularlo desde el punto de vista legislativo, al fin de limitar la autonomía privada del profesional contratante y de tener en cuenta la del consumidor que se tiene en frente⁴².

Los “*contratos de consumo*”, a los cuales se refiere el ya mencionado art. 1(1) PLDC, son los regulados por el “derecho de los consumidores” que, tanto en América Latina como en Europa, se ha desarrollado al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales como derogación del derecho común, a menudo contraponiéndose así al código civil desde el punto de vista de las fuentes de producción normativa⁴³.

Desde el punto de vista internacional-privatista, el derecho de los consumidores se traduce en una derogación al principio general según el cual las partes contratantes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato. Esta prohibición es coherente con las razones mismas justifican la especialidad del Derecho y que, como ya se ha referido, se traducen en una serie de limitaciones inderogables de la autonomía privada del profesional contratante⁴⁴.

No obstante, esto se obtiene que, como se podría considerar de una primera lectura del art. 1(1) PLDC, estos principios son absolutamente inaplicables a los contratos estipulados por los consumidores (con los profesionales). En efecto, la regla según la cual las partes contratantes no pueden libremente elegir la ley aplicable a estos contratos quiere decir propiamente que, no obstante esta elección, estos serán aplicados las normas jurídicas que tutelan mayormente al consumidor, el cual no puede ser privado de la protección que es garantizada por el Derecho del países en que tiene habitualmente su residencia.

En esto se obtiene que los PLDC puede ser elegidos como ley aplicable a los contratos estipulados entre los consumidores y los profesionales, quedando detenida la aplicación de estos contratos de las normas jurídicas que tutelan mayormente el consumidor en el ordenamiento jurídico del país en que tiene su morada habitual.

Debido a que, como se ha expresado, estas normas jurídicas son por definición inderogables, se presenta así el problema si el art. 1(1) PLDC se encuentre dotado de un autónomo contenido preceptivo. En un cierto sentido, se podría considerar que, no tratándose de derecho vigente en sentido positivo⁴⁵, los PLDC no pueden en ningún caso comportar la desaplicación de las normas inderogables dictadas por el derecho nacional que serían aplicables al contrato. Si fuese así, el art. 1(1) PLDC sería sustancialmente inútil, o al menos superfluo, dado que en la misma conclusión se habría llegado también en su falta.

No obstante, si se acepta que mediante la elección de las partes contratantes el derecho “ajeno” (como el de los PLDC) se convierta en una ley que regule el contrato⁴⁶, se debe

⁴² J. Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

⁴³ Para un examen detallado, v. S. Lanni, cit., p. 35 ss.

⁴⁴ P. Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, en *Rivista diritto civile*, 2004, I, p. 787 ss.

⁴⁵ V. *supra*, n. 1.

⁴⁶ V. *supra*, n. 2.

considerar que, no obstante su formación “privada”, este derecho deba ser tratado como el extranjero desde el punto de vista internacional-privatista⁴⁷.

Desde el punto de vista que aquí interesa, lo que implica que, si elegida por las partes contratantes, los PLDC deben ser considerados idóneos para constituir un régimen jurídico tendencialmente autosuficiente, al punto de derogar también a las normas imperativas dictadas de los ordenamientos jurídicos nacionales de las partes contratantes, o del Derecho que sería aplicable a los contratos en falta de una elección elegida diversa⁴⁸.

No obstante, como es obvio los límites generales que el derecho internacional privado tradicionalmente se opone a esta elección⁴⁹. En tal sentido, depones expresamente el art. 3 PLDC, el cual establece que: «Estos Principios no restringen la aplicación de normas imperativas ni de principios de orden público, nacional, internacional o supranacional, conforme a las normas de Derecho internacional privado». Se trata del orden público internacional y de las “normas de aplicación necesario”.

Por cuanto el concepto de “normas de aplicación necesaria” sea vaga y éterea, se debe considerar que este deba ser definido sobre la base de las razones de política del Derecho que pueden justificar la restricción de la libertad que las partes contratantes generalmente han de elegir la ley aplicable a su contrato⁵⁰. En particular, como se ha expresado, la tutela del consumidor en materia contractual es teleológicamente fundada sobre la exigencia de prevenir y neutralizar los riesgos de la falla del mercado que son determinados de la asimetría informativa entre las partes contratantes. A esto se obtiene que las normas imperativas que forman parte de este derecho son “de aplicación necesaria” en sentido internacional-privatista.

Por tanto, el art. 1(1) PLDC asume una importancia fundamental interpretativa, porque de este se puede deducir que, si las elecciones de las partes contratantes, tales principios generalmente prevalecen en las normas imperativas dictadas por el derecho nacional de las partes contratantes (o de lo que sería aplicable al contrato en falta de una elección di-

⁴⁷ Sobre este problema, véase F. Galgano, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, en *Contratto e impresa/ Europa*, 2012, p. 5 ss.; J.P. Béraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, en *Le Droit international privé: esprit et méthode. Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, p. 93 ss.; G. Carella, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, en *Il nuovo diritto europeo dei contratti dalla Convenzione di Roma I al Regolamento «Roma I»*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 78 ss. Para indicaciones bibliográficas, véase G. Biagioni, *sub art. 3*, en *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, al cuidado de F. Salerno-P. Franzina, en *Nuove leggi civili comm.entate*, 2009, p. 619 ss.

⁴⁸ Para una discusión del problema desde el punto de vista de los contratos internacionales y de los *boilerplate terms*, v. M. Foglia, *Il contratto autoregolato. Le merger clauses*, Giappichelli, Turín, 2016; F. Castronovo, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione. La merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Giappichelli, Turín, 2018.

⁴⁹ A este propósito, véase G. Broggin, *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella Convenzione di Roma del 1980*, en Id., *Studi di diritto internazionale privato e comunitario*, II, Jovene, Nápoles, 2007, 832 ss. Por cuanto concierne el art. 3, parágrafo 3, del Reglamento Roma I, v. J. Böhle, *Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen*, en *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 2019, p. 72 ss.

⁵⁰ Véase *supra*, n. 2.

versa), restando solamente las normas de aplicación necesaria (como las que tutelan más fuertemente los consumidores) y, obviamente, el orden público internacional.

6. Conclusiones

En conclusión, los PLDC son susceptibles de desarrollar un rol esencial en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latino-americanos. Mientras algunos de tales países han mostrado una evidente tendencia a la modernización y al cambio, otros han conservado su código civil así como ha sido promulgado en el siglo XIX.

Este fenómeno es casi inevitable cuando, gozando de un gran prestigio cultural y fundado en una tradición que se remonta en el tiempo, el código civil termina en convertirse en una especie de monumento cultural, como ha sucedido, por ejemplo, con el de Andrés Bello que fue adoptado en Chile, como en la experiencia colombiana. No obstante, en este modo el código civil puede sustraerse a un juicio crítico desapasionado y profundo, que pueda conducir a un repensamiento de conjunto.

En cambio, los PLDC pueden servir como fuente de inspiración para los legisladores nacionales y pueden legitimarlos culturalmente retomando un amplio programa de reformas del derecho contractual que es predispuesto por sus códigos civiles.

Más allá de los eventuales resultados de uniformidad legislativa y jurisprudencial, es indudable que se favorezca así el desarrollo de una cultura jurídica latino-americana del contrato⁵¹, creando las bases a fin que los juristas que forman parte de los ordenamientos jurídicos diferentes puedan participar en un diálogo supranacional y contribuir así a la afirmación de una doctrina común.

A este fin, es seguramente ausplicable que, en el ámbito de la enseñanza universitaria del Derecho en los países latino-americanos, los PLDC sean reconocidos como un instrumento que debe constituir objeto de enseñanza y con los cuales los estudiantes pueden adquirir una suficiente familiaridad⁵².

⁵¹ J. Schmidt, *The 'Principles of Latin American Contract Law' Against the Background of Latin American Legal Culture*, en R. Momberg-S. Vogenauer (edición al cuidado de), cit., p. 94.

⁵² Otro proyecto importante está constituido por el *Grupo para la armonización del derecho en América Latina* (GADAL), el cual está trabajando un proyecto de código opcional en materia de derecho de las obligaciones. Para mayores informaciones. véase <http://gadal.uexternado.edu.co/>

Principes Latino-Américain du droit des contrats: formation, cause et invalidité

Yves-Marie Laithier*

ABSTRACT

La comparaison entre les Principes Latino-américains et le droit français des contrats – qui se limite dans le cadre de cette contribution, d'une part, à la lettre des textes, d'autre part, à la formation, à la cause et à l'invalidité du contrat – fait apparaître des ressemblances et des différences. Le nombre de points communs est élevé, ce qui n'est pas surprenant compte tenu du contexte juridique et culturel respectif des deux points de comparaison. Il existe cependant des différences significatives dont certaines sont explicites alors que d'autres procèdent du silence conservé par les Principes sur certains aspects.

It is generally admitted that comparison is a method that involves looking for and explaining both similarities and differences between the objects of research. Assuming the meaning of such concepts is clear, the results of a brief comparison between the recent Latin American Principles of Contract Law and the French Law of Contract would be as follows. First and predictably, the number of similarities is high. Some are related to form (style and structure of the principles). Others are related to substantial issues: the paramount importance of freedom of contract and good faith, the existence of vitiating factors such as mistake, fraudulent misrepresentation and duress, the

* Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1).

general requirement of a cause (even though the word no longer appears in the French civil code after the 2016 reform), the judicial character of annulment or the distinction between ‘absolute nullity’ and ‘relative nullity’. Secondly there are, however, significant differences. In my view, some rules are interesting and their ‘transplant’ in French law is worth considering (for example the rule about the assessment of damages where an obligation of confidentiality is breached during negotiations). Others should clearly be rejected (especially the vague, insecure and repulsive rule against « excessive advantage »). Thirdly, there are ‘silences’. Although they may be ambiguous and difficult to interpret, some of them are real gaps that should be filled in (the absence of rules on precontractual agreements and standard terms are striking examples).

KEYWORDS

Contract Law – Comparative Law – French Law – Latin-American Law

Résumé :

1. Harmonisation régionale
2. Principes latino-américains : droit savant
3. Droit français : trois en un
4. Plan
5. Ressemblances
 - 5.1. Forme
 - 5.2. Fond
6. Différences
 - 6.1. Différences de présentation
 - 6.2. Différences de fond
7. Silences

1. Harmonisation régionale

Les *Principes latino-américains du droit des contrats*¹ illustrent ce que l’on nomme parfois la « régionalisation » du droit, c’est-à-dire ce processus d’élaboration de règles communes à plusieurs Etats nationaux faisant partie d’une même zone géographique. Ce n’est certes

¹ Le présent rapport s’appuie sur la traduction française des *Principes latino-américains du droit des contrats* effectuée par le Professeur S. Moreno Fernández et révisée par le Professeur C. Pizarro Wilson. Pour une première analyse comparative d’ensemble, en anglais, V.R. Momberg, S. Vogenauer, (eds), *The Future of Contract Law in Latin America. Principles of Latin America Contract Law*, Bloomsbury, London, 2017.

ni le premier exemple dans l'histoire, ni le plus remarqué². Mais c'est malgré tout un événement, ne serait-ce que parce que le projet a abouti alors que, dans un passé récent, certaines tentatives (notamment en Asie) ont échoué.

Ce corpus de règles aurait pu donner lieu à une comparaison « inter-régionale », par exemple, en recherchant les points communs et les différences entre les Principes latino-américains du droit des contrats et ceux élaborés en Europe à l'initiative d'Ole Lando³. Mais il a paru plus fécond de faire le rapprochement entre ces Principes et un droit positif (en l'occurrence le droit français) plutôt qu'entre deux corpus de normes « hors sol ».

2. Principes latino-américains : droit savant

Le fait est que les Principes latino-américains sont composés de textes rédigés uniquement par des experts (universitaires et praticiens). Ces textes sont donc en eux-mêmes dépourvus de force normative. Ils ne sont pas encore utilisés par les parties. Ils n'ont pas encore fait l'objet d'application et d'interprétation par les tribunaux (étatiques ou arbitraux). Et, à ce jour, les personnes qui les interprètent sont, pour la plupart, celles qui les ont rédigés. Cette situation ne fait pas obstacle à la comparaison, mais elle invite à être prudent dans l'analyse car, au fond, le sens et la portée des textes ne seront connus qu'une fois qu'ils seront appliqués par leurs destinataires.

3. Droit français : trois en un

La situation actuelle du droit français des contrats est assez complexe. A la suite de la réforme qui s'est déroulée en deux temps (ordonnance du 10 février 2016 suivie de la loi de ratification du 20 avril 2018)⁴, ce droit se divise en trois blocs : le droit applicable aux contrats conclus jusqu'au 30 septembre 2016 ; le droit applicable aux contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 ; le droit applicable aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2018. Une comparaison complète supposerait de prendre en considération ces trois régimes successifs, mais, par souci de simplicité, l'accent sera mis sur les

² La « régionalisation » des Droits de l'Homme est un phénomène bien plus en vue. V. à ce sujet, par ex., Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?*, RCADI, t. 387, Brill, Nijhoff, 2017, n° 230 et s.

³ V. O. Lando, H. Beale, (eds), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000.

⁴ Pour des commentaires approfondis des nouvelles dispositions du Code civil français, V. par ex., G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2018 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis, Paris, 2018.

nouvelles dispositions du Code civil français plutôt que sur les anciennes, même si celles-ci gouvernent encore un très grand nombre de contrats.

4. Plan

De manière générale et du point de vue d'un juriste français, le contenu des Principes latino-américains du droit des contrats n'est pas révolutionnaire. Ils formulent des règles qui existent ailleurs, soit dans des instruments internationaux (notamment la Convention de Vienne sur la vente de marchandises), soit dans certains droits internes. Il ne faut pas s'en étonner. Il n'y avait aucune raison, compte tenu de l'objectif poursuivi, que ces Principes soient une œuvre de rupture. Le but des auteurs n'était pas de rédiger une sorte de manifeste, mais de créer un outil apte à répondre aux besoins de la pratique contractuelle contemporaine. C'est la raison pour laquelle il existe un nombre significatif de points communs avec le droit français, notamment à propos de la formation et la validité du contrat (5). Cela ne signifie pas que tout ce qui n'est pas commun est nécessairement différent. Il faut distinguer les véritables différences (6) des silences dont la portée est ambiguë (7).

5. Ressemblances

Les ressemblances entre les Principes latino-américains et le droit français du contrat sont nombreuses. On signalera les principales en distinguant la forme et le fond.

5.1. Forme

Les articles des Principes latino-américains sont rédigés de manière concise. C'est aussi l'une des caractéristiques reconnues du Code civil français dont Portalis avait le premier vanté les mérites. La raison d'être de cette concision n'est pas dévoilée. Plusieurs explications, qui ne sont d'ailleurs pas incompatibles, peuvent être avancées. Les rédacteurs ont peut-être eu à l'esprit la distinction, rendue célèbre par Dworkin, entre les « principes » et les « règles » – plus détaillées – qui en procèdent⁵. Ou bien, plus probablement, les rédacteurs ont voulu rester fidèles à une tradition latine de la codification. Ou bien encore, la

⁵ Pour Dworkin, les principes et les règles sont tous normatifs mais n'opèrent pas de la même manière. Les règles s'appliquent selon un mode de tout ou rien : elles aboutissent à une décision selon que leur présupposé est établi ou non. Par comparaison, l'application des principes n'est pas aussi mécanique. Ceux-ci indiquent une raison d'aller dans une direction, sans nécessairement commander une décision particulière. Le principe oriente le juge dans un sens, mais la décision finale dépendra à la fois d'autres principes applicables et des circonstances. V.R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995, p. 82 et s. Dans la version originale, l'auteur écrit à propos du principe : « *It states a reason that argues in one direction (...)* ».

concision a pu constituer le moyen efficace de trouver un consensus entre les rédacteurs afin de dissimuler des désaccords que des règles plus précises auraient mis en lumière. L'autre ressemblance formelle entre les Principes et le Code civil français (dans sa version postérieure à la réforme de 2016) concerne la structure d'ensemble. On songe en particulier à la présence de « principes généraux » suivis de la distinction entre les conditions de formation des contrats et la sanction de la nullité ; à l'existence d'une subdivision consacrée spécialement à la négociation du contrat et une autre consacrée spécialement aux restitutions ; à l'importance accordée à l'offre et à l'acceptation. La forme rejoint ici le fond car l'accent mis sur l'offre et l'acceptation n'est que le reflet de la manière dont le contrat est conçu : un *consensus ad idem*.

5.2. Fond

Sur le fond, une communauté de valeurs semble partagée par les Principes et le droit français. Ces valeurs communes sont la liberté contractuelle (dans son double sens de liberté de conclure ou ne pas conclure un contrat et de déterminer le contenu du contrat), le consensualisme et la bonne foi, fréquemment mentionnée dans les Principes.

A ces grandes orientations s'ajoute une multitude de règles qui, au moins dans leur formulation, illustrent la proximité qui existe entre le contenu des Principes et celui du Code civil. Parmi ces règles, on peut mentionner : la liberté de rompre les négociations ; la responsabilité précontractuelle limitée à l'indemnisation de l'intérêt négatif ; la triple exigence du consentement des parties, d'un objet et d'une cause ; le caractère exceptionnel des contrats solennels ; l'expression du consentement soit par une déclaration soit par un comportement ; la définition de l'offre (qui doit être précise et ferme) ; la liberté de rétracter l'offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; la règle selon laquelle, en principe, le silence ne vaut pas acceptation ; la disqualification de l'acceptation en contre-offre si elle modifie l'offre ; le concept de vice du consentement (même s'il est écrit « vice du contrat » dans la version française) avec la trilogie classique (erreur, dol et violence) ; la nécessité d'une erreur qui soit excusable ; la définition du dol ; la référence (dans la version française) à l'objet plutôt qu'au contenu ; le maintien de la cause (cause de l'obligation et cause du contrat) – ce qui, en réalité, est un point commun avec le droit français qui demeure causaliste bien que le mot « cause » ait disparu des nouveaux textes⁶ ; la distinction entre nullité relative et nullité absolue et le critère sur lequel repose cette distinction ; le caractère judiciaire de la nullité alors que la résolution a lieu par notification ; la possibilité de confirmer une nullité relative ; ou encore, l'effet rétroactif de la nullité (avec les restitutions).

⁶ V.O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, « *La cause a-t-elle réellement disparu du droit français des contrats ?* », *ERCL* 2017, p. 418 et s.

Outre qu'une analyse plus fine des règles précédentes conduirait à nuancer la proximité qui vient d'être évoquée entre les Principes latino-américains du droit des contrats et le droit français, des différences plus nettes se font jour.

6. Différences

6.1. Différences de présentation

Plusieurs différences apparaissent dans la présentation des règles. Bien que secondaires, elles constituent un indice des choix de fond qui ont été effectués par les rédacteurs des Principes. Par exemple, la définition du contrat fait partie d'un chapitre consacré à la formation du contrat (art. 8), alors qu'en droit français, le Code civil distingue la notion de contrat et les conditions auxquelles il se forme. De même, le Code civil sépare la formation du contrat et sa validité, c'est-à-dire le processus d'échange des volontés, d'un côté, et la conformité de cet échange à la légalité, de l'autre. En d'autres termes, le Code, suivant en cela les enseignements de la doctrine française, distingue deux questions. Premièrement, est-ce qu'un accord existe ? Deuxièmement, est-il valable ? La sanction n'est pas la même : inexistence (sans prescription) dans le premier cas ; nullité du contrat dans le second. Cette distinction n'est pas formellement consacrée par les Principes. Dernier exemple : dans le Code civil, la représentation est conçue comme une question de pouvoir des parties et donc de validité du contrat, alors que les Principes envisagent la question dans l'examen des effets du contrat à l'égard des tiers (art. 55 et s.).

6.2. Différences de fond

Au-delà de ces présentations distinctes, on relève des différences plus substantielles. Plusieurs exemples peuvent être donnés.

Dans les Principes, le contrat est défini par référence à sa finalité, comprise comme « la réalisation juridique patrimoniale ». Cette définition est sans doute adaptée aux relations du commerce international pour lesquels les Principes ont été envisagés, mais elle aboutit à une conception du contrat plus stricte que celle du Code civil français. En effet, d'après l'article 1101 du Code civil, le contrat est tout « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». La dimension patrimoniale ne fait pas partie de la définition, ce qui explique, par exemple, qu'il n'y ait aucune difficulté à qualifier de contrat le partenariat unissant les deux membres d'un couple.

Une autre différence des Principes par rapport au droit français est la sanction de la violation de l'obligation de confidentialité : l'article 12 prévoit, en plus des dommages-intérêts compensatoires, la « restitution des bénéfices obtenus ». Officiellement, cette sanction n'existe pas en droit français. La seule façon de tenir compte du profit retiré de la violation du secret est de jouer sur la définition du préjudice (le gain manqué notamment).

A certains égards, le régime de l'erreur prévu par les Principes est plus restrictif qu'en droit français. Ainsi, l'erreur ne vicie le contrat que si les deux parties ont commis la même erreur (art. 29), ce que n'exige pas le droit français. Mais, d'un autre côté, l'article 30 précise que celui qui commet une erreur ne peut pas s'en prévaloir si l'autre partie offre d'exécuter le contrat dans les termes dans lesquels elle avait entendu le conclure. Certes, en droit français, les parties ont toujours la liberté de trouver un accord. Mais une partie ne peut pas unilatéralement empêcher l'autre de demander la nullité pour erreur simplement en lui offrant ce qu'elle espérait. Cette « adaptation du contrat pour erreur » avait été prévue par le projet de réforme en 2015 avant d'être finalement retirée. La sanction est donc la nullité totale.

La crainte révérencielle est exclue de la notion de violence. Du moins n'est-elle pas une cause de nullité du contrat d'après les Principes (art. 36). Il est assez surprenant de trouver un texte à ce propos dans des Principes destinés à réguler le commerce international. Quoiqu'il en soit, la différence est claire avec le droit français qui, de son côté, a supprimé cette limite pour tenir compte de possibles pressions familiales.

La règle formulée par l'article 85 (frustration de la cause du contrat) fait songer aux fameux *coronation cases* du droit anglais⁷. Elle n'est pas exprimée en termes aussi explicites en droit français. C'est une différence. Toutefois, la caducité du contrat, telle qu'elle est prévue par le Code civil, peut aboutir à l'anéantissement du contrat dans des circonstances similaires⁸.

Il reste que la différence la plus profonde avec le droit français est certainement la règle des Principes relative à l'avantage excessif présent dès la formation du contrat (art. 37). Cette disposition soulève une série de questions auxquelles le texte, trop vague, ne permet pas d'apporter des réponses : est-ce que l'« avantage excessif » et la contrariété « aux exigences de la bonne foi » forment deux conditions distinctes ou bien est-ce que la première implique nécessairement la seconde ? En d'autres termes, est-ce qu'il faut caractériser, outre l'avantage excessif, un comportement de mauvaise foi ou bien est-ce que l'excès *en soi* est contraire à la bonne foi ? Une forme de contrainte (ou d'abus ?) est-elle requise dans le silence du texte ? A la lumière de quels critères et de quelles méthodes sont mesurés les « difficultés économiques » et le « manque d'expérience », circonstances qui sont l'une et l'autre très évasives ? Puisque l'excès peut concerner tout autant le contrat que ses clauses, la protection textuelle joue-t-elle en présence d'une seule clause déséquilibrée et quel qu'en soit l'objet ? Comment le juge apprécie-t-il, au stade de la sanction, « l'accord qui aurait pu être conclu » ? Au-delà de ces incertitudes, le texte crée un redoutable effet répulsif. Il constitue une formidable menace pour la sécurité des transactions qui devrait conduire les parties (et leurs conseils) à se détourner des Principes au profit d'un socle

⁷ V.G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2014, § 7-006 et s.

⁸ V.O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. op. cit.*, p. 396 et s.

de règles aux effets mieux maîtrisés, plus prévisibles et moins dangereux pour la bonne exécution de ce dont les parties ont décidé d'un commun accord.

Pour terminer ce bref tour d'horizon, il reste à s'interroger sur la portée de certains silences.

7. Silences

Il existe dans le Code civil français des règles qui n'apparaissent pas dans les Principes sans que cela soit forcément révélateur d'une différence. La portée de ces silences est incertaine. Il peut s'agir de véritables lacunes (des oublis de la part des auteurs). Mais il peut tout aussi bien s'agir de silences volontaires, lesquels pourraient s'expliquer, par exemple, par l'impossibilité de trouver une position commune acceptable par l'ensemble des rédacteurs.

Certains silences concernent des aspects ponctuels même s'ils sont importants en pratique. A titre d'exemples, on peut mentionner la question de savoir si l'erreur peut porter sur sa propre prestation (par exemple, le vendeur peut-il se prévaloir de l'erreur qu'il a commise sur le caractère constructible du terrain qu'il cède ?). De même, est-ce que le dol (art. 32) rend nécessairement l'erreur excusable (art. 29 (2)) ? Ou bien encore, qu'en est-il de la détermination unilatérale de cet objet si particulier qu'est le prix ? Est-elle possible au regard de l'article 38 (1) des Principes ? Dans l'affirmative, quel en est le régime ? Quels sont les pouvoirs de contrôle et de sanction du juge ? Ce sont autant de questions laissées sans réponse par les Principes.

D'autres silences sont d'une ampleur plus générale. Pour s'en tenir à la formation du contrat, l'on songe à trois séries d'éléments : 1) le caractère électronique des contrats, 2) les conditions générales et leur articulation en cas de conflit, et 3) l'ensemble (hétérogène) des avant-contrats soit qu'ils contiennent un engagement de contracter le contrat définitif (contrat d'option typiquement), soit qu'ils n'en contiennent pas (engagement d'honneur, accord de principe, etc.). Compte tenu des pratiques contractuelles dans le commerce transfrontalier contemporain, il est étonnant que ces aspects ne soient pas envisagés par les Principes. Pour notre part, nous y voyons une lacune mais aussi une piste à explorer pour une éventuelle deuxième édition.

La causa nei Principi latinoamericani del diritto dei contratti a dibattito

Beatriz Gregoraci*

ABSTRACT

I redattori dei Principi Latinoamericani del Diritto dei Contratti (PLDC) hanno deciso di conservare la causa come requisito per la formazione del contratto (art. 9 PLDC).

Le ragioni addotte sono fondamentalmente due: da un lato, la tradizione di numerosi Diritti Latinoamericani, che prevedono nei loro codici civili la causa come elemento fondamentale del contratto (ad esempio, il Cile, l'Uruguay o la Colombia); dall'altro, l'utilità di questa figura: la causa, si dice, ha giocato un ruolo importante nei paesi latinoamericani, risolvendo diversi tipi di problemi.

L'obiettivo di questo articolo è cercare di contestare le ragioni appena abbozzate. Cercherò di dimostrare come i PLDC possano fare a meno della causa, riuscendo ciononostante a risolvere i problemi che con essa si sono cercati tradizionalmente di dirimere.

Nello specifico, contesterò l'argomento basato sulla tradizione fondamentalmente attraverso l'accertamento dell'abolizione della causa nei testi più rappresentativi del Moderno Diritto dei Contratti e nel Codice Civile francese dopo la riforma del 2016.

La mia attenzione, poi, si focalizzerà principalmente sul secondo argomento: la cosiddetta, "utilità della causa". Cercherò di dimostrare che, come hanno già sottolineato autorevoli autori, le funzioni tradizionalmente compiute dalla causa possono essere svolte in modo adeguato da altre figure giuridiche altrettanto tecnicamente adeguate. Dopo aver individuato quali sono state le funzioni

* Universidad Autónoma de Madrid (Spagna); beatriz.gregoraci@uam.es. La revisione della lingua italiana è stata gentilmente eseguita dall'Avv. Guido Di Nola. Qualsiasi imperfezione che possa ancora rimanere è solo dovuta a me. Questo articolo si inserisce nel Progetto di Ricerca "Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento: aproximación de dos sistemas" (DER 2017-84947-P). Finanziato dal "Ministero de Economía y Competitividad".

compiute dalla causa e, quindi, i problemi che ha cercato di risolvere, mi riferirò alle ulteriori figure che possono occuparsi di essi con eguale risultato, e verificherò se siano regolate nei PLDC. Mi soffermerò, quindi, sulle esigenze di esistenza di una causa vera e lecita, sulla falsità della causa e sulla cosiddetta “funzione di caratterizzazione dei contratti”.

The editors of the Latin American Principles of Contract Law (PLACL) have decided to maintain cause as a requirement for contract formation (Art. 9 PLACL).

There are basically two reasons. On the one hand, cause is a fundamental element of contracts in the tradition of civil codes of numerous Latin American legal systems (for example, in Chile, Uruguay and Colombia). On the other hand, cause is considered useful: it is said that it has played an important role in Latin American countries, solving different types of problems.

The aim of this article is to try to challenge the two reasons outlined above. I will try to show that, even without cause, PLACL could succeed in solving the problems that cause has traditionally been called upon to solve.

The argument based on tradition will be challenged fundamentally by highlighting the abolition of cause in the most representative texts of Modern Contract Law and in the French Civil Code after the 2016 reform.

I will then turn to focus on the second argument: the so-called “usefulness of cause”. I will try to show that, as authoritative authors have already pointed out, the functions traditionally performed by cause can be adequately performed by other equally appropriate legal figures. After identifying the functions performed by cause and, therefore, the problems it has been used to try to solve, I will identify the alternative figures which can deal with them just as effectively and verify whether they are regulated in the PLACL. I will therefore deal with the supposed need for true and lawful cause, the falsity of cause, and the so-called “function of characterization of contracts”.

KEY WORDS

Causa – Functions – Fundamental Element of Contract – Formation of Contract – Utility

Table of contents

1. Riflessioni preliminari
2. L'argomento della tradizione
3. L'utilità (delle funzioni) della causa
 - 3.1. Esistenza di una causa (vera)
 - a) Formazione del contratto
 - b) Esecuzione del contratto
 - 3.2. Falsità della causa
 - 3.3. Liceità della causa
 - 3.4. Funzione di caratterizzazione della causa
4. Conclusioni

1. Riflessioni preliminari

I Principi latinoamericani del Diritto dei contratti (d'ora in poi PLDC) sono un testo già ben noto fra i giuristi, non solo latinoamericani, ma anche europei, grazie al lavoro di diffusione dei suoi promotori che si sono preoccupati di presentare il loro lavoro alla comunità scientifica in diverse giornate di discussione e di analisi¹.

I PLDC sono stati pubblicati nel 2017 dal *Boletín Oficial del Estado (Colección de Derecho Privado)* e si collegano con il testo approvato dal gruppo di professori che hanno elaborato i PLDC naell'agosto 2016 a Santiago de Chile, insieme ai cambi accordati nella riunione di agosto del 2017 a Bogotá (Colombia). La pubblicazione include la versione dei PLDC in spagnolo, in francese², inglese³ e italiano⁴, una presentazione a cura dei Professori Íñigo de la Maza, Carlos Pizarro e Álvaro Vidal, così come una prefazione dei Professori Antonio-Manuel Morales Moreno e Nieves Fenoy Picón.

I redattori dei PLDC hanno voluto introdurre un titolo in ogni articolo, seguendo l'esempio dei testi di *Soft Law* europeo e dello *Uniform Private Law*. E così, per quanto riguarda l'oggetto di questo studio (la causa), l'articolo 39 viene intitolato "Causa del contratto e dell'obbligazione". Al dire di questo articolo:

"(1) *Qualsiasi obbligazione richiede una causa. Anche se non è espressa, si presume fino a prova contraria.*

(2) *La causa del contratto deve essere lecita*".

¹ Per quanto di mia conoscenza, ci sono state 6 giornate/convegni dedicati all'analisi dei PLDC. La prima si è svolta nel 2013 (19 e 20 novembre) a Santiago de Chile e Valparaíso, con il titolo *El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*. Per una sua cronaca, si veda A. M. Morales Moreno, *Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*, in *ADC*, 2014, 227. La seconda giornata, intitolata "The future of Contract Law in Latin America", si è tenuta nel 2015 (25 giugno) ad Oxford. La rassegna di questo convegno si può trovare in B. Gregoraci Fernández, *The Future of Contract Law in Latin America, 25 giugno 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)*", in *ADC*, 2015, 1083. Il terzo convegno si è svolto nel 2016 (16 e 17 giugno) a Madrid, presso la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, e venne intitolato "Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis". Su questo convegno, vedasi L. P. San Miguel Pradera, *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, in *ADC*, 2016, 991. Nel 2017 (11 e 12 luglio), presso la *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, si è tenuto il quarto Convegno Internazionale dal titolo "Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho Europeo". Su questo Convegno, vedasi B. Gregoraci Fernández, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)*, in *ADC*, 2017, 1575. Lungo il 2018 si sono tenuti, fino ad oggi, gli ultimi due incontri: il 17 luglio presso il Dipartimento de Giurisprudenza dell'Università di Brescia ("La armonización del derecho patrimonial en América Latina") e il 25 settembre, presso l'*Institute of European and Comparative Law* dell'Università di Oxford ("The Principles of Latin American Contract Law").

² A cura della Professoressa Sara Moreno Fernández.

³ A cura dei Professori Rodrigo Momberg e Stefan Vogenauer.

⁴ A cura del Professore Alfredo Ferrante.

Ma la causa si ritrova anche in altri articoli del testo. Anzitutto nell'articolo 9, intitolato "Requisiti del contratto"⁵, dove possiamo leggere:

"Sono requisiti per la formazione del contratto: l'accordo delle parti, l'oggetto e la causa ed in certi casi la forma".

Il terzo articolo dei PLDC dove troviamo riferimento espresso alla causa è il numero 85, intitolato "Frustrazione della causa del contratto". Secondo questo articolo:

"La frustrazione definitiva della causa dovuta a un cambio delle circostanze esistenti al momento della conclusione, imprevedibile per le parti e che supera il rischio assunto da quella che ne è colpita, autorizza a risolverlo".

E così, i redattori dei PLDC, nonostante la causa sia stata definita come un "oggetto vago e misterioso", ed ancora "uno degli aspetti più discussi e tormentati del Diritto dei Contratti" oppure un "*concepto oscuro y difícil, incomprendible y misterioso, el terror de la doctrina europea*"⁶, hanno deciso di conservarla come requisito per la formazione del contratto⁷.

Le ragioni addotte dai redattori dei PLDC per giustificare questa loro decisione sono fondamentalmente due: da un lato, la tradizione di numerosi Diritti Latinoamericani che prevedono nei loro codici civili la causa come elemento fondamentale del contratto (ad esempio, il Cile, l'Uruguay o la Colombia⁸); dall'altro, l'utilità di questa figura: la causa

⁵ Si noti che nell'articolo precedente, intitolato "Definizione del contratto", non si fa alcun riferimento alla causa. L'articolo 8, infatti, dice: "Il contratto è un accordo con il quale due o più parti creano, trasferiscono, modificano o estinguono un rapporto giuridico di contenuto economico".

⁶ J. A. Martín Pérez, *La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente, in Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (Coord.), T. II, ed. La Ley, 2006, 939, 283. Luis Díez-Picazo ha detto: "*El concepto de causa dentro de la teoría del contrato es, seguramente, uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica de Derecho civil. Es justa y merecida esa fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. No es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa*". L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, 2007, 255.

⁷ Rodrigo Momberg sottolinea anche altre conseguenze, di tipo strutturale, che provengono dalla conservazione della causa: "*The inclusion of subject-matter and cause in the chapter on formation is a consequence of these aspects being essential elements for the formation of a contract. Under the PLACL [acronimo dei PLDC in inglese], a contract cannot be considered to exist if subject-matter or cause are absent. When cause and subject-matter are abolished as essential elements of the contract, as in the PICC or the PECL, the chapter of formation includes only the regulation of contract negotiation, offer and acceptance, and the authority of agents. The content of the contract is regulated in a separate chapter, and within it, some aspects that are remarkably absent in the PLACL: express and implied obligations, determination of the quality of performance, and price determination*". R. Momberg, *Formation of contract under the Principles of Latin American Contract Law*, in R. Momberg e S. Vogenauer (ed.), *The future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017, 179, 182.

⁸ Í. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 35: "*Así, respecto de la causa, sucedía en el antiguo Código civil argentino, en el colombiano, en el chileno, en el uruguayo y en el venezolano. Sin embargo, no sucede ni en el Código Civil paraguayo, ni en el brasilero*". G. Severín Fuster, *La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales*, in *ADC*, 2017, 1483, 1530: "*Los PLDC 2016 requieren que el contrato tenga una causa (arts. 9 y 39), tal y como exigen los códigos latinoamericanos, que siguieron, en este punto, al Code Civil*".

che, si dice, ha giocato un ruolo importante nei paesi latinoamericani, risolvendo diversi tipi di problemi⁹.

L'obiettivo di questo articolo è cercare di contestare le ragioni appena abbozzate. Cercherò di dimostrare come i PLDC possano fare a meno della causa, riuscendo ciononostante a risolvere i problemi che con essa si sono cercati tradizionalmente di dirimere.

L'argomento basato sulla tradizione lo contesterò fundamentalmente attraverso l'accertamento dell'abolizione della causa nei testi più rappresentativi del cosiddetto "Moderno Diritto dei Contratti"¹⁰ e nel Codice Civile francese dopo la riforma del 2016.

La mia attenzione, poi, si focalizzerà principalmente sul secondo argomento, ossia l'utilità della causa. Cercherò di dimostrare che, come hanno già sottolineato autorevoli autori¹¹, le funzioni tradizionalmente compiute dalla causa possono essere svolte in modo adeguato da altre figure giuridiche altrettanto tecnicamente adeguate. Dopo aver individuato quali sono state le funzioni compiute dalla causa e, quindi, i problemi che ha cercato di risolvere, mi riferirò alle ulteriori figure che possono occuparsi di essi con eguale costrutto, e verificherò se siano regolate nei PLDC. Mi soffermerò, quindi, sulle esigenze di esistenza di una causa vera e lecita, sulla falsità della causa e sulla cosiddetta "funzione di caratterizzazione dei contratti".

⁹ Í. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 335: "En un escenario como este conviene preguntarse por qué los PLDC optaron por mantener tanto el objeto como la causa como elementos esenciales del contrato. Y la respuesta parece ser doble. En parte, por un cierto ánimo de hacerse cargo de las regularidades que presenta el derecho de contratos de países de la región y, por otra parte-específicamente respecto de la causa-porque se consideró que había cumplido con algunas funciones valiosas. [...] se consideró que tanto el objeto como la causa habían prestado utilidad al derecho de contratos en Latinoamérica".

¹⁰ Il Moderno Diritto dei Contratti fa riferimento a testi di diversa portata. La *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of goods* (Vienna 11 aprile 1980) e i testi del soft law: i *Principles of European Contract Law*, il *Draft Common Frame of Reference* e gli UNIDROIT Principles.

¹¹ Infatti, l'ispirazione diretta del mio ragionamento si trova nel lavoro di A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011. In questo lavoro, l'autore spagnolo si pone questa stessa domanda a proposito della presenza della causa nella *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, pubblicata nel *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (Anno LXIII, gennaio 2009): "Aunque la Propuesta ha optado por suprimir la enumeración de los requisitos del contrato, no ha suprimido la regulación de la causa, a la que asigna algunas funciones. De esas funciones me voy a ocupar. Me pregunto si las mismas sólo pueden realizarse, haciendo de la causa un requisito del contrato, utilizando la causa como una figura jurídica imprescindible, o, por el contrario, pueden cumplirse de otro modo, sin la presencia insustituible del concepto de causa". Simile è anche il punto di vista di J. M. Martín Pérez, *La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)*, in *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (Coord.), T. II, ed. La Ley, 2006, 939, 286.

2. L'argomento della tradizione

Come già indicato, la prima ragione addotta dai redattori dei PLDC per mantenere la causa come requisito del contratto è il rispetto alla tradizione della maggioranza dei Diritti latino-americani, che esigono la causa come elemento del contratto. Sono due gli argomenti che si oppongono o, almeno, mettono in dubbio la robustezza del ragionamento dei redattori a questo proposito.

Anzitutto, non bisogna dimenticare che, sebbene il primo obiettivo dei PLDC sia ritrovare le basi comuni dei Diritti latinoamericani dei contratti, il secondo sia l'approssimazione del Diritto Latinoamericano dei contratti al Moderno Diritto dei contratti. De la Maza, Pizarro e Vidal affermano in questo senso:

*“[...] los PLDC tienen dos objetivos. El primero de ellos-acaso el más evidente- consiste en sistematizar las coincidencias que existen a nivel de los distintos derechos nacionales de contratos en Latinoamérica; una especie de restatement latinoamericano de contratos. El segundo objetivo consiste en intentar aproximar el derecho de contratos disponible en los países latinoamericanos a un paradigma como el que se origina a partir de la CISG [United Nations Convention on Contracts for the International Sale of goods] y que luego se ha plasmado en algunos códigos civiles, directivas e instrumentos de soft law”.*¹²

Un breve ripasso dei testi del Moderno Diritto dei Contratti dimostra che nessuno di questi testi conserva la causa come requisito del contratto.

E così, l'articolo 3.1.2. degli *UNIDROIT Principles*, intitolato “*Validity of mere agreement*”, dice:

“A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement”.

Nei commenti ufficiali possiamo leggere:

*“This article also excludes the requirement of cause which exists in some civil law systems and is in certain respects functionally similar to the common law consideration”*¹³.

Secondo l'articolo 2:101 PECL, intitolato “*Conditions for the conclusion of a contract*”:

(1) A contract is concluded if:

(a) the parties intend to be legally bound, and

(b) they reach a sufficient agreement without any further requirement.

¹² F. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE, Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 34. Anche G. Severín Fuster, *La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales*, in *ADC*, 2017, 1483, 1518.

¹³ F. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 33, affermano: “*Si se presta atención al comentario de Huber respecto del artículo 3.1.2. de los PICC, se advierte que tiene por objeto excluir, como requisito del contrato, la causa y la consideration. Si, en cambio, la atención se desplaza hacia el artículo 9 de los PLDC, no resulta nada complicado descubrir que el propósito es, exactamente, el inverso*”.

(2) *A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses*".

I commenti ufficiali sottolineano come I PECL non esigano *consideration*¹⁴. Inoltre, nelle note di Diritto comparato si afferma che *"The Principles do not expressly provide for a requirement of cause or causa"*¹⁵.

Nel DCFR (II.-4:101) possiamo leggere:

"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".

E nei commenti ufficiali si dice:

*"Unlike the laws of some Member States, these model rules do not require consideration or cause [...]"*¹⁶.

A tutti i testi citati potremmo anche aggiungere la CISG¹⁷ e la *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common Sales Law*: in nessuno di essi la causa è elemento fondamentale per la formazione del contratto¹⁸.

De la Maza, Pizarro e Vidal¹⁹ riconoscono questo contrasto tra i PLDC e i testi del Moderno Diritto dei Contratti, quando affermano:

"Pues bien, al confrontar todas estas reglas se advierte lo siguiente: tanto en los PECL como en los PCCI el acuerdo (cualquier cosa que eso signifique) es suficiente para configurar un contrato. En cambio, en los Principios, el consentimiento de las partes no es suficiente, se requiere, además, de objeto y causa, que son considerados como elementos "esenciales" del

¹⁴ Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, O. Lando and H. Beale (eds.), Kluwer Law International, 2000, 138: *"Nor is it necessary that a promise undertakes to furnish or furnishes something of value in exchange for the promise (consideration)"*.

¹⁵ Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, O. Lando and H. Beale (eds.), Kluwer Law International, 2000, 141.

¹⁶ Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), VI*, C. von Bar and E. Clive (eds.), 2009, 265.

¹⁷ È giusto anche pensare che la mancanza di riferimento alla causa nella CISG sia dovuta al fatto che questo testo non si occupa del contratto in generale e nemmeno dei requisiti del contratto di compravendita. Ma bisogna non dimenticare, come sottolinea Morales Moreno, che il concetto di contratto della CISG è quello da cui partono i testi citati (PECL, UNIDROIT Principles, DCFR e CESL). A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 459.

¹⁸ Nell'articolo 2 della Proposta per un diritto comune della compravendita possiamo leggere che contratto è "l'accordo diretto a creare obbligazioni o produrre altri effetti giuridici".

¹⁹ F. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 34.

contrato, es decir, elementos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o, quizás con mayor precisión, es nulo de nulidad absoluta”.

Il secondo argomento che contesta in qualche modo la prima ragione addotta dai redattori dei PLDC per conservare la causa come elemento essenziale del contratto (il rispetto alla tradizione) è che, come ben noto a tutti, “il padre della causa”, il Codice Civile francese, ha lasciato “orfani” i codici civili ispirati a lui, sopprimendo la causa. Ed infatti, l’articolo 1128 CC francese in vigore stabilisce che:

“Sont nécessaires à la validité d’un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain”.

L’autore cileno Guzmán Brito²⁰ ha detto a proposito dell’abolizione della causa nel codice civile francese:

“Pero al menos debe celebrarse que la causa ya no sea un requisito general de toda convención o de todo contrato, y que finalmente la doctrina de Domat sobre la materia haya pasado a la historia de los errores en el derecho”.

3. L’utilità (delle funzioni) della causa

La seconda ragione addotta dai redattori dei PLDC per conservare la causa come elemento essenziale del contratto si riferisce all’utilità di questa figura giuridica. In verità, come gli stessi redattori dei PLDC riconoscono²¹, non è la causa come concetto astratto che è stato utile quanto, piuttosto, le svariate funzioni che questa figura ha compiuto lungo la storia. E solo tale utilizzo ne ha giustificato la conservazione. Arrivati a questo punto, le domande che si dovrebbero porre sono tre:

1. Quali sono le funzioni attribuibili alla causa?
2. Possono queste funzioni essere assolte da altre figure?
3. Prevedono i PLDC queste altre figure alternative alla causa?

Si noti che se la risposta alla terza domanda fosse positiva, l’abolizione della causa dai PLDC non avrebbe nella pratica alcun impatto, perché ci sarebbero comunque nei PLDC strumenti per risolvere i problemi cui la causa viene tradizionalmente chiamata a sistemare.

²⁰ A. Guzmán Brito, *De nuevo sobre la causa*, in A. Vidal Olivares, (Dir.), G. Severín Fuster, (Ed.), *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Thomson Reuters, 2018, 193, 199. Secondo questo autore, “la reforma de la causa no debe consistir más que en la limitación de su exigencia a determinados negocios, que principalmente son las promesas unilaterales de dar (en la cual se localiza el pagaré), hacer o no hacer, la novación, la remisión, la letra de cambio, y el cheque”.

²¹ Si veda la trascrizione alla nota 9.

Le funzioni tradizionalmente compiute dalla causa potrebbero essere raggruppate in quattro gruppi.

La causa è servita anzitutto per verificare l'esistenza della volontà di vincolarsi contrattualmente. Si parla, a questo proposito, della necessità dell'esistenza di una causa, che sia vera (esistenza di causa).

La causa è stata anche lo strumento per decidere quali siano i presupposti e i motivi delle parti per concludere il contratto che abbiano rilevanza giuridica (falsità della causa).

La causa è anche servita come mezzo di controllo e di limite all'autonomia privata (liceità della causa).

Infine, la causa è stata anche usata come modo per classificare i contratti (funzione di caratterizzazione della causa).

Per cercare le figure giuridiche alternative che potrebbero compiere le funzioni che ho appena semplicemente abbozzato, avrò la necessità di approfondire ognuna di esse cercando di individuare i problemi specifici che si sono voluti risolvere con la causa. A questo compito dedicherò le seguenti pagine.

3.1. Esistenza di causa (vera)

L'esigenza di causa come esistenza della volontà di vincolarsi contrattualmente, appare esplicitamente nell'articolo 39.1 PLDC quando afferma *“qualsiasi obbligazione richiede una causa. Anche se non è espressa, si presume fino a prova contraria”*.

L'importanza di questa funzione si proietta in due delle fasi del contratto: la fase di formazione del contratto e la fase di esecuzione del contratto.

a) Formazione del contratto

Sono stati fondamentalmente tre i tipi di problemi che si pongono nella fase di formazione del contratto e che si sono risolti attraverso l'esistenza della causa: la simulazione (assoluta e relativa); i casi in cui il contratto si fonda su una situazione giuridica preesistente; e il dissenso sul tipo di contratto che si vuole concludere.

La simulazione assoluta, cioè l'assenza di volontà di vincolarsi contrattualmente, e la simulazione relativa, cioè la volontà di vincolarsi con un tipo contrattuale diverso dal dichiarato, sono state analizzate dall'ottica della mancanza di causa²². I PLDC si occupano della simulazione negli articoli 53 e 54:

“Art. 53. La simulazione tra le parti. La dichiarazione privata tra le parti contraenti non corrispondente all'atto apparente può farsi valere da ciascuna di esse.

²² A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 466.

Art. 54. Terzi e simulazione. (1) I terzi in buona fede possono far valere la dichiarazione privata o l'atto apparente a loro convenienza. (2) I terzi potranno richiedere che si dichiari una simulazione sempre e quando l'atto simulato leda i loro interessi. (3) In caso di conflitti tra terzi, prevalgono quelli che in buona fede facciano valere l'atto simulato".

Morales Moreno²³ ha osservato:

"[P]ara privar de eficacia al negocio simulado no hace falta tomar en consideración la falta de causa, basta tener constancia de que no ha sido querido por los contratantes. Y en cuanto a la validez y eficacia del negocio disimulado, el verdaderamente querido, dependerá de si es lícito, de si se han cumplido los requisitos necesarios para su perfección (ej: forma), de la posible gratuidad del mismo".

La mancanza di causa non è, quindi, l'unico modo per esaminare la simulazione: basta verificare che il contratto non è stato voluto dalle parti; e per quanto riguarda il contratto dissimulato, occorrerà verificare se i requisiti per la sua perfezione sono stati coperti.

L'esistenza di causa è anche servita per analizzare i contratti che ritrovano il loro fondamento in una situazione giuridica preesistente. Si pensi al patto di novazione, valido solo se esiste il rapporto giuridico previo che può essere novato; o alla promessa del fideiussore di garantire un'obbligazione giuridica precedente²⁴.

Si noti che questi casi possono anche essere risolti dal punto di vista dell'errore comune²⁵: il contratto si conclude per l'errore patito dai contraenti. E' un errore comune perché riguarda un presupposto fondamentale del contratto. Esso è regolato nell'articolo 29 PLDC²⁶: *"Rilevanza dell'errore.*

²³ A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 467.

²⁴ A.M. Morales Moreno "Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011" in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 465.

²⁵ "El contrato se celebra por la falsa representación (el error) que sufre el sujeto que hace la promesa o celebra el contrato (o ambos contratantes. Se trata de un error común, en cuanto afecta a una presuposición básica del contrato celebrado (sin causa)". A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 465. È necessario, però, un concetto ampio di errore. E così, J. M. Martín Pérez, *La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente*, in *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (Coord.), T. II, ed. La Ley, 2006, 939, 294, dice, alludendo ai PECL e ai UNIDROIT Principles: "Lo cierto es que tanto los PECL como los Picc contienen una concepción amplia del error, que da relevancia a tales presuposiciones cuando se refieren a hechos o normas ya existentes cuando se hizo la promesa o se concluyó el contrato. De esta forma, pierde su razón de ser el recurso a los clásicos supuestos de "motivos causalizados".

²⁶ Vedasi Í. De la Maza Gazmuri, *El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, in *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila e M. P. Sánchez González, Atelier, 2015, 789. N. Fenoy Picón, *La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos*, in *ADC*, 2017, 473, 633-638.

(1) *L'errore vizia il contratto se:*

(a) *è causato da informazioni fornite dalla controparte.*

(b) *l'altra parte lo conosceva o avrebbe dovuto conoscerlo e non lo comunicò contrariamente a buona fede.*

(c) *entrambe le parti hanno commesso lo stesso errore. [...]».*

La mancanza di causa si è anche usata per risolvere i casi di dissenso sul tipo di contratto che si è voluto concludere. Ancora una volta, non è imprescindibile prendere in considerazione la causa per risolvere questi casi. Così come osserva Morales Moreno²⁷:

“Basta considerar que falta el consentimiento (no hay acuerdo suficiente) sobre un aspecto esencial del contenido del contrato”.

Basta quindi verificare che manca la volontà, che non c'è un accordo sufficiente su un aspetto essenziale del contratto.

b) Esecuzione del contratto

La scomparsa sopravvenuta della causa fa riferimento ai casi in cui il contratto contiene la causa nel momento della sua perfezione, ma la perde posteriormente²⁸. I PLDC prevedono questo aspetto della causa nell'art. 85 (Frustrazione della causa del contratto)²⁹.

Ma questo problema può oggi essere risolto attraverso le regole dell'inadempimento del contratto e i mezzi di tutela³⁰.

3.2. Falsità della causa

La causa è anche servita per decidere quando hanno rilevanza giuridica i presupposti e i motivi delle parti per concludere il contratto. Ossia le caratteristiche della realtà, presente o futura, che oggettivamente sono presupposti fondamentali del contratto e hanno un

²⁷ A.M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 467.

²⁸ Á. Carrasco Perera (Dir.), *Lecciones de Derecho Civil*, 2017, 75, 76.

²⁹ F. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 201, 180, 36: “[...] en Colombia, [la causa] también se había utilizado entre otros usos, para explicar los grupos de contratos y los efectos del incumplimiento de uno respecto de los otros. De la misma forma [...] había sido empleada en Argentina, ya sea respecto de grupos o de cadenas de contratos para explicar las repercusiones de lo que pasa como unos contratos respecto de los otros, o bien para resolver cuestiones relacionadas con la alteración sobrevinida de las circunstancias”.

³⁰ Si veda il riassunto della tesi difesa a questo proposito da Rodrigo Momberg nel Convegno Internazionale tenutosi a Valparaíso nel 2017 (B. Gregoraci Fernández, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), in ADC, 2017, 1575, 1604). Particolarmente: “[...] puesto que para el ponente la imprevisión es un supuesto de incumplimiento (si bien es cierto que con los remedios disponibles limitados), la ubicación sistemática en sede de incumplimiento le parecía adecuada. También consideró correcto restringir la entrada en juego de la imprevisión a los cambios posteriores a la celebración del contrato, ya que las situaciones previas hay que situarlas en el ámbito del error”.

impatto nella gestione degli interessi stabilita da esso³¹. Le domande a cui bisogna rispondere a questo proposito sono due³²: (1) quando possono essere incorporati nel contratto i motivi delle parti?; e (2) quali sono gli effetti della mancanza dei presupposti delle parti (giuridicamente rilevanti) nella realtà?

La prima domanda può essere risolta tramite l'interpretazione del contratto, che cerca la determinazione dell'intenzione comune delle parti (art. 69 PLDC)³³.

Per quanto riguarda la seconda domanda (quali siano gli effetti della mancanza nella realtà dei presupposti ai quali è stata data rilevanza attraverso l'interpretazione del contratto), la risposta può venire direttamente dalle parti, che, attraverso l'autonomia privata, stabiliscono esplicitamente una condizione sospensiva o risolutiva. Mancando un'esplicita condizione, la mancanza dei presupposti delle parti nella realtà ci avvicina, ancora una volta, al problema dell'errore sulle circostanze presenti al momento della conclusione del contratto.

3.3. Liceità della causa

L'esigenza di liceità della causa ha avuto come funzione porre i limiti e controllare l'autonomia privata. Si tratta del controllo del contenuto del contratto³⁴. L'articolo 39.2 PLDC si occupa di questo aspetto della causa, ma senza specificare quando la causa non è lecita³⁵. La liceità può essere riferita al tipo contrattuale usato dalle parti, alle clausole individualmente considerate oppure ai motivi che spingono le parti a concludere il contratto.

³¹ “[...] conjunto de las motivaciones básicas de los contratantes que han impulsado a la celebración del contrato (motivos) y se han incorporado a él. O, dicho de otro modo, los estados de la realidad, presente o futura, que, objetivamente, constituyen presuposiciones básicas del contrato e inciden en la ordenación de intereses establecida por él”. “[...] no es otra cosa que lo querido por las partes, que no se agota en deberes de prestación, sino que contempla también las situaciones de hecho o circunstancias en las que se inserta o ha de desarrollarse la vida del contrato”. A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 468.

³² “La causa en sentido subjetivo (causa concreta) nos plantea dos cuestiones fundamentales: (a) ¿cuándo los motivos de un contratante pueden ser considerados causa del contrato?; y (b) ¿qué efectos produce el que las circunstancias presupuestas en el contrato como causa subjetiva del mismo no se den en la realidad?”, A.M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 468.

³³ Art. 69 PLDC “Intenzione comune delle parti. Il contratto deve interpretarsi secondo la comune intenzione delle parti”. I PLDC dedicano il capitolo 6 all'interpretazione (art. 69-76).

³⁴ Í. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 36: “Finalmente, se añadió que la causa se había empleado como un mecanismo de control moral de los contratos cuando estos involucraban motivos ilícitos”.

³⁵ G. Severín Fuster, *La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales*, in *ADC*, 2017, 1483, 1518: “[...] a falta de una noción de causa ilícita, puede entenderse que es ilícita la causa que contraviene la ley, el orden público o las buenas costumbres, en una lectura sistemática con el mentado art. 38 (2) PLDC 2016; o bien recurriendo a noción de causa ilícita que recogen los códigos latinoamericanos”. L'art. 38 PLDC dice: “Objeto del contrato. (1) L'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, possibile e lecito. (2) È illecito se proibito dalla legge, contrario al buon costume o l'ordine pubblico.”

Quando il tipo contrattuale è stato previsto dal legislatore, non potrà mai essere illecito³⁶; il controllo di liceità sarà invece necessario quando il tipo provenga dagli usi del traffico commerciale.

Il controllo della liceità delle clausole attraverso la causa diviene superfluo quando esiste una regolamentazione *ad hoc* delle condizioni generali e delle clausole abusive³⁷.

Per ultimo, la liceità della causa riferita ai motivi delle parti non è diversa dal contenuto dell'autonomia privata³⁸.

Ancora una volta la causa non è indispensabile per compiere la funzione di controllo dell'autonomia privata. Abbiamo altri strumenti, anche previsti nei PLDC. Ad essi mi riferirò immediatamente.

L'articolo 5 PLDC contiene già i limiti all'autonomia privata quando stabilisce che:

“Libertà contrattuale. Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto quando non è contrario all'ordine pubblico o alla legge.”

La buona fede è anche un elemento di controllo dell'autonomia privata che può sostituire la causa in questo contesto³⁹. L'articolo 7 PLDC, intitolato, appunto, “Buona fede” prevede che:

“(1) Le parti devono agire alla stregua delle esigenze imposte dalla buona fede. (2) Le clausole limitative contrarie alla buona fede non producono nessun effetto”.

Infine, i PLDC regolamentano perfino la sproporzione eccessiva all'articolo 37:

“(1) Una parte può domandare l'adattamento del contratto o di una qualsiasi delle sue clausole, o l'annullamento, se queste comportano un vantaggio eccessivo all'altra parte, in contrasto con il requisito della buona fede.

(2) Per determinare tale vantaggio devono essere prese in considerazione tutte le circostanze, in particolare, la dipendenza della parte danneggiata, le straordinarie difficoltà

³⁶ J. M. Martín Pérez, *La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)*, in *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (Coord.), T. II, ed. La Ley, 2006, 939, 300. Si vedano anche le parole di A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 470: “El control de la licitud del contrato no resulta necesario en cuanto al tipo contractual utilizado, cuando el mismo está ofrecido por la propia ley”.

³⁷ Í. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 35, 36: “[...] en Chile la exigencia de la causa se ha utilizado como un mecanismo de tutela de la justicia conmutativa para prevenir, por ejemplo, cláusulas abusivas excesivas”.

³⁸ “La causa en este caso no es un elemento del contrato diferenciable de la voluntad, sino un contenido de la voluntad contractual, que muchas veces queda oculto (no se explicita en una cláusula del contrato), pero relevante para el Derecho, por su posible ilicitud”, A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 470.

³⁹ Vedasi anche J. M. Martín Pérez, *La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)*, in *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (Coord.), T. II, ed. La Ley, 2006, 939, 302.

economiche che l'affliggono, lo stato di bisogno, la sua ignoranza o la mancanza di esperienza.

Allo stesso modo, deve prendersi in considerazione il rapporto di fiducia tra le parti e la natura e lo scopo del contratto.

(3) Su richiesta della parte lesa, il giudice può adattare il contratto per aggiustarlo all'accordo che le parti avrebbero raggiunto secondo buona fede.

(4) La parte contro cui si chiede l'annullamento può anche richiedere l'adattamento nei termini del paragrafo precedente, purché ne dia comunicazione immediatamente all'altra parte."

3.4. Funzione di caratterizzazione della causa

Da questo punto di vista, la causa serve come modo per classificare i contratti in uno o vari tipi contrattuali, nonché come metodo di ripartizione all'interno di un genere, oneroso e gratuito. Anche in questo caso, fare a meno del concetto di causa non è grave: le differenze tra i contratti gratuiti ed onerosi rimangono.

E così, in relazione ai contratti con causa gratuita, bastano delle norme che identifichino in modo adeguato le caratteristiche che giustificano l'esigenza di certi ulteriori requisiti e l'assegnazione di maggiore debolezza alle attribuzioni patrimoniali⁴⁰.

Per quanto riguarda la causa onerosa, essa è servita per spiegare la risoluzione del contratto come il risultato dell'influenza continua della causa⁴¹. Oggi, però, la risoluzione è considerata un mezzo di tutela del creditore con una regolamentazione specifica, nell'inadempimento del contratto⁴².

In ogni caso, i PLDC non si occupano della causa dal punto di vista di questa "funzione caratterizzante"⁴³.

⁴⁰ "No es indispensable hablar de causa, ni es preciso que todos los contratos tengan encaje en una de esas categorías. Basta que la norma o normas que establecen ese régimen propio de unos y otros contratos identifiquen, adecuadamente, por ciertas características que la ley estima relevantes, los contratos a los que se aplican.", A.M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 472.

⁴¹ Í. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 36: "Además, se indicó en las sesiones de discusión que la causa se había empleado para justificar ciertas restituciones cuando el contrato es resuelto".

⁴² A. M. Morales Moreno, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011*, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2011, 472.

⁴³ Si trova invece, ad esempio nell'*Anteproyecto de Ley para la Modernización del Derecho de Obligaciones y contratos*. L'art. 1238 stabilisce: "3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordados 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 aquellos que se adecuen con la causa del contrato celebrado".

4. Conclusioni

A partire dalle pagine precedenti si è potuto verificare, anzitutto, che la regolamentazione della causa nei PLDC non è completa: i PLDC non si pronunciano sulle conseguenze della sua mancanza (il che ha fatto sì che siano sorte diverse opinioni al riguardo⁴⁴); non prevedono neanche regole sulla restituzione, specialmente importanti quando essa non è lecita. Infine, non è neanche prevista la funzione di caratterizzazione della causa.

L'analisi delle funzioni tradizionalmente compiute dalla causa ha rivelato che queste possono essere compiute da altre figure regolate nei PLDC. Fondamentalmente l'errore, l'inadempimento del contratto e i mezzi di tutela, i controlli dell'autonomia privata e la buona fede⁴⁵.

Vale la pena ricordare le parole di Kötz⁴⁶ sulla causa:

⁴⁴ Secondo G. Severín Fuster, *La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales*, 2017, ADC 1483, 1518, la conseguenza dovrebbe essere la nullità assoluta. Non è chiara la soluzione che propongono Í. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal perché sebbene da un lato affermano “[...] en los Principios, el consentimiento de las partes no es suficiente, se requiere además, de objeto y causa, que son considerados como elementos “esenciales” del contrato, es decir, elementos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o, quizás con mayor precisión, es nulo de nulidad absoluta” (*Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 34), più avanti dicono: “[...] aunque los PLDC sigan empleando el antiguo lenguaje de los “elementos del contrato” y consideren como elementos la causa y el objeto, parece ser que la ausencia de estos no configuraría una causal de nulidad absoluta” (*Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado 2017, 180, 45, 46).

⁴⁵ In questo contesto vale la pena ricordare le parole dell'autrice francese Fauvarque-Causson che, come riassume G. Severín Fuster, *La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales*, in ADC, 2017, 1483, 1530, nota 136, “explica [...] que si bien el concepto de causa ha desaparecido, su función principal se mantiene, especialmente a través de la noción de ilegalidad y a través de varias disposiciones que mantienen un cierto balance en el contrato. La autora apunta, además, que ello debería introducir una mayor seguridad jurídica, y que, de hecho, la creatividad judicial en relación con la noción de causa es precisamente la razón que explica que el concepto de causa se haya vuelto tan controversial y haya llevado a tanta incertidumbre”. Nell'esposizione di motivi del Codice civile del Paraguay [cit. da Í. De la Maza, C. Pizarro e Á. Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, BOE Colección de Derecho Privado, 2017, 180, 35, nota 18] si spiega la suppressione della causa così: “Al enumerar los requisitos – o elementos- esenciales del contrato, el anteproyecto omite la causa, cerrando el camino a las múltiples dificultades y controversias planteadas por el Código Napoleón y sus seguidores sobre el significado y alcance de este elemento, De hecho, los mismos intereses que tuteló la jurisprudencia al amparo de la imprecisión anotada, hallan su protección a través de otras normas; la moral y las buenas costumbres no quedan sin amparo al suprimirse este elemento”. A quanto pare, neanche G. Severín Fuster è convinto della necessità della conservazione della causa, come si può apprezzare dalle seguenti parole: “Simplemente conviene apuntar, que la justificación de la conservación de la causa en los PLDC 2016 tiene, como problema añadido, el hecho de que la noción y función de la causa es un aspecto que siempre ha generado una gran discusión en la doctrina”, in *La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales* in ADC, 2017, 1483, 1531). Più avanti, però, (nota 137) riconosce l'utilità di questa figura nella pratica.

⁴⁶ H. Kötz, *European Contract Law*, Oxford University Press, 2017, 360, 52. J. M. Martín Pérez, *La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)*, in *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (Coord.), T. II, ed. La Ley, 2006, 939, 302-303 ha anche osservato che “[...] la supresión de la causa puede verse como algo positivo. Defensores de los proyectos de integración europea han destacado que puede ser una ocasión para hacer desaparecer algunas reliquias del pasado y liberarnos de conceptos que aportaban un exceso de complejidad no totalmente justificado.”

“[...] cause means quite different things in different contexts, and [...] in many cases it is perfectly dispensable and contributes nothing to the proper solution of the conflict of interests involved.

There is no plausible reason, for instance, why contracts should be void if their cause is prohibited by law or against public policy. In these cases, all legal systems hold the contract itself to be invalid, and it is not easy to see why the same result should depend on the illegality of the cause of the contract. In another group of cases, contracts have been struck down for absence of cause if one party was promised a counterperformance that was non-existent or lacking in any possible economic value. In these cases, the contract may indeed be invalid, perhaps because they were procured by fraud, based on a share mistake, or induced by one party's use of illegitimate or improper pressure. These are the real reasons, rather than the absence of cause, which should be relevant to the solution of the cases”.

Se, come verificato, i PLDC prevedono le figure che possono compiere le funzioni tradizionalmente compiute dalla causa, la chiusura completa del cerchio iniziato all'inizio di queste pagine implicherebbe porsi ancora un'ulteriore domanda: che giudizio meritano le decisioni prese dai redattori dei PLDC a proposito della regolamentazione di queste figure? Il lettore avrà subito capito che rispondere a questa domanda significherebbe studiare l'ottanta per cento del contenuto dei PLDC. Lavoro che, in gran parte, è già stato fatto nei convegni e studi citati lungo questo lavoro e dove, quindi, rimando al lettore interessato.

Bibliografía

Carrasco Perera (Dir.), Cordero Lobato, Marín López, *Lecciones de Derecho civil*, (3d edn, Tecnos, 2017).

Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, edited by Ole Lando and Hugh Beale (Kluwer Law International, 2000).

De la Maza, Pizarro, Vidal, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (BOE Colección de Derecho Privado 2017).

De la Maza Gazmuri, “El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, in Vaquer Aloy, Bosch Capdevila e Sánchez González (eds), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (Atelier, 2015).

Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción, Teoría del contrato* (6th. Thomson Reuters-Civitas, 3rd Civitas, 2007).

Kötz, *European Contract Law* (2nd. Oxford University Press, 2017).

Fenoy Picón, “La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos”, (2017) *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 473, 633-638.

Gregoraci Fernández, “The Future of Contract Law in Latin America, 25 giugno 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)”, (2015), *ADC*, 1083.

Gregoraci Fernández, “Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)”, (2017) *ADC*, 1575.

Guzmán Brito, “De nuevo sobre la causa”, in Vidal Olivares, A. (Dir.), Severín Fuster, G. (Ed.), *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Thomson Reuters, 2018) 193.

Martín Pérez, “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)”, in Llamas Pombo, Eugenio (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, (La Ley, 2006), 283.

Momberg, “Formation of contract under the Principles of Latin American Contract Law”, in Momberg, R. e Vogenauer, S. (ed.), *The future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, (Hart Publishing, 2017), 179.

Morales Moreno, “Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011”, in *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid 2011). *Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*, (2014) ADC, 227.

San Miguel Pradera, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, (2016) ADC, 991.

Severín Fuster, “La nulidad absoluta en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sobre su inclusión en el texto y sus causales”, (2017) ADC 1483.

Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, V I, Christian von Bar and Eric Clive (eds) 2009.

Alcune note, in parte stonate, nel sistema rimediale dei Principi Latinoamericani del Diritto dei Contratti

Alfredo Ferrante*

ABSTRACT

The contribution analyses some inconsistencies that may be found in the remedial system established by the Latin American Principles of Contract Law, also highlighting the controversial aspects that emerged during the process of their implementation.

Il contributo analizza alcune incongruenze che possono constatarsi nel sistema rimediale stabilito dai Principi Latinoamericani del diritto dei contratti, altresì valorizzando gli aspetti di discussione emersi durante il processo di realizzazione degli stessi.

KEYWORDS

Latin-American Principles on Contract Law – Remedies – Contractual Liability – Performance

Indice

1. Introduzione

* Professore dell'Universidad Alberto Hurtado, Santiago del Cile. Contatto: aferrante@uahurtado.cl. Il contributo corrisponde alla versione ampliata e con aggiunta di note della relazione al Convegno Internazionale "L'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani", tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia, il 17 di luglio 2018.

2. Adempimento ampliato e nuova concezione oggettiva
3. Contestuale aumento del ventaglio rimedi
4. L'apparente libertà di scelta dei rimedi
5. L'intruso
6. Qualche conclusione

1. Introduzione

Durante le varie sessioni del gruppo di lavoro, prima del testo finale dei Principi latinoamericani del diritto dei contratti (PLDC) si sono elaborate varie bozze. La prima è stata resa pubblica nel 2013¹ per poi offrire una versione più completa di 111 disposizioni nel 2014², mentre una di 120 è stata pubblicata nell'ottobre del 2015³ per poi giungere alla versione definitiva di 123 articoli⁴.

Finalità di queste poche righe è offrire una breve panoramica sul sistema dei mezzi di tutela messi a disposizione dai PLDC, per poi proporre alcune riflessioni critiche alla luce di talune modifiche che si sono venute realizzando nelle ultime due sessioni che precedono l'approvazione del testo finale tenutesi a Santiago del Cile nel 2016 e a Bogotá nel 2017⁵. I PLDC, nati quasi da una “sfida”⁶ nell'anno 2010, si propongono di offrire una rivisitazione moderna dei tradizionali impianti codicistici di riferimento, mantenendone conte-

¹ Durante il “Congreso Internacional Derecho de los Contratos (Formación, cumplimiento e incumplimiento)”, 19-20 novembre de 2013, Università Diego Portales, Santiago del Cile, e Pontificia Universidad Católica di Valparaíso. Per una descrizione dell'incontro ed per il testo di tale bozza, v. Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación*, in *Anuario de Derecho civil*, tomo LVVII, fasc. 1, 2014, pp. 227 ss.

² Per il testo spagnolo e la sua traduzione in inglese, v. R. Momberg – S. Vogenauer (a cura di), *The future of contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017, pp. 285-312.

³ Il testo in spagnolo è consultabile in *Anuario de Derecho Civil*, n. 3, 2016, pp. 1012-1038.

⁴ Il testo nelle versioni spagnola, francese, inglese e italiana (con qualche refuso) si può consultare in I. De la Maza Gazmuri – C. Pizarro Wilson – C.Á. Vidal Olivares, *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018. A quest'ultimo testo si rinvia anche sull'argomento qui trattato, in particolare pp. 48 e ss.

⁵ Rispettivamente nei giorni 9-11 agosto nell'Università Diego Portales e, nell'anno seguente, nei giorni 21-22 agosto nell'Università del Externado. Durante il processo di creazione si sono tenute riunioni essenzialmente annuali a partire dal 2010, eccetto due, tenutesi nell'anno 2014 e nessuna durante l'anno 2012, anno di pubblicazione dei questionari: C. Pizarro Wilson (a cura di), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado y Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012. Le altre riunioni si sono tenute in Colombia (Università del Externado e Rosario, Bogotá, 6-7 dicembre 2010), Cile (Università Diego Portales, 3-4 ottobre 2011); Argentina (Università di Buenos Aires, 25-27 marzo 2013), Colombia (Università del Externado e del Rosario, Bogotá, 5-9 novembre de 2013), Colombia (Università del Externado e del Rosario, Bogotá, 26-28 agosto 2014), Cile (Università Diego Portales, 8-10 ottobre de 2014); Colombia (Università del Externado e del Rosario, Bogotá, 27-29 ottobre 2015).

⁶ Il progetto era nato in occasione di una conversazione svoltasi a margine di un convegno con sede all'Università di Rennes nel 2009: cfr. C. Pizarro Wilson, *Presentación*, in De la Maza Gazmuri – Iñigo – Pizarro Wilson – Carlos – Vidal

stualmente la tradizione e le radici comuni che li caratterizzano⁷, prendendo atto che già in precedenza e ad oggi si sono verificati ulteriori progetti di armonizzazione del diritto latinoamericano⁸.

Tuttavia, durante questo processo bisogna anche prendere atto che ulteriori evoluzioni e riforme sono state introdotte nel panorama giuridico internazionale, come per esempio il nuovo codice civile e commerciale argentino⁹ e la riforma francese¹⁰ nella materia del diritto delle obbligazioni; aspetto che in parte sono venuti indirettamente a incidere sulla redazione dei PLDC¹¹.

Benché mantengano alcune linee comuni tradizionali, i PLDC si caratterizzano per taluni aspetti innovatori che in parte rispecchiano anche l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale presente nei paesi coinvolti nel progetto¹².

Olivares – Álvaro (a cura di), *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 15 ss; C. Pizarro Wilson, *The principles of Latin American contract law: a general introduction*, in R. Momborg – S. Vogenauer (a cura di), *The future of contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017, p. 23.

⁷ In generale, sulla visione e scopo dei PLDC, v. Carlos Pizarro Wilson, Presentación, in Iñigo De la Maza Gazmuri, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares (a cura di), *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 15 ss; Carlos Pizarro Wilson, *The principles of Latin American contract law: A General Introduction*, in Rodrigo Momborg & Stefan Vogenauer (a cura di), *The future of contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, 2017, pp. 23 ss.

⁸ V. ad esempio A. Ferrante, *¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios latinoamericanos de Contratos?*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 22, 2014, 12 e ss; A. Ferrante, *¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos*, in *Revista de Derecho Privado* (Universidad del Externado) n. 30, 2016, pp. 120-122.

⁹ V. ad esempio M. Herrera – G. Caramelo – S. Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, 2015; R.L. Lorenzetti – M.F. De Lorenzo – P. Lorenzetti (a cura di) *Código civil y comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, 2015.

¹⁰ V. ad esempio O. Deshayes – T. Genicon – Y.-M. Lathier, *Réforme du droit des contrats du régime général: commentaire article par article*, Legis Nexis, 2019; François Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations, Innovations, Perspectives*, Dalloz, 2018; O. Deshayes – T. Genicon – Y.-M. Lathier, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n. 2018-287 du 20 avril 2018*, in *La Semaine Juridique*, n. 18, 2018, pp. 884 ss.

¹¹ Si pensi, ad esempio, all'adempimento del terzo ex art 82 PLDC, ispirato all'art. 881 del codice civile e commerciale argentino (anche se questo, a sua volta, deriva da altre influenze) o alla riforma francese in relazione all'unificazione degli effetti restitutori della nullità e della risoluzione, che si rispecchia negli artt. 119-123 PLDC, ed introdotta nell'ultima sessione di Bogotá dell'anno 2017.

¹² Si rinvia in tal punto, per esempio, ai questionari realizzati da: C. Pizarro Wilson (a cura di), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado and Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012.

2. Adempimento ampliato e nuova concezione oggettiva

Uno dei primi dibattiti del gruppo di studio riguardava l'adozione di un concetto soggettivo o oggettivo di adempimento¹³, punto che ha occupato la prima fase del progetto e che finalmente ha comportato la scelta della seconda modalità; ossia di un concetto di adempimento "neutro"¹⁴, che parzialmente prescinde della colpa nel momento in cui il caso fortuito non opera come esimente di responsabilità ma serve solo a scongiurare la possibilità del risarcimento del danno (art. 104 (2) PLDC). Il debitore si considera responsabile indipendentemente del suo stato di morosità e, inoltre, risponde a seguito dell'adozione di una nozione di inadempimento molto più ampia del concetto tradizionalmente adottato dai codici latinoamericani; nozione che legittima il creditore ad attivarsi anche in caso di impossibilità oggettiva¹⁵. È stata regolata l'impossibilità totale o parziale (art. 90 PLDC); se la prima estingue l'obbligazione ed esonera il debitore in caso di caso fortuito, l'impossibilità parziale o temporanea permette al creditore di sospendere la sua prestazione, o ridurla proporzionalmente. In tal senso, si è imboccata una strada controcorrente rispetto all'ottica latinoamericana tradizionale secondo la quale, in virtù della differente visione relativa a una nozione di inadempimento soggettivo, si avrebbe mancanza dell'oggetto e quindi nullità del contratto. Volontà del gruppo di studio è quello di rispecchiare tale sistema definendo, in maniera speculare, adempimento e inadempimento¹⁶ con particolare riferimento all'esecuzione della prestazione¹⁷.

3. Contestuale aumento del ventaglio rimediabile

È stato adottato un concetto ampio di inadempimento¹⁸, prossimo a quello della Convenzione di Vienna, che contestualmente si associa ad un ventaglio ampio di mezzi di tutela. Ciò provoca inevitabilmente che tutta la struttura sia stata influenzata dalle tendenze eu-

¹³ Un sintetico riassunto del dibattito che ha caratterizzato la dottrina italiana in relazione alla struttura dell'obbligazione: M. Giorgianni, *L'obbligazione [la parte generale dell'obbligazione]*, Giuffrè, 2^a ed., 1968, pp. 7 e ss.

¹⁴ Cfr. C. Pizarro Wilson, *Presentación*, in De la Maza Gazmuri, Iñigo, Pizarro Wilson, Carlos, Vidal Olivares, Álvaro (a cura di), *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 24.

¹⁵ Questa deve intendersi tanto nel senso materiale come giuridico: v. Atti della sessione del 8 novembre 2013, Bogotá.

¹⁶ Viene dedicato a ciascuno un capitolo. L'adempimento viene regolato nel capitolo sette "Adempimento delle obbligazioni contrattuali" (art. 77-85 PLDC), "l'inadempimento del contratto" nel capitolo 8 (art. 86-123 PLDC).

¹⁷ Così "l'adempimento è l'esecuzione della prestazione nei termini in cui fu stabilita" (art. 77 PLDC), "l'inadempimento è la mancanza dell'esecuzione della prestazione nella forma stabilita" (art. 86 (1) PLDC).

¹⁸ I punti (2) e (3) dell'art. 86 PLDC affermano rispettivamente che" (2) L'adempimento inesatto include qualsiasi non conformità tra lo stipulato e l'eseguito da parte del debitore. (3) L'inadempimento del debitore comprende gli atti delle persone di cui si servono per eseguire la sua prestazione".

ropee e internazionali, necessariamente sono affini al mondo giuridico latino americano. Per questo, in parte, nei PLDC non solo si sente l'influenza della Convenzione di Vienna, ma anche quella dei Principi Unidroit e dei Principi di diritto europeo dei Contratti (PECL). Pertanto, i PLDC offrono un ventaglio di mezzi di tutela ampio con la finalità di rinfrescare e rigenerare l'ottica tradizionale rispetto all'adempimento, quali: l'esatto adempimento – che può essere dovuto, in determinati casi, anche al fatto del terzo (art. 82 PLDC¹⁹); la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto, l'eccezione d'inadempimento²⁰ e il risarcimento del danno, prevedendosi espressamente che quest'ultimo può essere fatto valere anche in modo indipendente rispetto agli altri (cfr. art. 91 PLDC)²¹. Si abbandona, così, il sistema tradizionale della responsabilità contrattuale che, a sua volta, prevedeva essenzialmente la possibilità di agire per l'esatto adempimento e per la risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno. Tornando al risarcimento del danno: viene preferito un riferimento essenziale ma esplicito, prevedendosi che il danno comprenda sia quello patrimoniale sia extrapatrimoniale (art. 105 PLDC), adottando la regola della (im) prevedibilità del danno risarcibile, in virtù della quale lo spettro dei danni si estende anche a quelli imprevedibili in caso di dolo. Tale disposizione, affine tendenzialmente al codice di Bello²², è comune anche al sistema francese²³ e ai nuovi sistemi di armonizzazione²⁴. Nel testo (art. 107 PLDC) si prevede espressamente l'equiparazione della colpa grave al dolo, come già fa il codice cileno (art. 44) ma come non fanno altri codici latinoamericani. Sono state inserite espressamente anche un paio di disposizioni che prendono in considerazione il contributo del creditore alla causazione del danno, nonché la mitigazione delle perdite, che devono essere limitate alla luce della clausola di buona fede (cfr. artt. 108 e 109 PLDC). A tal proposito, l'innovazione rispetto al sistema tradizionale latinoamericano è parziale; infatti, benché questo aspetto caratterizzi recenti movimenti europei²⁵; quello che il gruppo di lavoro fa è riproporre in materia di responsabilità contrattuale una norma che Andrés Bello aveva già previsto in sede extracontrattuale²⁶. La mitigazione del danno

¹⁹ Questo aspetto viene influenzato dall'attuale art. 881 codice civile e commerciale della nazione argentina.

²⁰ Il termine nella versione spagnola è "suspensión del cumplimiento". Inizialmente, nei lavori preparatori il gruppo aveva utilizzato l'espressione "excepción de contrato no cumplido", poiché si era discusso se questi due sarebbero dovuti essere trattati in due articoli separati: v. Atti sessione 8 novembre 2013, Bogotá. Negli attuali articoli 102 e 103 PLDC si fa riferimento rispettivamente a una "suspensión del cumplimiento" e a una "suspensión anticipada del cumplimiento".

²¹ Per esempio, il riferimento è all'art. 1489 codice civile cileno e alla rivisitazione che la dottrina ha fatto dell'azione di risarcimento: v. P. Verónica López Díaz, *La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 15, 2010, pp. 65-113.

²² Cfr. art. 1559 codice civile cileno.

²³ Cfr. art. 1150 code napoleon, art. 1231-3 codice civile francese.

²⁴ Cfr. art. 9:503 PECL, III 3:-702 DCFR. In parte cfr. artt. 7.4.4 con art. 7.4.7 Principi Unidroit.

²⁵ Cfr. art. 9:504 PECL, III 3:-704 DCFR.

²⁶ Art. 2330 codice civile cileno, art. 2357 codice civile colombiano. La norma è originaria dell'art. 2199 del codice civile peruviano del 1852: cfr. J. Barrientos Grandon, *El código civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada y anotada*, Thomson Reuters, tomo II, 2016, p. 1095.

non è prevista in molti codici latinoamericani, ma viene spesso implementata attraverso il principio di buona fede o l'abuso del diritto.

Inserendo la riparazione e sostituzione (art. 95 PLDC) all'interno della teoria dell'adempimento, i PLDC non offrono dubbi sulla natura giuridica dei rimedi: viene abbandonato il sistema delle garanzie e si riconducono detti rimedi all'interno dell'obbligazione. Soluzione, questa, non sempre coerente con quella prescelta dal legislatore in molti ordinamenti giuridici.

La non esaustività dei mezzi di tutela, formulata nell'elenco dell'art. 91 PLDC, si riscontra dal fatto che sono presenti altri meccanismi a protezione della relazione negoziale, quali la clausola penale (art. 110 e ss PLDC) la cui compatibilità con gli altri rimedi viene espressamente regolata in una norma *ad hoc* (art. 116 PLDC); o ancora il *commodum representationis* (art. 94 (2-a) PLDC) mediante il quale il creditore può pretendere dal debitore la cessione delle azioni e dei diritti da questi vantati nei confronti di terzi²⁷.

È importante, altresì, osservare che viene espressamente regolata la possibilità di scelta tra l'esercizio di un'azione relativa al mezzo di tutela, ovvero la possibilità di chiedere la nullità relativa del contratto (cfr. art. 39 PLDC).

Infine, è opportuno considerare che nella sessione dell'agosto 2016²⁸ è stata eliminata la possibilità per il creditore di esigere il risarcimento dei danni relativamente all'"accordo sostitutivo"²⁹. Infatti, la maggior facilità nei sistemi di *civil law* nel calcolare gli importi previsti dall'effetto restitutorio della risoluzione e dal danno emergente è stata ragione sufficiente per non considerare appropriata l'introduzione di una disposizione che essenzialmente è più utile in differenti ordinamenti.

4. L'apparente libertà di scelta dei rimedi

L'art. 91 PLDC recita che "in caso di adempimento", il creditore può avvalersi, a sua scelta, "se del caso ... di uno dei seguenti mezzi di tutela...". La disposizione parrebbe a prima vista dare la possibilità di libera scelta rispetto a qualsiasi dei rimedi elencati. Tuttavia, l'inciso "se del caso" sembra indurre, in via interpretativa, per la soluzione contraria, poiché

²⁷ Si viene in parte ad applicare la disposizione di derivazione francese (cfr. art. 1303 code napoléon, attuale art. 1351-1 codice civile francese) presente, con riferimento alla perdita del bene, per esempio, nei codici cileno e colombiano (rispettivamente artt. 1677 e 1736). La norma che nei PLDC viene prevista per le obbligazioni non pecuniarie, però, non si dovrebbe applicare anche alle obbligazioni pecuniarie, visto che - insieme alle redazioni cilene e colombiane - si prevede una facoltà da parte del creditore, e non un preciso obbligo del debitore, come nella disposizione francese.

²⁸ V. Atti della sessione 9-10 agosto 2016, Santiago del Cile. Inizialmente si rinveniva nell'art. 103 della bozza del 2014 e nell'art. 112 della bozza del 2015.

²⁹ Per la sua prossimità, si usa qui la terminologia utilizzata nell'art. 9:506 PECL. Nell'ottica della Convenzione di Vienna sarebbe, *mutatis mutandis*, la "vendita di compensazione" prevista dagli artt. 75 e 76.

effettivamente vi sono degli ordini gerarchici che possono desumersi dall'interpretazione coordinata delle disposizioni relativi ai rimedi.

Qui di seguito, si cercherà di evidenziarne i principali, osservando alcune incongruenze generate dall'introduzione della *Nachfrist* nell'ultima sessione dell'agosto 2017 tenutasi a Bogotá.

Due sono i primi segnali di questa gerarchia nascosta che fanno constatare che, sia la risoluzione sia la sostituzione, non possono esercitarsi in caso di qualsiasi inadempimento ma solo laddove questo sia essenziale³⁰. Per quel che concerne la risoluzione³¹ si segue la tradizionale impostazione del 'diritto vivente' (benché non prevista espressamente nei codici latino americani, con eccezione per esempio dell'art. 724 CC del Paraguay, secondo il quale l'inadempimento non deve essere di scarsa importanza ai fini dell'azione in risoluzione)³² e che recentemente è stata espressamente ammessa in Argentina³³. Invece, la scelta relativa alla sostituzione si basa sul presupposto che questa sia più costosa rispetto alla riparazione³⁴. Inoltre, si assoggetta l'esercizio di tali rimedi alla previa comunicazione al debitore dell'inesattezza dell'inadempimento, pena l'impossibilità di esercitare il rimedio.

Sulla parziale falsariga della Convenzione di Vienna, tanto per la sostituzione come per la risoluzione si esige la comunicazione del difetto in un termine ragionevole, tutte le volte che l'inadempimento sia inesatto (cfr. artt. 92, 95 PLDC).

Durante l'elaborazione dei PLDC è stato preferito un criterio di ragionevolezza per la determinazione dei termini quando invece, nelle precedenti versioni delle bozze, si prevedevano termini precisi per la comunicazioni della non conformità dell'adempimento. Ad esempio, si prevedeva un termine di due anni dall'esecuzione della prestazione ed il contestuale esercizio dell'azione di risoluzione entro i 15 giorni successivi (bozza del 2013). Il riferimento all'inadempimento inesatto a fronte dei rimedi di riparazione e sostituzione è consentito dall'interpretazione sistematica degli artt. 87, 92, 95 PLDC. In generale, si viene a configurare un inadempimento essenziale, che potrà essere parziale o inesatto. Nonostante il fatto che non esista un espresso riferimento all' inadempimento dovuto a ritardo, non significa che questo sia stato escluso: infatti, per il gruppo di studio il concetto di

³⁰ Cfr. art. 91, art. 95 (1) e art. 97 (1) PLDC.

³¹ Importanti innovazioni relative alla risoluzione consistono anche nel prevedere che il reciproco inadempimento non impedisca la risoluzione del contratto, e che questa possa essere giudiziale o di diritto, mediante comunicazione scritta (art. 97 PLDC). Sono questi aspetti interessanti, che però non possono essere trattati in questa sede.

³² V. questionario Paraguay, in C. Pizarro Wilson (ed), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado and Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012, p. 464.

³³ Cfr. art. 1084 codice civile e commerciale della nazione argentina.

³⁴ Atti riunione 8 novembre 2013, Bogotá.

inadempimento comprende l'inadempimento totale, quello parziale il ritardo nell'adempimento³⁵.

L'essenzialità dell'inadempimento viene configurata in una serie di casi contemplati dall'art. 87 PLDC, su cui si ritornerà a breve (v. sezione seguente).

Sotto il profilo del *quantum*, viene coordinato il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo e la clausola penale: essendo la riduzione del prezzo incompatibile con il risarcimento del minor valore ma compatibile con altre tipologie (cfr. 96, punti (2) e (3), PLDC). Per quel che concerne la clausola penale, si sancisce la possibilità di scegliere tra questa ed il risarcimento, ed in generale è compatibile non solo con il termine per la correzione (art. 115 PLDC) ma anche con l'esercizio dei mezzi di tutela, salvo determinati limiti sul *quantum* che dipendono dalla scelta tra l'esatto adempimento, la riduzione del prezzo o la risoluzione (cfr. art. 116 PLDC).

Infine, sono necessarie alcune considerazioni con riferimento all'abolizione della tradizionale classificazione delle obbligazioni di dare, fare non fare, alla quale è stata preferita la distinzione tra obbligazioni pecuniarie e non pecuniarie. Questa nuova classificazione incide sul sistema rimediabile e sull'imposizione di determinati limiti in relazione alle obbligazioni non pecuniarie, essenzialmente derivati dai codici o testi di armonizzazione europei, non sono propri dei sistemi latinoamericani. Così, il debitore potrà sottrarsi all'esatto adempimento qualora questo sia impossibile, o – se possibile – qualora esso si riveli estremamente gravoso anche per la dignità del debitore, mentre il creditore può soddisfare il suo interesse con un altro mezzo di tutela³⁶.

Benché, quindi, ispirati a caratteri e tendenze dell'oltreoceano, i PLDC presentano tratti innovativi: proprio nell'ultimo esempio riportato, e come acutamente sottolineato³⁷, i PLDC propongono un limite all'adempimento più ampio rispetto ad altri sistemi occidentali, poiché la dignità della persona è considerata con maggior incisività, fino ad includere i diritti fondamentali. In questo senso, la libertà di scelta dei rimedi si rivela ancor più apparente nelle obbligazioni non pecuniarie (cfr. artt. 91 e 94 PLDC).

5. L'intruso

È opportuno, ora, mettere in evidenza le conseguenze di una affrettata introduzione del rimedio della *Nachfrist*, voluta nell'ultima sessione poco prima dell'approvazione del testo

³⁵ Come si constata dagli atti della sessione del 9 agosto del 2016, Santiago del Cile. Una delle prime versioni prevedeva, nel capitolo relativo all'adempimento, anche un riferimento all'"adempimento inesatto" (art. 7.5 bozza non pubblicata).

³⁶ In tal senso bisogna evidenziare l'importante ricostruzione dei limiti all'esatto adempimento, che nel sistema cileno – si riconduce essenzialmente ad un'applicazione del principio di buona fede e dell'abuso di diritto: C. Bahamondes Oyarzún, *El cumplimiento específico de los contratos*, Der, 2018, pp. 177 ss., in particolare pp. 185 ss e pp. 217 e ss.

³⁷ Così C. Bahamondes Oyarzún, *El cumplimiento específico de los contratos*, Der, 2018, pp. 220. Cfr. ad esempio § 275(3) codice civile tedesco; art. 7.2.2 Principi Unidroit; art. 9:102 PECL, III.-3:302 DCFR.

finale. Effettivamente, non solo si viene a introdurre *in extremis* un concetto giuridico tradizionalmente alieno alla tradizionale cultura latinoamericana, ma che anche, come si vedrà, si corre il rischio di introdurre una nota stonata nel sistema rimediabile sopra descritto. Come premessa, è utile qui indicare quali erano le ipotesi d'inadempimento essenziale, secondo l'art. 87 PDCL, prima dell'ultima riunione del gruppo di studio. Si prevedono quattro ipotesi, corrispondenti rispettivamente alle lettere a-d, per cui era considerato essenziale: l'inadempimento previsto dalle parti nonché quello doloso; cui si aggiungono: la perdita ragionevole di fiducia, da parte del creditore, nella successiva esecuzione del contratto, in virtù del pregresso comportamento del debitore; o ancora: il venir meno dell'interesse del creditore all'esecuzione della prestazione, con riferimento ad a uno standard di prevedibilità generale (quando il comportamento del debitore "priva sostanzialmente il creditore di ciò che si poteva aspettare in base a quanto previsto dalle parti al momento della conclusione del contratto").

Ciò premesso, occorre sottolineare che la versione finale dell'art. 93 PLDC al numero (1) introduce un termine per la correzione, sì che: "salvo il caso di inadempimento essenziale, il creditore deve concedere un termine supplementare di durata ragionevole al debitore affinché questi possa correggere l'inadempimento".

Altresì e contestualmente, si viene a introdurre una ulteriore lettera (e) al art. 87 PLDC per cui l'inadempimento è anche essenziale quando "il debitore non adempie entro il termine previsto per la correzione di cui all'art. 93".

L'introduzione di un termine per la correzione, non annoverato sin dall'inizio nella struttura rimediabile, crea alcune incongruenze, qual è quella che si evince dalla lettura congiunta delle due nuove norme introdotte, ossia l'art. 93 (1) e la lettera e) dell'art. 87, relativo ai caratteri dell'inadempimento essenziale.

Effettivamente, se per la lettera e) l'inadempimento è essenziale "quando il debitore non adempie entro il termine previsto per la correzione", l'art. 93, invece, impone la possibile applicazione del termine in tutti i casi in cui l'inadempimento non sia essenziale (come si constata dalla lettura dell'*incipit* "salvo i casi di inadempimento essenziale"). E' palese l'incongruenza; intanto, una cosa non può essere al tempo stesso essere quello la cui applicazione esclude. Inoltre, una seconda incongruenza si riscontra in relazione alla valutazione dei rimedi con cui può essere compatibile. A tenore dell'art. 93 (2), una volta concesso il termine, il creditore non può esercitare nessun mezzo di tutela compatibile con l'adempimento, salvo il risarcimento del danno. È chiaro che tale soluzione in parte nasce svuotata, visto che, a parte l'eccezione di adempimento, gli unici rimedi compatibili con *Nachfrist*, ossia la possibilità di sanatoria, potrebbero essere la riparazione e sostituzione. Il fatto di offrire al debitore un termine aggiuntivo per l'esatto adempimento, ed il fatto che per esatto adempimento devono intendersi l'esercizio della riparazione e sostituzione in caso di adempimento imperfetto (art. 95 PLDC), rende quasi superflua l'introduzione dell'art. 93 (2) PLDC. Tale ultima norma verrebbe ad assumere rilevanza solo in caso di inadempimento totale, ossia – per esempio – in una compravendita qualora il bene comprato non sia stato ancora consegnato: in tal caso, la risoluzione dovrebbe essere preceduta da un termine per la correzione. Quanto affermato, tuttavia, viene comunque svilito dall'*incipit*

dell' art. 93 (1) PLDC, per il quale il termine di correzione deve essere concesso solo in caso in cui l'inadempimento non è essenziale, laddove, invece, la risoluzione può essere pretesa nel caso contrario, ossia nel caso in cui l'inadempimento sia essenziale (cfr. art. 97 PLDC). In altri termini, l'art. 93 (2) PLDC non fa altro che rinforzare l'indipendenza dell'azione del risarcimento danni.

L'introduzione del termine di correzione parrebbe, in parte, rafforzare il principio *pacta sunt servanda* e, in un'ottica di conservazione del contratto, il rimedio dell'esatto adempimento. Ciononostante, la non perfetta sincronia nella redazione degli articoli 87 e 93 PLDC svuota questo aspetto (poiché partirebbe dal presupposto che il termine si conceda negli inadempimenti non essenziali) venendo così a collocare il risarcimento dei danni in un piano paritario. Quello che è certo è che detta redazione mina, in parte, l'iniziale scelta di predisporre un sistema tendenzialmente orizzontale di mezzi di tutela: si pensi al ruolo che assumerebbe la riduzione del prezzo in un caso di inadempimento non essenziale. Tale rimedio, benché si potrebbe esercitare senza l'obbligo di notificazione della non conformità della prestazione, richiederebbe sempre la concessione di un termine (cfr. artt. 92 e 93 PLDC): pertanto, non potrebbe più essere liberamente scelto (dopo l'introduzione dell'art. 93 PLDC) quale principale rimedio. In definitiva: l'introduzione dell'art. 93 PLDC cambia, di fatto, l'iniziale assetto previsto in relazione ai rimedi e all'art. 87 PLDC. Ciò è dovuto anche al fatto che la comunicazione, in caso di inadempimenti imperfetti (art. 92 PLDC), era prevista in un articolato pensato quando non vi era la *Nachfrist*.

Poiché le parti possono modificare, revocare o escludere l'applicazione di alcune disposizioni dei PLDC (art. 4 (1) PLDC), è opportuno chiedersi se si possono ricomprendere tra queste disposizioni anche l'esclusione della *Nachfrist* o dell'obbligo di comunicare la non conformità, a norma dell'art. 92 PLDC. Un'esclusione di una di queste disposizioni permetterebbe di offrire un sistema più coerente, alla luce di quanto argomentato innanzi. E' possibile, dunque, escludere l'art. 92 PLDC? E inoltre: nonostante la sua esclusione, è possibile far rientrare il termine di correzione dalla finestra – attraverso il principio di buona fede (uno dei tre “principi dei principi” – insieme alla libertà di contrattuale e alla forza obbligatoria del contratto: cfr. artt. 3, 4 e 5 PLDC)? L'interrogativo è intrigante, visto che, dai lavori preparatori, risulta che i PLDC non si applicano ai contratti con consumatori; in tal senso, nei contratti *B2B*, per la natura stessa del contratto, vale la prassi di esaminare il bene ricevuto, e quindi contestualmente, in virtù del principio di buona fede, la prassi di comunicare contestualmente l'eventuale inesattezza dell'adempimento.

6. Qualche conclusione

Nonostante i PLDC abbiano voluto offrire una soluzione rivisitata delle tradizioni civilistiche latinoamericane, si sono voluti proporre in questa sede alcuni dubbi sull'influenza dei moderni schemi provenienti da oltreoceano, contenuti del DCFR, nei PECL o nei Principi *Unidroit*. Inoltre, le riforme dei codici francese e argentino hanno contribuito a che il tes-

suto normativo dei PLDC non si sia attenuto solo alle rivisitazioni moderne proposte da dottrina e giurisprudenza³⁸ negli ordinamenti latinoamericani.

In definitiva, anche se uno dei dibattiti eterei nel gruppo di studio verteva sull'adozione della terminologia "mezzi di tutela", e non "rimedi", perché la prima locuzione è più vicina alla terminologia tradizionale del *civil law* e non a quella della *common law*³⁹, si constata l'influenza di istituti introdotti anche se non appartenenti alla tradizione latinoamericana: è il caso, come si è detto, della *Nachfrist*, oppure dell'introduzione del metodo di calcolo della riduzione del prezzo affine a quello della Convenzione di Vienna⁴⁰.

Sicuramente il riferimento nell'art. 87 PLDC alla "...sua scelta" e a "qualsiasi dei seguenti mezzi di tutela" non si può ascrivere alla migliore redazione, poiché un'interpretazione coordinata del testo mostra un'altra realtà.

Anche se il testo dei PLDC è sicuramente migliorabile, esso rappresenta senza dubbio una nuova possibilità interpretativa utile al confronto di molti codici latinoamericani, sedimentati ormai da tempo in una roccia ormai certamente non più granitica, ma forse trasformati in calcarea, avendo bisogno di interventi urgenti e più consoni ai nuovi panorami e paradigmi giuridici.

³⁸ Si riinvia ai questionari redatti per ogni paese: C. Pizarro Wilson (a cura di), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Universidad Externado and Universidad del Rosario de Colombia e Fundación Fueyo Laneri, 2012.

³⁹ Ipotesi che dovrebbe essere smentita, visto che il termine 'rimedi' non dovrebbe essere di derivazione del common law ma del Law French: v. A. Ferrante *Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía*, in *Revista de derecho privado (Universidad del Externado)*, n. 35, 2018, p. 166, nota n. 1. Sull'introduzione, nella terminologia corrente in Italia, del sostantivo 'rimedi' in Italia v. A. Maniaci, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, ETS, 2018, pp. 42-46 che constata la sua prima utilizzazione per esempio da parte di Ivrea, Carnelutti e Falzea.

⁴⁰ V. art. 92 PLDC, nell'ultima sessione di Bogotá del 2017, il gruppo di studio ritornò a votare per l'eventuale abolizione di un metodo di riduzione puro per i problemi che il metodo affine all'art. 50 CISG può provocare. Si mantenne detto calcolo per un solo voto di differenza. Comunque il gruppo di studio ha stabilito che il metodo del calcolo non sarà vincolante, e che il giudice potrà adottare un altro criterio (v. atti della sessione del 22 agosto 2017, Bogotá). Sul punto e la critica del metodo adottato nei PLDC v. A. Ferrante, *¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios latinoamericanos de Contratos?*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 22, 2014, p. 12 y ss; più ampiamente sulla riduzione del prezzo A. Ferrante, *La reducción del precio en la compraventa*, Aranzadi, 2012.

Límites al ejercicio de los daños y perjuicios. Artículos 107, 108 y 109

De los principios latinoamericanos de los contratos

Jose Annicchiarico Villagrán*

ABSTRACT

Les Principes latino-américains des contrats limitent la réparation du dommage imprévisible et indirect ainsi que celui causé par la faute du créancier. Cela revient à reconnaître la spécificité du dommage contractuel accepté dans la plus part des pays de droit civil. En outre, en dépit de l'absence de régulation dans la plus part des pays de l'Amérique-latine, mais sur le adhésion de la doctrine majoritaire, les principes admettent la limite de la réparation du dommage contractuel évitable avec des mesures raisonnables sur le fondement de la bonne foi. Cette limite comporte ainsi une incombance à la charge du créancier. Elle est un outil d'efficacité économique du contrat développée principalement dans le système de la Common Law. Bien que la bonne foi est un fondement imparfait à transposer dans notre systèmes cette outil d'efficacité, il est un fondement adéquat à la tradition volontariste de nos codes civils.

* Profesor de Derecho Civil: Contratos y Obligaciones de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

Sumario

1. Introducción
2. El fundamento y la naturaleza jurídica de carga de mitigar el daño en los PLDC
 - 2.1. La buena fe y la causalidad como fundamento de la carga de mitigar el daño en los PLDC
 - 2.2. Naturaleza Jurídica. Carga de mitigar el daño. Límite a la indemnización del incumplimiento debida por la deudor.
3. Regulación jurídica de la carga de mitigar el daño
 - 3.1. La contenido de la carga de mitigar los daños en los PLDC
 - 3.2. Efectos de la mitigación del daño del incumplimiento contractual
 - a) Reducción de la indemnización
 - b) Reembolso de los costos incurridos
4. Aplicación del principio de mitigación de daños en otras normas de los PLDC
 - a) La ejecución en forma específica
 - b) La resolución del contrato y la operación de reemplazo
 - c) Jerarquización de hecho de los remedios

1. Introducción

Nos corresponde hablar de los límites a la indemnización de daños en los Principios Latinoamericanos de los Contratos (PLDC), establecidos en los artículos 107, 108 y 109. La previsibilidad y la falta del acreedor como límite a la indemnización previstos en los artículos 107 y 108 siguen la dogmática del *code* adoptada en general por los países que participaron en la elaboración de los principios y no suscitan mayores comentarios. La gran innovación en relación a los límites es sin duda la inclusión de la carga de mitigar el daño. En efecto, según el artículo 107: “(1) El deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento. (2) En caso de dolo o culpa grave, el deudor responde de todos los perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento”. Dicho límite a la indemnización del daño contractual tiene su origen en la concepción voluntarista del contrato¹. El razonamiento es el siguiente: “La obligación contractual tiene su origen en la voluntad de las partes, en consecuencia la voluntad no puede abarcar que aquello que es previsible”². Igualmente en caso de violación: “la obliga-

¹ I. Solou, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, th. Paris II, 1979, n. 493. « il revient au juge de faire coïncider le mieux possible l'étendu de la responsabilité contractuelle avec la conscience intellectuelle et psychologique que les parties, et en particulier le débiteur, ont pu avoir de l'importance du dommage éventuel ».

² *Ibidem*.

ción se mantiene marcada por el concierto inicial de voluntades”³. La voluntad acordada vincula las partes igualmente en relación a las sanciones de la inejecución del contrato, y en consecuencia “es ella la que fija definitivamente la extensión del daño reparable, el acreedor no podría exigir más de lo que ha acordado”⁴. De esta manera se explica el carácter irreductible de la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual⁵. Es la voluntad de las partes, alguna veces tácita, según el derecho clásico, la explicación a la cual se adhieren una parte importante de la doctrina en Francia sobre el valor de esta norma”⁶.

En realidad, desde el punto de vista económico, la norma se justifica por la necesidad de incentivar el intercambio de bienes y servicios a través del mecanismo contractual, sin colocar todos los riesgos de la inejecución en el deudor⁷. Los perjuicios previsibles en los principios no indican si son previsibles para ambas partes, para alguna de las partes, o simplemente para una persona razonable. En nuestra opinión, el “prejuicio previsible” alude tanto a la previsibilidad subjetiva de las partes, como a la previsibilidad objetiva de una persona razonable situada en el mismo lugar de las partes. En efecto, si las partes sólo están obligadas por aquellas obligaciones a las cuales han prestado su consentimiento, se entiende que ellas sólo han consentido a reparar las consecuencias previsibles de su inejecución al momento de la formación del contrato. Se entiende por previsibles las consecuencias normales del incumplimiento, así como expresamente aceptadas o conocidas por las partes. La previsibilidad es medida en función de lo que una persona diligente y razonable situada en la misma posición de las partes hubiese podido prever. En este sentido, el límite de la previsibilidad adquiere un carácter más amplio que el previsto en la concepción voluntarista del *code*. Corresponde al juez determinar lo que es objetivamente previsible para las partes. En caso de dolo y culpa grave, los efectos del incumplimiento debe asimilarse a la responsabilidad por hecho ilícito. En este sentido, los principios retoman el sentido de la norma tal como existe en el modelo del *code*.

Por su parte el artículo 108, establece: “*La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó a que se produjera el perjuicio*”. Esta norma comprende la causal de atenuación del daño por la culpa del acreedor. Según la misma,

³ P. Le Tourneau – L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002, n. 103.

⁴ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (Paris, LGDJ, 2006) n. 92.

⁵ Ibidem, n. 419. M.-E. Roujou De Boubee, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, 205.

⁶ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (Paris, LGDJ, 2006, n. 93. L'auteur cite: J. Carbonnier, *Les obligations*, Paris, PUF, 2000, n. 157; C. Larroumet, *Le contrat*, Paris, Economica, 2003, n. 657; H.L. et J. Mazeaud – F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., Obligations, Montchrestien, 9e éd., 1998. n. 629; H. Starck H. Roland et L. Boyer, *Obligations, t. 1, Responsabilité délictuelle*, 5° éd., Litec, 1996. n. 1671; P. Le Tourneau – L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2002, n. 1036 s.; M.-E. Roujou De Boubee, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, p. 307; I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. cit. n. 537.

⁷ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n. 180. « *En ce qui concerne les arguments économiques, il s'agit tout simplement de limiter l'indemnisation des dommages à fin d'inciter le nombre de transactions et des échanges dans une économie.* ».

la indemnización del daño contractual deber ser reducida si el acreedor, por su acción u omisión *culposa* contribuye a la inejecución. El daño se disminuye en función de la gravedad de la falta de cada una de las partes. La culpa de la victima supone que el hecho del acreedor contribuye al incumplimiento del contrato por parte del deudor y en consecuencia, a la producción de el daño inicial. Se trata de la compensación de culpas desarrollada por la dogmática del *code*, prevista en nuestros código latinoamericanos⁸.

A diferencia de la previsibilidad del daño y de la falta del acreedor como límites a la indemnización del daño contractual, resulta más polémica la admisión en los principios de la *carga de mitigar el daño*. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos, consagra la carga de mitigar el daño en su artículo 109, en los siguientes términos “(1) *La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el daño. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse. (2) El acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas*”.

Desde el punto de vista comparado, el deber de mitigar los daños producto del incumplimiento contractual ha tenido su mayor desarrollo en el sistema del *Common Law*, llegando a plasmarse de forma positiva en el artículo 350 del *Restatement of the Law*⁹ estadounidense y en las secciones 2-704 (2)¹⁰ y 2-715 (2)¹¹ del *Uniform Commercial Code*. Ello no quiere decir que el principio sea desconocido por el derecho continental, pues el mismo está reconocido en la Subsección 254, II¹², del BGB; en los artículo 44(1)¹³ y 99(3)¹⁴ del Código de Obligaciones Suizo; en el artículo 101 del Libro 6 del Código Civil Holandés¹⁵ e incluso en el artículo 1227(2) del Código Civil Italiano¹⁶.

Según el régimen que plantean los instrumentos de contratación internacional, Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías (CISG)¹⁷, Principios Europeos de

⁸ Como veremos, esta difiere de la mitigación del daño, en que el hecho de la victima, en esta última hipótesis, no contribuye al incumplimiento del contrato, ni al daño inicial producto de dicho incumplimiento, sino a la agravación del daño inicial y la producción o agravación de los daños extrínsecos. Se trata en este caso de la limitación del daño evitable razonablemente por el acreedor o carga de mitigar el daño.

⁹ Second Restatement of Contracts §350: Avoidability (1984).

¹⁰ UCC (2012) 2-704 (2).

¹¹ UCC (2012)2-715 (a).

¹² BGB (2002) S. 254.

¹³ Código de obligaciones Civil Suizo (1911) Art 44.

¹⁴ Código de obligaciones Civil Suizo (1911) Art 99 (3).

¹⁵ Código Civil Holandés (1992) Art. 6:101.

¹⁶ Código Civil Italiano (1942) Art. 1227.

¹⁷ Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería Art 77.

los Contratos (PELC)¹⁸, y Principios Unidroit de Contratación Internacional (UNIDROIT)¹⁹, el deudor no responde de daños que, no obstante ser previsibles al tiempo del contrato, el acreedor podría haber evitado mediante la adopción de medidas razonables.

Si bien existe un desarrollo en el derecho comparado en relación a este instituto, es necesario señalar que la mayoría de los países latinoamericanos no reconoce dicho deber de manera positiva. A pesar de ello la tendencia mayoritaria de la doctrina es a su reconocimiento, lo cual ha sido seguido por la jurisprudencia de algunos países. Los PLDC han reconocido la inclusión del mecanismo como un reflejo de la opinión doctrinaria de la mayoría de los países latinoamericanos. De allí que se haga necesario revisar el fundamento y naturaleza jurídica de esta novedosa institución (I), así como su regulación jurídica (II). El fundamento y la naturaleza jurídica de carga de mitigar el daño en los PLDC.

En derecho Latinoamericano la carga de mitigar el daño, salvo por Bolivia, Perú y Argentina, no tienen reconocimiento positivo en las legislaciones internas. No por ello la doctrina y en algunos casos la jurisprudencia, muestran una tendencia mayoritaria a su reconocimiento. Dicho reconocimiento tiene como fundamento el principio de la buena fe objetiva y la causalidad (1). A partir de dicho fundamento se reconoce que el deber de mitigar el daño corresponde en realidad a una carga que pesa sobre el acreedor y que tiene incidencia quantum de la reparación (2).

2.1. La buena fe y la causalidad como fundamento de la carga de mitigar el daño en los PLDC

La carga de mitigar el daño derivado del incumplimiento contractual tiene reconocimiento expreso en Bolivia y en Perú. En efecto el artículo 348²⁰ del Código Civil Boliviano de 1976 recoge una traducción literal del artículo 1227 del Código Civil Italiano de 1942. Por su parte el Código Civil Peruano de 1984, también influenciado por la normativa italiana retoma el artículo 1227 en dos artículos, el artículo 1326, referido a la reducción del daño por la falta de la víctima y el artículo 1327²¹, expresamente dedicado a la carga de mitigar el daño, agregando al artículo 1227 del Código Civil italiano la posibilidad de pactar de excluir convencionalmente tal efecto. En dichas normas no se deja ver cual es el fundamento jurídico, más allá de decir, que es una carga positivamente reconocida, y que su concreción no requiere un elaboración jurídica como es el caso de los países que no disponen de norma expresa. No obstante, el fundamento jurídico permite determinar el verdadero alcance de dicha normas, de allí la importancia de su determinación en PLDC.

En relación al *derecho argentino*, en el Código Civil recientemente derogado en el 2015, no existía una regla expresa que consagrara el deber del acreedor de mitigar el daño con-

¹⁸ Principios Europeos de los Contratos (2000) Artículo 9.505:

¹⁹ Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010) Artículo 7.4.8:

²⁰ Código Civil de Bolivia (1976) Artículo 348.

²¹ Código Civil del Perú Artículo 1327:

tractual. No obstante la falta de una previsión general sobre el tema, la doctrina con anterioridad a la publicación del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2015 sostenía que el acreedor (o más ampliamente, la víctima de un daño, ya se trate de responsabilidad contractual o extracontractual) “soporta la carga, como imperativo del propio interés, de desplegar las diligencias ordinarias para evitar la continuidad o el agravamiento de su perjuicio”²².

Según parte de la doctrina, el incumplimiento de esta carga podía tener por efecto una disminución de la reparación en proporción de la incidencia causal de la omisión del damnificado. Por lo general, esa solución se justificaba como una aplicación específica de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2015, se consagra expresamente el deber de mitigar el daño contractual. En efecto, el artículo 1710 del establece *que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*

Es cierto que dicha norma establece un deber más amplio que el deber de mitigar el daño contractual por parte del acreedor. El referido artículo comprende el deber de evitar y de mitigar el daño aplicable tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. Es por ello que quien evita el daño que sería imputable a un tercero tiene derecho adicionalmente a demandar el reembolso de los gastos por parte del tercero. A los efectos de la responsabilidad contractual, el incumplimiento del acreedor del deber de moderar el daño que le provoca el incumplimiento implica una causal de reducción de la indemnización por compensación de culpas. Si bien el deber se consagra en norma expresas el mismo debe ejecutarse, conforme a la buena fe, según las circunstancias y comprende adoptar medidas razonables para evitar el daño.

En relación al *derecho brasilero*, si bien no existe norma expresa que consagre el deber del acreedor de mitigar el daño derivado del incumplimiento contractual, el Código Civil brasilero consagra en su artículo 422, de forma general, el principio de buena fe objetiva. Dicho principio ha venido siendo utilizado por la doctrina y la jurisprudencia de ese país, para exigir que el acreedor, cuando sea posible y económicamente viable, minimice los daños consecuencia del incumplimiento contractual causados por su co-contratante²³. Dicho reconocimiento doctrinario, según el informe de Brasilero preparado para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos también ha encon-

²² De Lorenzo, et al. *Informe Argentino* (2011) p 194.

²³ De Almeida Prado, Birman, Espirito Santo, Gabbay, Konder, Povoá, *Informe Brasil*, 2011, p. 200.

trado acogida en algunas sentencias por los tribunales superiores de justicia²⁴. Según estas decisiones “*los contratantes deben tomar en cuenta las medidas necesarias y posibles para que el daño no sea agravado. La parte a quien la pérdida aprovecha no puede permanecer deliberadamente inerte ante el daño. El agravamiento del perjuicio, en razón de la inercia del acreedor implica un incumplimiento de los deberes de cooperación y lealtad contractual*”. Se aprecia como en Brasil, a pesar del silencio de la legislación en relación al deber de mitigar el daño, la doctrina y la jurisprudencia han venido reconociendo, sobre la base del principio de buena fe objetiva, un deber que cohibe la inercia del acreedor víctima del incumplimiento. En caso de violación de dicho deber, el acreedor asume entonces la responsabilidad por el aumento de los perjuicios así sufridos²⁵.

En relación al *derecho colombiano*, según lo expresa el informe Colombiano preparado para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos²⁶, sólo se ha reconocido la obligación de minimizar los daños para la compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena, artículo 77) y en materia de contrato de seguro. De manera que no existe un reconocimiento expreso en forma general de un deber del acreedor de mitigar el daño causado por el incumplimiento contractual.

Sin embargo, al igual que en otros países latinoamericanos, parte de la doctrina²⁷ a firma que no es necesario la existencia de una norma expresa a los fines de reconocer la carga del acreedor de mitigar el daño producto del incumplimiento contractual. Dicho reconocimiento puede realizarse sobre el deber de buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos y en la criterios de causalidad. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha reconocido la existencia de dicho deber, particularmente en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010 con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez²⁸. Según dicha sentencia “*...resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan señaladas, debe procurar, de ser posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría*

²⁴ STJ, 3a T, Resp 758518/PR, rel. ministro Vasco Della giustina (Desembargador Convocado do TJRS), julgado em 17 de junho de 2010, publicado no DJE 28 de junho de 2010.

²⁵ Informe Brasileiro (n. 13) 2001.

²⁶ Alarcón Rojas, Cortés Moncayo, Koteich Khatib, M'Causland Sánchez, López Castro, Mantilla, Martínez, Montoya, Navia, Neme, Ternera, *Informe Colombia*, 2011, 200.

²⁷ C.I. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Bogotá, Temis, 2013, p. 224.

²⁸ Sentencia Sala de Casación Civil de Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia dictada en fecha 16 de diciembre de 2010, Exp. 11001-3103-008-1989-00042-01

*entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido*²⁹.

En relación al *derecho chileno*, según lo expresa el informe Chileno preparado para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Los Contratos³⁰, si bien no existe normativa expresa, la carga de mitigar el daño es reconocida por la doctrina sobre el fundamento de la buena fe objetiva prevista en el artículo 1546 del Código Civil Chileno³¹ y sobre el requisito de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño reparable por el deudor, establecido en el artículo 1558 de dicho código³².

El *derecho Paraguayo* tampoco cuenta con un regulación expresa en relación a la mitigación del daño por parte del acreedor, sin embargo, el informe paraguayo concluye que “El principio general de la buena fe y la prohibición al ejercicio abusivo del Derecho (art. 327) contenidos en el *Código Civil* paraguayo impondrían al acreedor la carga de minimizar los daños resultantes del incumplimiento contractual de su deudor.”³³

Lo mismo ocurre en el *derecho Uruguayo*. En efecto, según el informe presentado por este país para la elaboración de los Principios Latinoamericanos de los Contratos, no existe en el derecho uruguayo una norma que imponga al acreedor la carga o la obligación de minimizar los daños del incumplimiento contractual. Sin embargo, la doctrina de ese país reconoce ampliamente el principio de buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos. Como consecuencia, el acreedor “debe actuar en forma leal y honesta, lo cual incluye procurar que el daño padecido sea el menor posible”³⁴.

En el *derecho Venezolano*, tampoco existe normativa expresa, sin embargo el tema ha sido desarrollado doctrinariamente³⁵. La jurisprudencia no ha referido el tema de forma

²⁹ Extracto tomado de C.I. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Bogotá, Temis, 2013, p. 229.

³⁰ C. Pizarro – A. Vidal – I. De Lamaza – C. Bahamondes, *Informe Chile*, 2011, 371.

³¹ En relación a la doctrina chilena ver: A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños, Colección de Textos de Jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, III, p. 429; H. Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago de Chile, Jurídica, 2003, p. 340; A. Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago, Jurídica, 1983, p. 572; R. Domínguez Aguila, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* n. 5, Santiago, Fernando Fueyo Laneri, 2005, pp. 82-91; López Santa María Jorge, *Sobre la obligación de minimizar los daños en el Derecho chileno y comparado*, en Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Berríos (eds.), *Los contratos en el Derecho privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 325-337; R. Fuentes Guíñez, *El deber de evitar o mitigar el daño*, en *Revista de derecho de la Universidad de Concepción*, n. 217-218, Concepción, Universidad de Concepción, 2005, pp. 223-248; San Martín, Lilian (2012), *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

³² C. Pizarro, *Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, dic. 2013, no.41 .

³³ Dos Santos, Angulo, Breuer, Godoy, Moreno, Rodríguez, *Informe Paraguay*, 2011, 472.

³⁴ Marino, Díaz, Mirande, Nicola, *Informe Uruguay*, 2011, 543-544.

³⁵ J. Annicchiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias políticas y Sociales en centenario de su fundación 1915-2015*, Caracas, Anciepol, 2015, 2675-2698. E. Fontiveros, *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Caracas, RVLJ, 2016.

expresa o directa. El informe Venezolano³⁶ preparado para la elaboración de los principios latinoamericanos de derecho de contratos considera que debe reconocerse en Venezuela la existencia del deber de mitigar el daño sobre el principio de la buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos previsto en el artículo 1160 del Código Civil venezolano y en la causalidad necesaria entre el incumplimiento y el daño reparable según prevé el artículo 1275 de ese mismo código.

Visto lo anterior, se puede constatar una tendencia mayoritaria a la consagración del deber de mitigar los daños en cabeza del acreedor de la obligación incumplida en las legislaciones de derecho continental europea. La tendencia puede igualmente constatarse en los principios de derecho blando y en los instrumentos internacionales en materia de contratación. En relación a las legislaciones latinoamericanas, si bien la aceptación es expresa solamente en Perú, Bolivia y Argentina, sin embargo, en aquellos países en los cuales no existe una norma expresa, existe una tendencia favorable de la doctrina, y en algunos casos de la jurisprudencia, a su reconocimiento. En todos los países desprovistos de normativa expresa, el deber del acreedor de mitigar el daño producto del incumplimiento del contrato, tiene como fundamento el principio de la buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos.

En este sentido, el reconocimiento en los Principios de Derecho Latinoamericano de los Contratos del deber del acreedor de mitigar el daño producto del incumplimiento refleja la tendencia mayoritaria actual del tratamiento de la cuestión a nivel internacional y regional. No existe entonces ninguna justificación para su no reconocimiento. Por el contrario, tal y como se expresa en el informe Chileno citando al profesor Ramón Domínguez Águila, este deber es una manifestación de un principio evidente desde el punto de vista lógico, moral y económico. Lógico, porque no se comprendería la razón para permitir que la víctima permanezca pasiva frente al daño que se le causa, bajo el pretexto de que, en definitiva, el autor deberá compensarle. Moral, porque todos tenemos también la obligación de cautelar por nuestros propios intereses, cualquiera que sea su naturaleza, y económico, porque es evidente que la utilidad general manda que se eviten los daños y si ello no es posible, que al menos se reduzcan en su dimensión³⁷.

Entender la mitigación de los daños producto del incumplimiento contractual como un deber derivado de la obligación de cooperación y de buena fe en la ejecución de los contratos es, en nuestra opinión, un recurso imperfecto al que se acude ante la ausencia de norma expresa. En efecto, no permite explicar, en toda su extensión, la función que el principio de mitigación de daños está llamado a cumplir según predicen los sistemas que lo han desarrollado³⁸. Tampoco es la causalidad adecuada del daño evitable el mecanismo

³⁶ J. Annichiarico y Madrid, *Informe Venezuela*, 2011, 472.

³⁷ C. Pizarro, A. Vidal, I. De Lamaza, C. Bahamondes, *Informe Chile*, 2011, 371.

³⁸ Tan es así que no se entiende bien cómo, en aplicación de los propios PLDC, no podrían las partes derogar en un convenio particular dicha carga. Y es que según el artículo 6 de los PLDC, las limitaciones convencionales contrarias

que permite justificar el instituto. En ambos casos, como se dijo, son recursos jurídicos que buscan darle fundamento legal a una institución no prevista positivamente en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, y desarrollada principalmente en el *common law*.

Si bien dicha carga tiene como efecto jurídico práctico la limitación o la reducción de la indemnización del deudor ante la omisión del acreedor de evitar los daños reparables con las medidas razonable a su alcance, la realidad que subyace es que detrás de todos los tecnicismos jurídicos que pretenden darle una justificación, la finalidad del instituto es puramente económica. En efecto, no es la buena fe objetiva, ni la causalidad, sino los imperativos de la eficiencia económica de los contratos los que justifican la consagración de la carga de mitigar los daños en el derecho de contrato comparado. Son dichos imperativos de eficiencia económica y no los mecanismos de derecho de contrato tradicionales, los que permite entender su regulación jurídica.

Según los postulados de eficiencia económica lo razonable para el acreedor es que siempre que disponga de varias opciones que igualmente satisfacen su interés contractual, escoja la opción que represente menos costos para el deudor y por ende para la sociedad. De esa manera, el acreedor obtiene la protección de su interés contractual y la sociedad en su conjunto evita el despilfarro de recursos que implica la producción de daños evitables. Este es el verdadero sentido de la carga de mitigar los daños. Imponer al acreedor la carga de velar por los intereses del deudor que incumple el contrato parece algo poco comprensible, mucho más si ello implica para el acreedor tener que hacer ciertos sacrificios que bajo los postulados del principio de la fuerza obligatoria del contrato, en principio, no estaría obligado a realizar. Bajo los imperativos económicos de eficiencia se imponen contratos eficientes. La buena fe objetiva, instrumento jurídico de la eficiencia económica, traduce una necesidad de corrección, no a favor de deudor que incumple sino de la sociedad en su conjunto.

Dicho lo anterior, conviene analizar la naturaleza del deber de mitigación consagrado en el artículo 109 de los PLDC a los fines de esclarecer su régimen jurídico

2.2. Naturaleza Jurídica. Carga de mitigar el daño. Límite a la indemnización del incumplimiento debida por la deudor.

El deber de mitigar las daños previsto en el artículo 109 de los PLDC constituye una carga del acreedor víctima del incumplimiento contractual y no un deber en sentido estricto³⁹. En efecto, cuando hay deber concreto de comportamiento, el sujeto pasivo de la relación jurídica correspondiente se encuentra obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa favor de otra persona. Si no cumple el deber concreto, lesiona el derecho subjetivo del acreedor

a la buena fe no producen efecto alguno. Es por ello que el Código Peruano en su artículo establece la posibilidad de excluir convencionalmente tal efecto.

³⁹ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 312.

y, en consecuencia, podrá ser constreñido a la ejecución forzosa en natura o al resarcimiento de los daños y perjuicios.

En el caso de la carga, el sujeto sobre quien pesa no está obligado a ninguna cosa pues la carga no es exigible ni coercible. Dicho sujeto tiene la opción de no cumplirla. Y es que la carga, a diferencia del deber, no tiene como contrapartida un derecho subjetivo ajeno y en consecuencia, está desprovista de un derecho acción. Sin embargo, si el sujeto sometido a la carga quiere conseguir el efecto jurídico que condiciona la carga, tiene un claro interés de cumplirla pues su omisión implica no lograr efecto jurídico que le es útil. Es por ello que la carga se define como un imperativo hipotético del propio interés⁴⁰.

La principal diferencia entre un “deber” en sentido estricto y una “carga” radica en el sujeto cuyo interés es protegido mediante la realización de la conducta impuesta por el ordenamiento jurídico. Así, en el deber, el interés que se protege corresponde a un sujeto ajeno, mientras que la carga implica la realización de una conducta en protección de un interés propio, de donde se constata el carácter incoercible de la carga. Es por ello que la infracción del deber da lugar a una obligación de resarcimiento mientras que dicha obligación no nace cuando se trata del incumplimiento de una carga.

En este sentido, no puede el deudor que incumple el contrato demandar los daños y perjuicios en virtud del incumplimiento por parte del acreedor de su carga de evitar los daños mayores que derivan del incumplimiento. Si el acreedor no adopta las medidas razonables para disminuir el daño, el deudor no estará obligado por la porción del daño que el acreedor pudo haber evitado razonablemente. La carga del acreedor tiene como contenido una conducta razonable y diligente, a la imagen de una obligación de medios y no la obtención de un resultado concreto.

La carga, como categoría jurídica, constituye una conducta que pesa en cabeza de un sujeto de derecho como condición o presupuesto para el ejercicio material y formal de un derecho subjetivo cuyo cumplimiento permanece en su esfera de intereses. El incumplimiento de tal conducta priva al sujeto, en forma parcial o total, del derecho y de su exigibilidad. Así, el acreedor que omita comportarse razonablemente de acuerdo a la buena fe en la moderación del daño que le ocasiona el incumplimiento contractual verá afectado su derecho a la reparación integral del daño. Ante el incumplimiento de la carga y siempre que el deudor lo haga valer, la indemnización que le corresponde al acreedor será reducida en la medida del daño reparable que pudo ser evitado a través de medidas razonables. La carga de mitigar los daños, a diferencia de otras causas atenuantes de la responsabilidad, como el hecho de la víctima, supone que el incumplimiento contractual ya se ha verificado o que es inevitable que ocurra. El hecho de la víctima es una causa de atenuación de la responsabilidad contractual en la medida que el hecho del acreedor concurre con el hecho del deudor en la producción del incumplimiento contractual y, en consecuencia,

⁴⁰ F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1952, 1979, p. 84.

del daño⁴¹. En la carga del acreedor de mitigar los daños productos del incumplimiento se parte del hecho de que ya ha ocurrido el incumplimiento contractual o que el mismo es inevitable y de que el acreedor se ha abstenido de realizar algo para evitar el daño mayor. En definitiva, la diferencia entre el hecho de la víctima como causal de atenuación de la responsabilidad contractual y la carga del acreedor de mitigar el daño, radica en que la conducta omisiva del acreedor que incumple su carga de moderar el daño es la causa única del daño mayor⁴².

Es por ello que, tal como está consagrado en los PLDC, la carga de mitigar los daños que produce el incumplimiento constituye un mecanismo que incide exclusivamente en la indemnización de daños, de manera que si el acreedor opta por algún otro remedio tal como la ejecución específica, la reparación específica, la sustitución, la reducción de precio, la resolución de contrato o la excepción de cumplimiento, dicha carga no tiene ninguna incidencia. Sin embargo, como quiera que la indemnización de daños es compatible con otros remedios, allí donde sea solicitada, el deudor podrá hacer valer los efectos del incumplimiento de dicha carga.

A diferencia de la compensación de faltas, esta concepción de la carga de mitigar los daños impone al acreedor un todo o nada en relación las consecuencias negativas de su omisión⁴³. En efecto, la particularidad del sistema en relación al sistema tradicional de la compensación de faltas propio del régimen de la responsabilidad extracontractual, es que el mismo no tiene en cuenta que la razón por la cual el deudor tiene el deber de manejar diligente y razonablemente los efectos del incumplimiento contractual que lo perjudica es precisamente el incumplimiento contractual del deudor. Es por ello que el artículo 109 PLDC establece que la reducción de la indemnización “...*corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse...*”.

Tal solución pudiera parecer contestable, pues desconoce que el incumplimiento es precisamente el hecho que hace surgir la carga del acreedor de moderar o evitar el daño evitable. Sin embargo, no se trata sino de la adopción, en relación a ese daño evitable, de la teoría de la causalidad adecuada. Es decir que, a los efectos de la determinación del vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño evitable, se toma exclusivamente la causa *sine qua non* concurrió a la producción del daño y que es previsiblemente apta, por ella sola, a la producción del resultado⁴⁴. Así, si el daño evitable se materializa, es por la omisión del acreedor pues el daño evitable no es una consecuencia necesaria y directa del incumplimiento. La omisión del acreedor es la condición necesaria y adecuada de la producción del daño evitable y no el incumplimiento del deudor. En ese supuesto,

⁴¹ J. Annicchiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, op. cit., p.5.

⁴² F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, op. cit., p. 252.

⁴³ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 400

⁴⁴ Para una análisis en Venezuela de vínculo de causalidad como elemento de la responsabilidad ver: J. Mélich-Orsini, *La Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, Caracas, Acienpol, 2006, 133.

no sería necesario hablar de un deber previo legal o basado en la buena fe objetiva que justifique la carga del acreedor de mitigar el daño.

Si el análisis anterior es técnicamente correcto desde el punto de vista de la causalidad, el mismo es en nuestra opinión incompleto para comprender el verdadero alcance de la carga de mitigar el daño. En efecto, no todos los sistemas jurídicos adoptan la teoría de la causalidad adecuada como presupuesto de la responsabilidad contractual. Qué sucede en aquellos sistemas que adoptan la teoría de la equivalencia de condiciones?

Pero incluso si se admitiera que la causalidad adecuada es la teoría mayormente utilizada por los países latinoamericanos, no puede negarse que el incumplimiento del deudor está siempre al origen del daño evitable, aún cuando no constituye en todos los casos el antecedente necesario del mismo. Si se analiza con detenimiento, resulta difícil de afirmar en forma absoluta que el daño evitable debe asimilarse en todos los casos a una consecuencia no necesaria del incumplimiento. Si el daño evitable debe asimilarse en todos los casos a una consecuencia no necesaria del incumplimiento, no tendría mucho sentido hablar de la reducción del deber indemnización por parte del deudor si se trata precisamente de daños que no son indemnizables por el deudor. Tampoco tendría mucho sentido desarrollar un contenido particular en relación a la carga de mitigar el daño. Y es que la carga de evitar el daño comprende cualquier daño consecuencia del incumplimiento, y más aún aquellos que son su consecuencia directa. No porque sea consecuencia directa del incumplimiento, el daño no debe ser evitable. Cómo justificar entonces que el daño evitable no es consecuencia necesaria del incumplimiento pero los costos de su mitigación sí son consecuencia directa del incumplimiento. Asimilar el daño evitable al daño indirecto es recurrir a una simplificación que no se corresponde necesariamente en todos los casos con la realidad de las cosas.

En nuestra opinión, la particularidad de la mitigación del daño está precisamente en establecer un límite adicional a los límites tradicionales del daño reparable contractual, diferente del carácter previsible y directo del daño y de la compensación de faltas del acreedor y del deudor. Desde este punto de vista, según los PLDC, en materia contractual serán indemnizable los daños previsible, que sean consecuencia inmediata y directa – necesaria – del incumplimiento, y que no sean evitables por medidas razonables de acuerdo a la buena fe objetiva por parte del acreedor. En este último caso, poco importa que los daños evitables sean una consecuencia necesaria o no del incumplimiento. Es el deber fundado en la buena fe objetiva el que permite darle un contenido propio a la carga de mitigar el daño. Es la recepción en los principios de una carga fundada en el deber de cooperación que emana del principio de la buena fe objetiva en materia contractual, la que permite a los sistemas latinoamericanos dar entrada a los imperativos de la eficiencia contractual.

La buena fe tiene sin duda incidencia en el análisis de la causalidad de daño indemnizable. Establecido el deber de mitigar el daño sobre el principio de la buena fe objetiva, su violación tiene como consecuencia la ruptura del vínculo de causalidad entre el daño evitable y el incumplimiento, pues si le corresponde al acreedor evitar los daños con medidas razonables, los mismos no podrían considerarse daños directos e inmediatos – “necesarios” del incumplimiento, tampoco podrían considerarse dentro de la categoría de daños

previsibles, e incluso sería difícil refutar que la reducción de la indemnización deriva de una verdadera compensación de faltas entre el incumplimiento del deudor y la falta del acreedor en evitar el daño conforme impone la buena fe objetiva. Se trata de una norma que coloca en cabeza del acreedor el riesgo de los daños evitables razonablemente, y en cabeza del deudor el reembolso de los costos razonables de la mitigación.

La noción de la buena fe objetiva, si bien aparece como un recurso imperfecto, es sin duda el fundamento que permite una recepción más amplia del mecanismo de mitigación de daños. Por su parte, el recurso a la causalidad adecuada, como instrumento exclusivo de recepción del mecanismo de mitigación de daños, es técnicamente correcto como fundamento jurídico en aquellos países en los cuales no existe norma expresa que consagre el deber de mitigar los daños, sin embargo, la causalidad directa y necesaria, como requisito del daño indemnizable, reduce a su mínima expresión la carga de mitigar el daño, y no da cuenta de la verdadera función del mecanismo, esto es, permitir la entrada de los imperativos de la eficiencia económica en el derecho continental de los contratos.

Teniendo presente lo anterior, y a los fines de entender el contenido y los efectos de la carga de mitigar los daños en los PLDC, conviene entonces revisar cual es su regulación jurídica.

3. Regulación jurídica de la carga de mitigar el daño

El mecanismo puede analizarse en dos etapas sucesivas. En una primera etapa debe precisarse cual es contenido de la carga que pesa sobre el acreedor (1). Una vez definido su contenido, debe analizarse los efectos que conlleva su omisión o cumplimiento (2).

3.1. La contenido de la carga de mitigar los daños en los PLDC

Según el artículo 109 PLDC, “*La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el daño*”. Así, la carga de mitigar el daño producto del incumplimiento tiene dos condiciones de procedencia: el incumplimiento del deudor y que dichos daños sean evitables por el acreedor a través de medidas razonables de acuerdo con la buena fe. Una vez constatado el incumplimiento en los términos del artículo 83 de los PLDC, si el acreedor no quiere ver reducida la indemnización de los daños reparables causados por el incumplimiento, debe adoptar las medidas que sean razonables para mitigar el daño, según los criterios de la *buena fe objetiva*.

Como fue mencionado anteriormente, los PLDC asume como fundamento de la carga de mitigar el daño el principio de la buena fe objetiva en el cumplimiento de los contratos. En este sentido, las medidas que debe adoptar el acreedor son las medidas *razonables de acuerdo a la buena fe*.

La buena fe objetiva, por su parte, traduce el deber de cooperación, de lealtad, de probidad y honestidad que deben observar cada una de las partes a los fines de permitir que

cada una de ellas logre satisfacer su expectativa contractual. La buena fe objetiva⁴⁵ en la ejecución de los contratos es un principio reconocido en todas las legislaciones latinoamericanas en materia de contratos⁴⁶.

Lo razonable, es en cambio, un concepto jurídico indeterminado⁴⁷. Lo razonable es un estándar de actuación que permite juzgar un comportamiento de acuerdo a un parámetro ideal de conducta en el cual están de acuerdo un grupo de personas en un momento dado. Vendría definida por un estándar abstracto del buen padre de familia, es decir, que el acreedor debe comportarse como una persona diligente y razonable debió comportarse en la misma situación a los fines de disminuir el costo de la solución del conflicto, tomando en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y práctica de la actividad⁴⁸.

En este sentido, a los fines de definir cuando una medida es razonable, podemos tomar como referencia la definición que al respecto trae Los Principio Europeos de los Contratos. Según el artículo I:302 PELC *“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”*.

⁴⁵ Para un estudio detallado sobre la noción de buena fe objetiva ver: M.L. Neme Villareal, *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que condice la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*, en *Revista De Derecho Privado Externado de Colombia*, 2009, n. 17, Bogotá, pp. 45-76.

⁴⁶ Ver Informes Argentino p 19, Informe Brasil p. 117, Informe Colombia pp. 207, Informe Chile, p 297-298, Informe Paraguay pp. 380-381, Informe Uruguay pp. 486-489, Informe Venezuela p 561-562. Para un estudio detallado del tema ver A. Benavente, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Paris, Litec, 2009, p. 291.

⁴⁷ A. Vidal Olivares, *La noción de persona razonable en la compraventa internacional en estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez- Picazo*, Tomo II, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, 3285, para quien: *“La razón es la capacidad que tiene la persona para extraer o deducir, consecuencias correctas y justas de ciertos principios ya conocidos actuando bajo forma de imperativos hipotéticos que relacionan un medio a un fin determinado”*.

⁴⁸ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño- Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 391. Según expresa la profesora Lilian San Martín, el acreedor *“debe realizar todas aquellas actividades que, con base en a las circunstancias, y conforme a la experiencia, se presentan verosímelmente aptas para la evitación o mitigación del daño, y que además, sean económicamente adecuadas (proporcionadas) a las condiciones del contrato o del perjuicio sufrido. Al ponderar estas actividades el perjudicado debería actuar conforme lo haría el buen padre de familia, con prudencia y con mesura”*. En este sentido la profesora San Martín cita a A. Soler Presas, *Comentario al artículo 77 CISG*, en *La compraventa internacional de mercaderías comentario a la convención de Viena*, dirigido por Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Madrid, Civitas, 1998, p. 790. Para esta última autora: *“por razonable debe entenderse aquellas medidas que un comerciante cauteloso en la posición del acreedor habría adoptado. El nivel de exigencia lo marca pues el patrón de diligencia media en el tráfico adecuado a las circunstancias del caso (ordinary course of business). Estas medidas serán mayores cuando más arriesgado sea el negocio, sin que por ello esté obligado el acreedor a arriesgar su reputación comercial, a causar dolo a terceros o a embarcarse en complicados litigios”*. Según A. Vidal, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, op. cit., p. 269, explica que la medida es razonable: *“...son aquellas que un operador del tráfico ubicado en la misma posición del acreedor, actuando de buena fe y con la debida prudencia y moderación, adoptaría para mitigar y evitar las pérdidas”*.

Hay una sensación de ir en círculos cuando se define lo razonable en términos de lo que entiende una persona de buena fe en la misma situación que el acreedor, y la buena fe, en términos de lo que realizaría una persona razonable en la misma posición, de allí que se haga necesario encontrar elementos que sirva de guía al operador jurídico. Dicho lo anterior, a los fines de evaluar la razonabilidad de la medida, es imprescindible tener cuenta que la mitigación de daños por el acreedor es un mecanismo que tiene como fin la eficiencia económica del contrato.

Son los imperativos de la eficiencia económica los que justifican en el fondo la carga del acreedor de moderar los daños razonablemente evitables⁴⁹. Con ello se busca proteger el interés del acreedor al menor costo para el deudor, y por ende para la sociedad. La buena fe objetiva juega sin duda un rol fundamental a los fines de dar base jurídica y permitir la entrada de los imperativos de la eficiencia económica en la ecuación contractual. Ello es así en la medida que justifica la existencia del deber del acreedor de cooperar y comportarse leal y honestamente en la prevención del daño razonablemente evitable, no únicamente en protección de los intereses del deudor⁵⁰, lo cual ha sido incluso objeto de críticas⁵¹, sino en beneficio de la sociedad⁵².

La razonabilidad de la medida de acuerdo a la buena fe, como veremos de seguida, debe tomar en cuenta la función y el fin que está llamada a cumplir el mecanismo. No se trata de privilegiar la posición del deudor sobre la del acreedor, se trata de lograr un equilibrio de los intereses en juego, de manera que el acreedor logre satisfacer su interés, respetando el interés del deudor y al costo más óptimo para la sociedad. En este sentido, lo razonable de acuerdo a la buena fe es que si el acreedor dispone varias opciones que igualmente satisfacen su interés, el acreedor escoja aquella opción que implica menos costos.

Y es que la buena fe objetiva impone al acreedor un deber de cooperación y de corrección en busca de la eficiencia económica del contrato. La razonabilidad de su actuación estará enmarcada, en cada caso particular, por la distintas opciones que se le presentan al acreedor al momento del incumplimiento para obtener la satisfacción de su interés. La razonabilidad de su actuación implicará la realización de un juicio de valor mediante la comparación entre la medida adoptada por acreedor dentro del abanico de opciones que tiene a su disposición, y de la medida que, estando a su alcance, es la más adecuada desde

⁴⁹ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, in LGDJ, Paris, 2006, pp. 20-35.

⁵⁰ A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños*, en Colección de Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, pp. 258, 262.

⁵¹ C. Pizarro, *Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 41, Valparaíso, dic. 2013.

⁵² R. Domínguez Aguila, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 5, 2005, p. 224; J. Annicchiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en centenario de su fundación 1915-2015*, Caracas, Anciepol, 2015, p. 2688.

el punto de vista económico, es decir, la medida más eficiente económicamente. La opción más eficiente será aquella que, permitiendo igualmente al acreedor satisfacer su interés contractual, evite la mayor cantidad de daños, y por ende, costos a la sociedad.

No existe una fórmula escrita que le dé contenido a dicho concepto de razonabilidad y de buena fe, pues ellas van a depender siempre del caso y de las circunstancias concretas. Las medidas pueden ir desde escoger el remedio menos oneroso para el deudor, la celebración de una operación de reemplazo, la aceptación de ciertos términos contractuales, el otorgamiento de lapsos, entre otros⁵³. En definitiva, todas aquellas medidas que sin afectar la satisfacción del interés contractual del acreedor, permitan disminuir las consecuencias negativas del incumplimiento para el deudor. En suma, es razonable, que entre varias opciones que colocan al acreedor en la misma situación en que se encontraría si se hubiera ejecutado el contrato, el acreedor adopte la opción que sea menos costosa para el deudor, y por ende, para la sociedad. Por el contrario, es irrazonable y contrario a la buena fe, que el acreedor omita la opción más eficiente, si su interés será igualmente satisfecho.

En este sentido, se podría decir que la medida será razonable de acuerdo a la buena fe objetiva si: 1. La medida no afecta la satisfacción del interés contractual del acreedor. 2. La medida no representa un esfuerzo fuera del alcance del acreedor. 3. El costo de la medida es menor que el costo de los daños previsibles que se evitan con su empleo. 4.-La medida previsiblemente permite evitar los daños reparables producto del incumplimiento, aunque su realización resulte infructuosa.

En efecto, en primer lugar la medida que debe adoptar el acreedor a los fines de mitigar el daño no debe afectar la posibilidad de ver satisfecho su interés contractual. Así por ejemplo, si la obligación incumplida tiene como objeto la transmisión de un bien infungible, ante el incumplimiento de dicha prestación por parte del deudor, no puede imponérsele al acreedor que renuncie a dicho interés principal ante la ausencia de un sustituto real en el mercado. En cambio, será razonable acudir a un sustituto en el mercado cada vez que la prestación sea fungible y su reemplazo no afecte el interés del acreedor. Es el caso, por ejemplo, de la persona que compra una obra de arte o de quien compra un inmueble. En dichos casos la no fungibilidad de la prestación impiden un reemplazo que permita evitar daños mayores, el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico, y a la indemnización de daños y perjuicios por la demora. Es cierto que los daños en la demora pueden ser reducidos, pero en dicho caso, la reducción de dichos daños externos no implican una renuncia al interés contractual.

En segundo lugar, las medidas que imponen la carga de mitigar el daño, serán razonables siempre que ellas no impliquen un esfuerzo no razonable por estar fuera del alcance del acreedor. A los fines de determinar que es un esfuerzo razonable y que no lo es, deberá

⁵³ A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños*, op. cit., p. 270.

tomarse en cuenta la capacidad económica, financiera o técnica, así como las circunstancias particulares del acreedor al momento del incumplimiento del contrato por parte del deudor. Hay aquí una apreciación de la razonabilidad de la medida que debe adoptar el acreedor en función sus competencias concretas al momento del incumplimiento. Así los *Restatements (Second)* en derecho de contratos, en su sección 350, establece claramente que los daños no serán indemnizados si el acreedor los podría haber evitados *without undue risk, burden or humiliation*, es decir, sin asumir un riesgo, carga o humillación indebida. Por ejemplo, si la prestación es fungible y el acreedor no cuenta con la capacidad financiera para su reemplazo, en consideración de las circunstancias particulares del acreedor al momento del incumplimiento, la no realización del reemplazo, no debería traer como consecuencia la reducción de la indemnización. Si el daño es evitable a través de una medida que desprestigia al acreedor, o que le impone hacer un sacrificio contrario a sus intereses, el esfuerzo para evitar el daño deja de ser razonable, y de consumarse el daño, debe ser reparado por el deudor de la obligación incumplida. La razonabilidad y la buena fe, son nociones dúctiles y que otorgan al juez un margen discrecional de apreciación difícil de medir con parámetros objetivos. En este caso, la conducta del patrón abstracto del buen padre de familia o del hombre normalmente diligente colocado en la misma situación que el acreedor, debe guiar al interprete y las circunstancias que lo condicionan o habilitan al momento del incumplimiento contractual deben ser tomadas en cuenta. Esta manera de apreciar la carga de mitigar el daño es correcta, en la medida que la misma constituye una excepción al principio de la reparación integral del daño. Desde el punto de vista económico, de lo que se trata es de colocar la carga de mitigar el daño en cabeza de quien está en mejor posición para evitar los daños subsecuentes al incumplimiento, esto es, a quién le resulte menos costoso, siempre que esté en la capacidad de tomar las medidas.

En tercer lugar, las medidas para moderar el daño producto del incumplimiento deben ser menos costosas que el daño que se evitan con su empleo⁵⁴. Así, si para evitar la producción del daño mayor el acreedor toma medidas desproporcionadas sabiendo que las mismas superan el costo de los daños que se evitan con su empleo, las medidas no serían razonables y en consecuencia, el acreedor tendría derecho al reembolso de los gastos empleados únicamente hasta por el monto razonable. Para ilustrar este caso, los principios europeos de los contratos colocan como ejemplo el caso de una persona que compra un vehículo usado por 750 euros, con la garantía de que el vehículo se encuentra en buen estado y listo para andar. El comprador se da cuenta al recibir el vehículo que el vehículo no puede andar y ordena reparaciones por el orden de 1500 euros. El comprador ordena la reparación del vehículo, cuando en el mercado puede conseguirse un vehículo de las mismas características en buen estado por la cantidad de 800 euros. En dicho caso, el

⁵⁴ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 405

comprador no tendría derecho a la indemnización por parte del vendedor por el monto de 1500 euros, sólo tendría derecho a la cantidad de 800 euros, pues el costo de las medidas supera desproporcionadamente y de manera previsible el costo de los daños. La medida así tomada sería considerada no razonable⁵⁵.

En cuarto lugar, la medida es razonable si previsiblemente permite evitar los daños reparables producto del incumplimiento⁵⁶. En este sentido, no será razonable cuando la medida no es previsiblemente apta para evitar el daño. Por otro lado, si la medida es previsiblemente apta para evitar o moderar el daño pero resulta infructuosa, la medida no es por esa razón menos razonable. Por el contrario, si la medida no era razonablemente apta para minimizar el daño, el acreedor verá su indemnización reducida por el valor de los daños evitables y no podrá recuperar los costos incurridos.

Por último debe tenerse en cuenta que el acreedor incumple su deber de mitigar el daño cada vez que omite la realización de medidas razonables o cada vez que realiza medidas irrazonables o desproporcionadas. En ambos casos, el acreedor debe soportar reducción de la indemnización del acreedor de los daños evitables o la reducción de los gastos empleados a los costos razonables.

3.2. Efectos de la mitigación del daño del incumplimiento contractual

Según el artículo 109 de los PLDC, la carga de mitigar los daños del incumplimiento puede traer consigo, dependiendo de su realización o no, dos consecuencias: si no se lleva a cabo, la reducción de la indemnización debida por el deudor y, si es llevada a cabo, el reembolso de los costos razonables incurridos por el acreedor.

a) Reducción de la indemnización

El artículo 109 PLDC establece en su primer aparte que *“la indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el daño. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse”*. De manera que si el acreedor permanece pasivo y no adopta ninguna medida, u opta por acudir al remedio más costoso para el deudor, entonces el deudor tiene el derecho a la reducción del monto de la indemnización, el valor del daño que el acreedor pudo haber evitado con medidas razonables y no evitó. Es decir que la reducción de la mitigación corresponde a la cuantía que pudo haber sido mitigado con medidas razonables.

Este efecto tiene como característica, a diferencia de los sistemas de compensación de faltas o culpas, el que el deudor queda exonerado totalmente del daño que pudo haber

⁵⁵ Rouhette, *Principes du Droit Européen du Contrat, Version Française*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, n. 180.

⁵⁶ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., pp. 406-408

sido evitado con medidas razonables. Como se dijo anteriormente, no opera con respecto al mismo una estimación de la contribución del acreedor y del deudor a la producción del daño a los fines de determinar el monto de la indemnización. Y es que el acreedor tiene un deber que deriva de la buena fe objetiva de gestionar razonablemente los efectos negativos del incumplimiento. Se coloca el riesgo de los daños del incumplimiento evitables razonablemente en cabeza del acreedor. Al establecerse un deber en cabeza del acreedor, su incumplimiento destruye la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño evitable.

Para un sector de la doctrina⁵⁷, la obligación de mitigar los daños tal como está concebida en los países del *common law* es excesiva ya que se hace prevalecer en todo caso los intereses económicos sobre los intereses de la víctimas. El incumplimiento de esta carga conduce en algunos casos a privar la víctima de cualquier tipo de reparación. Y es que dicha carga deriva de un escogencia a favor de la eficiencia económica del contrato, la cual, no es compatible con el principio de la reparación integral de los daños. Se afirma en este sentido que la transposición en derecho de mecanismos jurídicos extranjeros producen necesariamente dificultades. Eso es lo que explica que la Corte de Casación francesa rechace colocar en cabeza de las víctimas la carga de minimizar o limitar los daños⁵⁸.

Dicha posición es en nuestra opinión discutible, y en cualquier caso excesiva. No quiere decir sin embargo que se deba considerar siempre como culposa la actuación del la víctima que no toma medidas para evitar el daño que le causa el deudor al incumplir el contrato, pero tampoco puede admitirse en una sociedad que las víctimas, teniendo en sus manos la posibilidad de reducir y evitar los daños no lo hagan por puro capricho, incurriendo en conductas irrazonables, negligentes y hasta dolosas. Parte de la doctrina comentada acepta que el dogma de la reparación integral del daño no justifica la actuación irrazonable del acreedor y afirman la existencia de fundamentos jurídicos para la admisión de este mecanismo, admitiendo una distribución de los efectos negativos del daño entre el deudor y el acreedor en la medida de la participación de su culpa en la producción del daño. El problema en Francia como en Latinoamérica, particularmente en aquellos países en que la carga no consagrada por un texto normativo, radica principalmente en el fundamento legal que se adopte.

En efecto, si la carga de mitigar el daño producto del incumplimiento es consagrada por un texto normativo, más allá de su fundamento jurídico, la reducción de la indemnización será equivalente al daño evitable razonablemente, la norma coloca los riesgos de la producción del daño evitable razonablemente en cabeza del acreedor. Por el contrario, la extensión de la reducción de la indemnización dependerá del fundamento jurídico que se adopte en aquellos países que no cuentan con una regulación expresa.

⁵⁷ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations et la responsabilité Civile Extracontractuelle*, Paris, Économica, 2007, p. 484.

⁵⁸ O. Deshayes, *L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français*, in *Revue des Contrats*, 2010, n. 3.

Así, si el fundamento jurídico es exclusivamente la causalidad, todo daño que no es una consecuencia necesaria del incumplimiento no está sujeto a indemnización. De allí que considerar el daño evitable como una consecuencia no necesaria del incumplimiento, trae como consecuencia que el deudor queda exonerado totalmente de la indemnización del daño evitable.

Si el fundamento de la carga de tomar las medidas razonables para evitar los daños del incumplimiento, por su parte, es el deber de lealtad y corrección que deriva del principio de buena fe objetiva, el incumplimiento de dicho deber por parte del acreedor implicaría que a la producción del daño concurren la falta del deudor y la falta de la víctima. De allí que la reducción de la indemnización no sería bajo la regla “todo o nada”, sino que entraría a aplicar la regla de la compensación de faltas, de manera que la indemnización debería reducirse en la medida de la gravedad del incumplimiento del acreedor. No podría decirse que el deber que emana del principio de buena fe objetiva en la ejecución de los contratos en cabeza del acreedor destruye de forma absoluta el vínculo de causalidad, salvo cuando el daño evitable es enteramente imputable a la omisión del acreedor. En nuestra opinión, cuando la carga de mitigar el daño tiene su fundamento en la buena fe objetiva, es posible que el juez pondere la gravedad del incumplimiento del acreedor y del deudor a los fines de determinar la reducción de la indemnización a que tiene derecho el deudor.

Como se mencionó anteriormente, la carga de mitigar el daño producto del incumplimiento tiene como condición de su procedencia el incumplimiento del deudor y que dichos daños sean evitable a través de medidas razonables, de allí que el acreedor tiene derecho al reembolso de los costos en que haya incurrido para moderar o evitar el daño. Esto es así, pues dichos costos son una consecuencia necesaria del incumplimiento.

b) Reembolso de los costos incurridos

Según el artículo 109 de los PLDC “*el acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas*”. Si el acreedor toma las medidas razonables para que el daño producto del incumplimiento disminuya, el acreedor tendrá derecho a exigirle al deudor, además de la reparación de los daños del incumplimiento, el reembolso de los gastos razonables utilizados para mitigar los efectos del incumplimiento. No se le exige al acreedor sino las medidas razonables que puede esperarse de un persona diligente que actúe de buena fe.

Si bien tal derecho está consagrado directamente en la mayoría de los sistemas que admiten la mitigación del daño, el mismo deriva del derecho del acreedor a obtener la reparación integral del daño que le causa el incumplimiento. Es en cualquier caso una solución de buen sentido pues en definitiva el acreedor disminuye con su actuación el monto de la indemnización en principio debida por el deudor. Es sobre esta fundamentación que los Principios Europeos de los Contratos, los Principios Unidroit y lo la Convención de Viena lo consagran expresamente.

Llama la atención que el texto de los principios no limiten el reembolso a los gastos razonables de forma expresa. Y es que como fue dicho anteriormente, la víctima no puede evitar los daños a cualquier costo, la carga del acreedor tiene como contenido sólo aque-

llas medidas que sean razonable, según las condiciones enumeradas con anterioridad. En efecto, el perjudicado debe analizar la operación e intervenir si el costo de la intervención es menor al que se pretende evitar, y sólo si la intervención es previsiblemente apta para evitar el daño⁵⁹. En cualquier caso debe interpretarse que el reembolso de los costos de lo que se haya invertido en las medidas de mitigación, deben limitarse, al costo de las medidas razonables realizadas en la mitigación del daño.

Si la medida va más allá de requerido por la norma, es decir afecta el interés del acreedor, o representa un esfuerzo fuera del alcance del acreedor, y dicho esfuerzo implica un costo para el acreedor que afecta en forma voluntaria su interés contractual, el deudor no estará obligado a indemnizar dicho costo sino en la medida que sea razonable para evitar el daño. Así mismo, si el costo de la medida es previsiblemente mayor al daño que se pretende evitar, los costos indemnizables serán limitados a los costos razonables para evitar los daños al momento del incumplimiento. De igual manera, si las medidas empleadas no guardan relación con el daño que se pretende evitar, pues no eran previsiblemente aptas para evitarlas, tampoco el acreedor tendrá derecho al reembolso de dichos costos por el deudor.

Finalmente, el acreedor que realiza las medidas razonables en los términos expuestos tiene derecho al reembolso, incluso en aquellos casos en los cuales la medida no logró evitar o mitigar el daño. Y es que el contenido de la carga de mitigar el daño en los términos del artículo 109 PLDC debe entenderse como un deber de medio o de mera conducta y no como un deber de resultado⁶⁰.

Debe tenerse en cuenta que la indemnización a que tiene derecho el acreedor corresponde, en cualquier caso, a los daños producto del incumplimiento, es decir el llamado daño interno, y a los daños externos reparables, siempre que sean: 1. Previsibles, 2. Consecuencia inmediata del incumplimiento, 3. No evitables razonablemente de acuerdo con la buena fe. Esta manera de realizar el cálculo del *quantum* de la reparación se aprecia claramente en las regulaciones de la operación de reemplazo que traen las normas de derecho uniforme internacional, tal como veremos más adelante.

En el caso de que el deudor incurra en un incumplimiento doloso, el deber de mitigar el daño producto del incumplimiento no debe sufrir ninguna variación. En efecto, si bien no son aplicables los límites de previsibilidad del daño indemnizable, la carga de mitigar el daño que pesa en cabeza del acreedor se mantiene intacta. En definitiva, los imperativos de la eficiencia económica, que inspiran el mecanismo de la mitigación de daños, no permiten exonerar al acreedor de buscar la solución eficiente al incumplimiento, evitando de esa forma la producción de daños evitables, aumentando los costos del deudor y por ende de la sociedad en su conjunto. Entre los intereses en juego debe prevalecer el interés

⁵⁹ L. San Martín, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – Estudio histórico comparado*, op. cit., p. 405.

⁶⁰ A. Vidal Olivares, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños*, op. cit., p. 267.

colectivo, frente al interés del acreedor o del deudor. Así como la causalidad necesaria no se encuentra afectada por el dolo del deudor en el incumplimiento, tampoco lo está el deber de mitigar el daño.

4. Aplicación del principio de mitigación de daños en otras normas de los PLDC

La carga de mitigar el daño producto del incumplimiento es una carga que afecta exclusivamente la indemnización de daños. Es decir que si el acreedor, ante la libertad de escogencia de medios de tutela que proponen los PLDC, decide por acudir a un medio de tutela diferente, dicha carga no tiene efectos, pues la misma debe ser entendida exclusivamente como un mecanismo de valoración del quantum de la indemnización cuando dicho medio de tutela es el mecanismo escogido por el acreedor. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la indemnización de daños es exigible, siempre que no sea incompatible con otros medios de tutelas previstos en los PLDC. De manera que allí donde sea compatible, la carga de mitigar el daño será aplicable.

Adicionalmente, la carga de mitigar el daño justifica otras hipótesis normativas reguladas en los PLDC, razón por la cual en dichas hipótesis debe tenerse en cuenta su régimen jurídico. Lo anterior se puede constatar al menos en tres hipótesis, cuyo desarrollo escapa del objeto del presente trabajo y que sólo serán mencionadas a los fines descritos. Se trata de la regulación de la ejecución en forma específica, en la operación de reemplazo, y en la jerarquía de los medios de tutela.

a) La ejecución en forma específica

El artículo 93 (2)(d) de los PLDC establece que cuando la obligación no incumplida no se refiere a una obligación dineraria, el cumplimiento específico no procede si existe un medio de tutela menos gravoso. En efecto el referido artículo establece expresamente lo siguiente: “...*Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela...*”.

La referida norma encuentra su justificación directamente en el principio de la mitigación de los daños producto del incumplimiento. Y es que si frente al incumplimiento el acreedor puede igualmente lograr la satisfacción de su interés contractual mediante otro medio de tutela, no es razonable, de acuerdo a la buena fe objetiva, que el acreedor insista en hacer valer medio de tutela más costoso para el deudor, y por ende a la sociedad. Esta limitación no tiene otra justificación que el reconocimiento de los imperativos de la eficiencia económica en materia contractual.

Si ello es cierto, saber cuando la ejecución específica es extremadamente gravoso para el deudor aparece como una circunstancia de difícil determinación. En efecto pareciera que la misma alude a la valoración en concreto de la situación patrimonial del deudor. En nuestra opinión la limitación debería establecerse con base en un mecanismo de apre-

ciación abstracto y objetivo, es decir, lo que es gravoso para una persona normalmente diligente ubicada en la misma posición del deudor, o lo que para una persona razonable ubicada en la misma condición del deudor podría considerar gravosos teniendo en cuenta las circunstancias ordinarias del tráfico.

b) La resolución del contrato y la operación de reemplazo

La misma fue objeto de discusión por el grupo de académicos encargado de la redacción de los PLDC. En efecto, su regulación es una constante en los instrumentos de derecho internacional de contratos⁶¹. Sin embargo, no se incluyó una normativa expresa en relación a la forma del cálculo de *quantum* de la indemnización en el supuesto que el acreedor decida resolver unilateralmente el contrato y realizar una operación de reemplazo. Y es que la normativa en los instrumentos internacionales que regulan el cálculo del *quantum* de la indemnización que corresponde al acreedor que realiza la operación de reemplazo, no es sino una aplicación de la carga del acreedor de mitigar los daños.

En efecto, si el acreedor resuelve el contrato y realiza la operación de reemplazo, el acreedor podrá pedir una indemnización igual a la diferencia entre el precio del contrato y precio de la operación reemplazo siempre que el mismo sea razonable. Si no se hace el reemplazo o el precio del sustituto no es razonable, y la operación de reemplazo es el medio de tutela más eficiente, pues es la medida que satisface el interés del acreedor al menor costo para el deudor, el acreedor sólo tendrá derecho, como indemnización de daños, a la diferencia entre el precio del contrato original y el precio corriente del mercado⁶². En dicho caso, el acreedor no tendrá derecho al cumplimiento específico en aplicación del artículo 93 (2) (d) de los PLDC.

En definitiva, dichos límites razonables a la indemnización no son otra cosa que la aplicación del régimen de la carga de mitigar el daño a la operación de reemplazo y la función de la operación de reemplazo como medida de mitigación de los daños del incumplimiento. La carga de mitigar los daños, es además un mecanismo de control de los medios de justicia privada aplicable al sistema que proponen los PLDC, dispuestos a favor de la realización del interés del acreedor.

⁶¹ En efecto según disponen los PELC (Artículo 9:506), los principios Unidroit (Artículo 7.4.5) y la Convención de Viena (Artículo 75 y 76), 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. 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.

⁶² Obviamente esto es así, siempre que el precio de la operación del reemplazo sea mayor al precio del contrato original, si el precio de la operación de reemplazo es inferior al precio del contrato, el acreedor no tendrá obviamente derecho a daños, pues no existen. La ganancia deberá descontarse de cualquier otra indemnización

Debe decirse que la aceptación del remedio de resolución y reemplazo, tal como lo proponen los PLDC, en los ordenamientos jurídicos que siguen el sistema voluntarista del *Code* es únicamente coherente mediante el reconocimiento de la facultad de resolución unilateral del contrato y una obligación de moderar el daño. Si no se reconoce tal deber, se trasladaría la ineficiencia de los sistemas tradicionales, que impiden la terminación del contrato y el reemplazo, dejando al acreedor dentro de un contrato fallido, y sin ninguna posibilidad de evitar los daños externos, a un sistema en el que el acreedor, si bien tiene la potestad de deshacer unilateralmente el contrato, no está obligado actuar razonablemente para obtener el reemplazo y evitar las externalidades y perjuicios producto del incumplimiento, cuando es la satisfacción del acreedor al menor costo para la sociedad, lo que precisamente se persigue. El acreedor que sabe que no tendrá derecho a la indemnización de los daños exteriores, en cambio, se verá obligado a realizar un esfuerzo por evitar que estos sucedan. Se verá obligado a realizar el reemplazo de la manera más razonable y eficiente que le sea posible, de manera que pueda alcanzar la satisfacción de su interés específico, que no es otro que obtener la misma prestación al mismo precio acordado en el contrato original. Si bien no se incluyó una normativa expresa en relación al cálculo del *quantum* de la indemnización en el caso de la operación de reemplazo en los PLDC, la misma debe inferirse de la norma que consagra la carga de mitigar el daño.

Por último, si bien el artículo 91 de los PLDC establece el derecho del acreedor de elegir libremente entre los medios de tutela allí previstos en caso de incumplimiento, la carga de mitigar el daño tiene un efecto práctico en la libre escogencia del medio de tutela por parte del acreedor.

c) Jerarquización de hecho de los remedios

En el sistema clásico voluntarista del *Code* rige el principio de la primacía de la ejecución en especie⁶³. Si el contenido del derecho subjetivo de crédito del acreedor define el límite y contenido del deber de prestación del deudor, lo lógico es que el acreedor, frente al incumplimiento, tenga el derecho a reclamar en justicia la prestación prometida por el deudor y no otra cosa. Sólo cuando no es posible el cumplimiento específico de la obligación, se le permite al acreedor optar entre la resolución del contrato y la indemnización de los daños o ejecución por equivalente y daños⁶⁴.

A diferencia de lo anterior, los PLDC postulan la libertad del acreedor de escoger el remedio que mejor satisface sus intereses. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, la libertad en la elección del remedio debe ejercerse de forma razonable. Si el acreedor escoge el remedio más oneroso para el deudor, cuando puede obtener igual satisfacción a su interés a través de otro remedio, en principio estaría violando su deber de mitigar el daño que le

⁶³ J. Mélich-Orsini, *Doctrina General Del Contrato*, Serie Estudios, n. 61, 4a Ed. Caracas, Anciepol, 2006, p. 451

⁶⁴ J. Annichiarico, *La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*, *Op. cit.*, p. 285.

causa el incumplimiento. En este sentido, el deudor tendría la posibilidad de solicitar una reducción de los daños y perjuicios que deba pagar al acreedor en la medida del valor del daño que pudo ser evitada.

Así las cosas, cada vez que se trate del incumplimiento de deberes fungibles, sea que se trate de obligaciones de dar sobre bienes fungibles, o de obligaciones de hacer sobre conductas fungibles, el remedio menos costoso para el deudor que igual satisface al acreedor, en la mayoría de los casos, será la operación de reemplazo. Si por ejemplo, el acreedor que es víctima de un incumplimiento, en lugar de valerse del mecanismo de resolución y reemplazo, decide solicitar el cumplimiento específico y la indemnización de daños externos por el retardo, o bien la indemnización de daños externos producto del incumplimiento, en tal caso, si la operación de reemplazo es la más eficiente, el deudor podrá alegar la violación del deber de mitigar los daños y solicitar la reducción de la indemnización de los daños. Esto es así pues con la elección del remedio más razonable se evita la producción de daños mayores. El daño exterior deberá soportarlo el acreedor, por violar su carga de mitigar el daño.

De manera que los PLDC, a través del deber de mitigar el daño, establece, en términos prácticos, una jerarquía entre los remedios. De hecho, como fue mencionado anteriormente, según el artículo 93 (2) (d), cuando la obligación incumplida no se refiere a una obligación dineraria, “*Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela...*”. Es por ello que puede afirmarse que la aceptación del deber de mitigar el daño en un sistema que ofrece libertad de elección de remedios al acreedor se coloca la indemnización de daños como la regla, y el cumplimiento específico como un remedio de excepción. En nuestra opinión, tal solución es sólo en apariencia contraria a los postulados de los sistemas voluntaristas que dan primacía al cumplimiento en especie sobre los otros remedios. Y es que con el nuevo sistema se privilegia la posición del acreedor a obtener la satisfacción de su interés específico por el mecanismo que considere más adecuado, incluso fuera del contrato a través mediante la resolución y el reemplazo, siempre que ello no grave irrazonablemente al deudor y por ende a la sociedad. Esta protección del acreedor es sin duda más adecuada que aquella impone la primacía del cumplimiento en especie.

En aquellos sistemas en el que la libertad de la elección de los medios no es aún aceptada o en los cuales, siendo aceptada, la carga de mitigar los daños no tendrá incidencia en la elección de los medios por parte del acreedor, la carga de mitigar el daño será exclusivamente una mecanismo de determinación del *quantum* de la indemnización de daños derivada del incumplimiento contractual. En cambio, en aquellos países en los cuales se dé preeminencia a libre elección del remedio por el acreedor, y se limite su uso razonable y eficiente mediante la carga de mitigar el daño, se estará dando pleno reconocimiento al principio de la eficiencia contractual, propio de los sistemas utilitaristas. En nuestra opinión esta última opción no sólo es deseable en los sistemas latinoamericanos, sino que representa la tendencia mayoritaria y su inclusión en los PLDC merece ser aprobada.

La tutela sinallagmatica «anticipata» e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latinoamericani*

Alberto Venturelli**

Sommario

1. Il problema nel diritto privato europeo
2. La regolamentazione dei «Principi latino-americani di diritto dei contratti»: la determinazione del termine di adempimento e le cause di decadenza dal suo beneficio

* Lo scritto riproduce il testo della relazione al Convegno «L'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani», tenutosi il giorno 17 luglio 2018 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

** Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Brescia.

2.1. L'adempimento *ante diem***2.2.** La tutela dilatoria «per futura impossibilità di adempimento»**2.3.** La mancata regolamentazione della tutela perentoria «anticipata»**1. Il problema nel diritto privato europeo**

I progetti di codificazione civile europea del diritto contrattuale hanno da tempo dedicato attenzione all'inadempimento «anticipato» e ai mezzi di tutela esperibili in sua presenza, individuando una duplicità di rimedi, incentrati, rispettivamente, sul riconoscimento della possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione da parte di chi è tenuto per primo ad adempierla e sulla liceità dell'interruzione immediata della relazione contrattuale, non appena appaia evidente che non si realizzerà la controprestazione, a nulla rilevando che quest'ultima sia ancora sottoposta ad una causa di inesigibilità collegata alla mancata scadenza del termine o all'incertezza circa il verificarsi dell'evento dedotto in una condizione sospensiva¹.

¹ Cfr., in ordine ai PECL, l'art. 9:201, 2° co., ai sensi del quale «la parte può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione fino a quando sia evidente che l'altra parte non adempirà alla scadenza»; e l'art. 9:304, ai sensi del quale «una parte può risolvere il contratto anche quando, prima del termine di scadenza, sia evidente che l'altra parte sarà inadempiente in maniera grave»; in ordine al DFCR, l'art. III, 3:401, ai sensi del quale «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 a 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 of part of the performance as may be reasonable in the circumstances»; e l'art. III - 3:504, ai sensi del quale «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»; in ordine al Progetto per un codice europeo della vendita, l'art. 113, 2° co., ai sensi del quale «a buyer who is to perform before the seller performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the seller when the seller's performance becomes due may withhold performance for as long as the reasonable belief continues»; e l'art. 116, ai sensi del quale «a buyer may terminate the contract before performance is due if the seller has declared, or it is otherwise clear, that there will be a non-performance, and if the non-performance would be such as to justify termination»; nonché, in ordine al progetto di «Codice europeo dei contratti» redatto dall'Accademia dei giusprivatisti europei, l'art. 91, ai sensi del quale «se prima della scadenza del termine appare ragionevole ritenere che il debitore non è o non si è messo nella condizione di adempiere un obbligo contrattuale, o non è in grado di eseguirlo senza rilevanti difetti e tutto ciò non dipende da un fatto positivo od omissivo del creditore, quest'ultimo può invitarlo per iscritto a fornire entro un congruo termine, non inferiore a quindici giorni, un'idonea garanzia circa il futuro adempimento, dichiarando inoltre che, in mancanza di ciò, l'inadempimento si riterrà definitivamente accertato. Il debitore, se non presta la garanzia richiesta, può entro il termine di otto giorni contestare per iscritto la richiesta del creditore e deve, se quest'ultimo non recede per iscritto negli ulteriori otto giorni dal suo atteggiamento, ricorrere al giudice negli ulteriori trenta giorni. In caso di inerzia del debitore l'inadempimento si considera definitivamente accertato». Le previsioni citate riprendono – con alcune non marginali differenze – quanto già contenuto nell'art. 7.3.3 Principi Unidroit, ai sensi del quale «se prima della data di esecuzione del contratto è certo che vi sarà inadempimento essenziale da parte del debitore, il creditore può risolvere il contratto».

La conclusione rappresenta il coerente compimento di una più articolata evoluzione giurisprudenziale, riscontrabile – sia pure secondo modalità non sempre coincidenti – in tutti i principali sistemi giuridici europei.

Chi volesse provare a delineare una rapida cronologia delle più significative decisioni dedicate al tema dovrebbe, quantomeno, prendere in considerazione tre date: il 1853, quando la *Queen's Bench* inglese affronta il *leading case*, nel quale, ammessa la risoluzione anticipata del contratto, si offre altresì una prima qualificazione concettuale dell'«anticipatory breach»²; il 1882, quando tocca al *Reichsgericht* tedesco attribuire contorni abdicativi alla manifestazione, da parte del debitore, della sua ingiustificata intenzione di non adempiere alla scadenza del termine, ricostruendola come rinuncia a quest'ultimo idonea a legittimare la controparte ad agire immediatamente per recedere dal contratto e chiedere il risarcimento del danno³; il 1930, quando infine anche la Cassazione italiana

² Cfr. *Hochster v. De La Tour*, [1853] 2 El. & Bl. 678; [1910] 118 E.R. 922 [Queen's Bench Division, 25 giugno 1853], che si richiama a *Ford v. Tiley*, [1828] 6 B. & C. 325; [1910] 108 E.R. 472 [King's Bench Division, 28 novembre 1827], che, tuttavia, si era occupata di un rifiuto reso prima della scadenza di un termine finale di adempimento e dunque a fronte di una prestazione già esigibile e supera *Leigh v. Paterson*, [1819] 8 Taunt 540; [1912] 129 E.R. 493 [Court of Common Pleas, 11 novembre 1818]; *Franklin v. Miller*, [1836] 4 Ad. & El. 598; [1910] 111 E.R. 912 [King's Bench Division, 26 gennaio 1836]; *Phillpotts v. Evans*, [1840] 5 M. & W. 475; [1915] 151 E.R. 200 [Exchequer Division, 12 novembre 1839]; *Fitt and Another v. Cassanet*, [1842] 4 Man. & G. 898; [1912] 134 E.R. 369 [Court of Common Pleas, 24 novembre 1842], che, prospettando un'incondizionata riconducibilità del rifiuto alla proposta, avevano negato al creditore la possibilità di esercitare anticipatamente la pretesa all'adempimento; nonché *Ripley v. M'Clure*, [1849] 4 Ex. 345; [1915] 154 E.R. 1245 [Exchequer Division, 6 luglio 1849]; *Goodman v. Pocock*, [1851] 1 Q.B. 574; [1911] 117 E.R. 577 [King's Bench Division, 6 giugno 1850]; *Curt and Gee v. The Ambergate, Nottingham and Boston and Eastern Junction Railway Co.*, [1851] 17 Q.B. 127; [1911] 117 E.R. 1229 [King's Bench Division, 27 maggio 1851]; *De Bernardy v. Harding*, [1853] 8 Ex. 822; [1916] 155 E.R. 1586 [Exchequer Division, 3 giugno 1853], tutte incentrate sull'affermazione della legittimità della condotta debitoria in pendenza della causa d'inesigibilità. All'interno di una produzione giurisprudenziale particolarmente cospicua, anche perché caratterizzata dalla tendenza a parlare di «anticipatory Breach» per ogni caso in cui il futuro adempimento risulti oggettivamente messo in pericolo dalla condotta debitoria, si segnalano, nella giurisprudenza inglese, *Johnstone v. Milling*, [1886] 16 Q.B.D. 460 [Court of Appeal, 16 gennaio 1886]; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railway Co. of London*, [1911] 1 K.B. 375 [King's Bench Divisional Court, 12 gennaio 1911]; *Martin v. Stout*, [1925] A.C. 359 [Judicial Committee of the Privy Council, 8 dicembre 1924]; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 Q.B. 401 [Queen's Bench Division, 12 marzo 1957], sulla quale cfr. anche F. Dawson, *Fundamental Breach of Contract*, in *L.Q.R.*, (91) 1975, p. 380 ss.; *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A.C. 413 [House of Lords, 6 dicembre 1961]; *Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd.*, [1969] 1 Q.B. 699 [Court of Appeal, 28 giugno 1968]; *Maredelanto Compania Naviera S.A. v. Bergbau-Handel G.m.b.H (The Mihalís Angelos)*, [1971] 1 Q.B. 164; [1971] 1 Lloyd's 118 [Court of Appeal, 1 luglio 1970]; *Moschi v. Lep Air Services Ltd. and Others*, [1973] A.C. 331 [House of Lords, 26 aprile 1972]; *Federal Commerce & Navigation Co. Ltd. v. Molena Alpha Inc. and Others*, [1979] A.C. 757 [House of Lords, 23 novembre 1978]; *British and Commonwealth Holdings PLC v. Quadrex Holdings Inc.*, [1989] 1 Q.B. 842 [Court of Appeal, 23 febbraio 1989]; *Yukong Line Ltd. of Korea v. Rendsburg Investment Corp. of Liberia and Others*, [1996] 2 Lloyd's 604 [Queen's Bench Division, Commercial Court, 1 luglio 1996]; *Stoczniá Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co., Latreefer Inc. and Others*, [1997] 2 Lloyd's 228 [Queen's Bench Division, 6 marzo 1997], confermata in [2001] 1 Lloyd's 537 [Queen's Bench Division, Commercial Court, 1 febbraio 2001]; e in [2002] 2 Lloyd's 436; [2002] 1 W.L.R. 574 [Court of Appeal, 21 giugno 2002]; *Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The «Dynamic»)*, [2003] 2 Lloyd's 693 [Queen's Bench Division, Commercial Court, 31 luglio 2003].

³ Cfr. RG, 19 maggio 1882, n. II ZR 231/82, in RGZ, (7) 1882, p. 44 s.; e in *Pucheltz*, (14) 1883, p. 27 ss., che eleva a *ratio decidendi* quanto osservato, con meri *obiter dicta*, da ROHG, 3 novembre 1871, n. I ZR 653/71, in ROHG, (3) 1874, p. 436 ss.; ROHG, 9 aprile 1872, n. I ZR 70/72, *ivi*, (5) 1878, p. 376 ss.; ROHG, 23 novembre 1872, n. II ZR 694/72, *ivi*, (8) 1873, p. 73 ss.; ROHG, 7 maggio 1873, n. II ZR 368/73, *ivi*, (9) 1873, p. 317 ss.; ROHG, 26 maggio 1873, n. II ZR 457/73, *ivi*, (10) 1874, p. 144 s.; ROHG, 4 giugno 1873, n. II ZR 296/73, *ivi*, (10) 1874, p. 233 ss.

ammette la presentazione *ante diem* della domanda giudiziale di risoluzione per inadempimento, sia pure subordinandola all'effettiva realizzazione dell'inadempimento stesso, in corso di causa, per sopravvenuta scadenza del termine⁴, anche se, in ordine al sistema italiano, bisognerebbe quantomeno menzionare anche il 1908, quando fu la Corte d'Appello di Milano a riconoscere l'immediata risolvibilità del contratto per anticipata impossibilità della prestazione imputabile al debitore⁵, nonché il 1949, quando la Cassazione non esitò ad adattare la regola operativa elaborata quasi vent'anni prima al fine di ribadire la responsabilità immediata del debitore che, rifiutato ingiustificatamente l'adempimento, aveva subito – prima della scadenza del termine – il verificarsi di una causa di impossibilità della prestazione a lui non imputabile, così da concludere che la risoluzione e il risarcimento del danno avrebbero dovuto essere calcolati dal momento della manifestazione del rifiuto, indipendentemente dagli eventi successivi⁶.

⁴ Cfr. Cass., 3 maggio 1930, n. 1507, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 282-284, le cui conclusioni sono riprese anche da Cass., 15 gennaio 1935, n. 128, in *La Giur.*, 1935, c. 161 ss., ove, peraltro, il contratto non fu risolto in ragione dell'assenza di un vero e proprio inadempimento; Cass., 31 luglio 1939, n. 3109, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce cit., n. 385; Cass., 31 marzo 1947, n. 489, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 627 (s.m.); Cass., 1 marzo 1955, n. 620, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 166 s., con nota di A. Attardi, *Risoluzione del contratto e interesse ad agire*; App. Genova, 19 giugno 1956, in *Tem. gen.*, 1956, c. 277 s. (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. Venturelli, Torino, 2013, pp. 140 ss., 163 ss., 174 ss., 205 ss., 247 s. e 253 ss.); Cass., 11 febbraio 1987, n. 1497, in *Vita not.*, 1987, p. 719 s.; Cass., 16 novembre 2001, n. 14429, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Obbligazioni in genere*, n. 23; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3378, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1447 (s.m.); e in *Gius.*, 2004, p. 2665 (s.m.); Cass., 1 giugno 2004, n. 10490, in *Vita not.*, 2004, p. 963 s.; in *Corr. giur.*, 2004, p. 999 s. (s.m.); in *Gius.*, 2004, p. 3724 (s.m.); e in *Impr.*, 2004, p. 1640 (s.m.).

⁵ Cfr. App. Milano, 4 febbraio 1908, in *Giur. it.*, 1908, I, 2, c. 239 ss., confermata da Cass. Torino, 25 maggio 1909, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 92 ss., le cui conclusioni sono riprese anche da Cass., 26 febbraio 1944, n. 123, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, p. 490 (s.m.); Cass., 26 aprile 1951, n. 1024, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 289-290; Cass., 27 giugno 1961, n. 1542, in *Cal. giud.*, 1961, p. 517 ss.; e in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 336 (s.m.); Cass., 6 marzo 1962, n. 440, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce cit., n. 280; Cass., 6 ottobre 1962, n. 2858, *ivi*, n. 275; Cass., 4 marzo 1970, n. 529, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 261 ss.; e in D. Palmieri, *La risoluzione per inadempimento nella giurisprudenza*, Milano, 1994, p. 582 ss.; Cass., 27 luglio 1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1769 ss.; Cass., 4 marzo 1977, n. 895, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 256; Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, *ivi*, 1979, voce *Contratto in genere*, nn. 348-349; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, *ivi*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 264; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, in *Riv. not.*, 1986, p. 787 ss.; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 501 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, p. 155 ss., con nota di G. Conte, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*; Cass., 10 dicembre 1986, n. 7318, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 12; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, p. 1078 (s.m.); e in *Gius.*, 2004, p. 940 s. (s.m.); Cass., 21 dicembre 2012, n. 23823, in *Contr.*, 2013, p. 553 ss., con nota di M. Della Chiesa, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto* (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 191 ss., 228 ss., 268 ss., 272 ss., 278 ss., 302 ss., 308 ss., 327 ss., 335 ss., 344 ss., 348 ss., 352 ss., 378 ss. e 383 ss.).

⁶ Cfr. Cass., 17 gennaio 1949, n. 46, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, p. 58 ss., con nota di D. Rubino, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale* (questa nota può altresì leggersi in Id., *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 241 ss.); e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 210 ss. L'equiparazione tra attuale inadempimento e manifestazione anticipata dell'intenzione di non eseguire la prestazione si ritrova anche in Cass., 16 giugno 1951, n. 1589, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 338; Cass., 30 giugno 1959, n. 2064, *ivi*, 1959, voce cit., n. 203; Cass., 8 ottobre 1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 651 ss.; Cass., 18 febbraio 1965, n. 265, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce cit., n. 329; Cass., 12 dicembre 1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1613 ss.; e in D. Palmieri, *op. cit.*, p. 585 ss.; Cass., 17 marzo 1982, n. 1721, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2524 ss., con nota di N. Matassa; in *Dir. autore*, 1982, p. 418 ss.; e in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1306 ss., con nota di V.M. De Sanctis, *Inadempimento, prima del termine, del contratto di edizione*; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, p. 727 ss., con nota di A.M. Princigalli,

La dottrina non ha sempre mostrato piena condivisione nei confronti di queste conclusioni.

Se, nei sistemi di *common law*, oggetto di contestazione fu il c.d. «Offer and Acceptance Model», che attribuiva contorni contrattuali allo scioglimento anticipato del rapporto⁷, in Germania il rigido e tipizzato modello di inadempimento disegnato dal BGB mal si conciliava con l'introduzione di una figura inidonea ad assumere i contorni, rispettivamente, della mora o dell'impossibilità e, proprio per questo, destinata ad essere inclusa nella categoria residuale delle c.d. «violazioni positive del contratto», entro la quale essa rimase fino alla *Schuldrechtsreform* del 2002, quando entrambi i rimedi in esame trovarono espressa regolamentazione nei nuovi §§ 321 e 323, 4° co., BGB⁸.

In Italia, la posizione contraria all'esperibilità «anticipata» dei rimedi sinallagmatici è ormai minoritaria, perché incentrata su una sovrapposizione concettuale tra inesigibilità ed inesistenza del vincolo obbligatorio puntualmente smentita da una più attenta valutazione sistematica del dato normativo vigente⁹.

La dichiarazione anticipata di non voler adempiere; Cass., 16 luglio 2001, n. 9637, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 471 (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 231 ss., 256 ss., 281 ss., 292 ss., 324 ss., 338 ss., 365 ss. e 369 ss.); Cass., 22 maggio 2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1518 ss., con nota di F. Astone, *Anticipatory Breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto* (ma sulle implicazioni sistematiche di quest'ultima pronuncia, sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Principio di buona fede e inadempimento «anticipato»*, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 89 ss.; Id., *Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 2/2017, p. 57 ss.; Id., *Interferenza di un terzo nella relazione contrattuale altrui e inadempimento «anticipato» del comune dante causa*, in *Liber amicorum Bruno Troisi*, a cura di C. Cicero e G. Perlingieri, II, Napoli 2017, p. 1399 ss.).

⁷ Una puntuale analisi è offerta da H. Weidt, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, pp. 20 ss. e 194 ss.; Q. Liu, *Anticipatory Breach*, Oxford-Portland, 2011, p. 25 ss.; e, in lingua italiana, da M. Della Chiesa, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari, 2011, p. 392 ss.

⁸ Per un'approfondita disamina dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alla riforma del 2002, cfr. U. Huber, *Leistungsstörungen*, II, *Die Folgen des Schuldnerverzugs. Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, in *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, herausgegeben von J. Gernhuber, IX, 2, Tübingen, 1999, p. 565 ss.; J. Gernhuber, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von V. Beuthien, M. Fuchs, H. Roth, G. Schieman, A. Wacke, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, p. 145 ss.; H.P. Glöchner, *Die positive Vertragsverletzung*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, herausgegeben von U. Falk und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 2000, pp. 171 s. e 180 ss.; Id., *Positive Vertragsverletzung. Die Geburt eines Rechtsinstituts*, Frankfurt am Main, 2006, p. 291 ss. Sulla nuova regolamentazione del BGB, cfr. invece H. Otto e R. Schwarze, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II), Berlin, 2015, pp. 320 ss. e 385 ss.; V. Emmerich, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, 2, §§ 311-432, herausgegeben von W. Krüger, 8^a ed., München, 2019, p. 515 ss.; W. Ernst, *ivi*, p. 525 ss.

⁹ Cfr. G. Piola, voce *Obbligazione. II. Diritto civile*, in *Dig. it.*, XVI, Torino, 1908, p. 828; C.A. Cobianchi, *Sui diritti del creditore a termine di fronte alla dichiarazione fatta dal debitore di considerarsi esonerato dalla prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 475 s.; G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, 7^a ed., IV, rist., Firenze, 1927, p. 516; F. Salvi, *Impossibilità di prestazione e diritto al termine*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 442 s.; G. Andreoli, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Temi*, 1950, p. 305 s.; in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 5 s.; e in Id., *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, p. 27 s.; A. Ravazzoni, *La costituzione in mora del debitore*, in *Studi parmensi*, (VII) 1957,

Continua, però, ad essere vivo il dibattito in ordine alle caratteristiche fattuali che la violazione del debitore deve assumere per legittimare il ricorso ai rimedi.

Molti non esitano a parlare di inadempimento attuale, collegandolo alla violazione di un obbligo accessorio – variamente diretto a non mettere in pericolo il futuro adempimento – fondato sulla buona fede, operante in funzione integrativa¹⁰.

Altri, invece, negano la sussistenza di un vero e proprio inadempimento, perché l'inesigibilità impedirebbe al creditore di lamentare il mancato ottenimento di una prestazione ancora non dovuta: bisognerebbe, piuttosto, ricorrere ad una qualificazione in termini di pericolo di inadempimento, eccezionalmente sufficiente a provocare l'attivazione del rimedio perentorio in ragione di un giustizio prognostico – controllato comunque dalla regola di buona fede – in forza del quale appaia più o meno fondato il rischio della futura inattuazione¹¹.

p. 408 s.; e, come volume autonomo, Milano, 1957, p. 34 s.; Id., *Brevi note in tema di costituzione in mora del debitore*, in *Temì*, 1958, p. 695 s., che, però, muta radicalmente opinione – riconducendo il rifiuto ad un attuale inadempimento di prestazione fondata dal principio di buona fede – in Id., voce *Mora del debitore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 907 s.; Id., voce *Mora del debitore*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 2; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, p. 168 ss.; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, I, 2^a ed., Milano, 1966, p. 160 s.; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 138 s.; F. Romano, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 607 s.; U. Natoli, L. Bigliuzzi Geri, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, p. 257 ss.

¹⁰ Cfr. L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, pp. 35 ss. e 161 s.; G. Persico, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955, p. 111 ss.; R. Luzzatto, *L'eccezione d'inadempimento (Note su una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 744 s.; G. Muraro, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 144 s.; Id., *L'inadempimento prima del termine*, *ivi*, 1975, I, pp. 248 ss., spec. 275 ss.; M. Fragali, *La dichiarazione anticipata di non volere adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, pp. 243 ss., spec. 256 s.; e in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, II, Milano, 1967, pp. 283 ss., spec. 304 s.; M. Giorgianni, voce *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 861 s.; Id., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3^a ed., Milano, 1975, pp. 120 e 178 s.; A.M. Princigalli, *La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere*, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1970, p. 242 ss.; e, con marginali adattamenti, in *Le obbligazioni in generale*, Corso per problemi e casi, svolto nell'anno accademico 1970-1971, nell'Università di Bari, dal prof. Michele Spinelli, Bari, 1971, p. 275 ss.; R. Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, 3^a ed., in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 1, Torino, 1982, p. 257 s.; M. Cantillo, *Le obbligazioni*, II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigliavi, Torino, 1992, p. 692 s.; E. Contino, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Quadr.*, 1988, pp. 246 ss., spec. 249 s.; G. Visintini, in G. Visintini, L. Cabella Pisu, *L'inadempimento delle obbligazioni*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, Torino, 1999, p. 245; Id., *Inadempimento e mora del debitore*, 2^a ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 499 s.; E. Guerinoni, *Inadempimento anteriore alla scadenza del termine nel diritto italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 13/2000, p. 21 ss.; M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2^a ed., II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2006, pp. 1728 e 1777 s.; Id., *La risoluzione stragiudiziale*, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, p. 131 s.; M. Fratini, *La mora del debitore*, in *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. Fava, I, *Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, Milano, 2008, p. 664 s.; U. Carnevali, *Le eccezioni dilatorie*, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *op. cit.*, p. 250 s.; R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, 4^a ed., Torino, 2016, p. 1603 s.

¹¹ Cfr. G. Mirabelli, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 33 s.; Id., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 387 s.; Id., *Dei contratti in generale*, 3^a ed., in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 2, Torino, 1980, p. 620 s.; F. Benatti, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 162 s.; L. Brusciuglia, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1367; e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 330 s.; A. Magazzù, voce *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 943, testo e nota 56; P. Tartaglia, *Dichiarazione di risoluzione per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir.*

In quest'ultima direzione si muove anche la dottrina francese, la quale, però, esclude che si possa ricorrere alla risoluzione anticipata del contratto e limita i rimedi esperibili alla sola tutela dilatoria, estesa a qualunque «rischio di inattuazione» ed ora puntualmente regolata dal nuovo art. 1219 *code civil*, introdotto ad esito della riforma del 2016¹².

Il modello di riferimento costante dei progetti di codificazione civile europea e delle riforme legislative tedesca e francese resta, comunque, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili (CISG).

Sempre più diffusa è infatti la posizione che vede nella Convenzione di Vienna un sistema normativo privilegiato per delineare i possibili futuri sviluppi del diritto contrattuale europeo. Le sue previsioni già rappresentano l'esito di un processo di uniformazione internazionale incentrato sull'elaborazione di una serie di soluzioni compromissorie capaci di superare i particolarismi dei singoli ordinamenti giuridici¹³.

civ., 1977, II, p. 26 s.; A. Belfiore, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1314, testo e nota 33; S. Mazzaresse, voce *Mora del debitore*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *civ.*, XI, Torino, 1994, p. 448 s.; V. Putortù, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 66 s.; Id., *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 154 s.; Id., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p. 265 ss.; Id., *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 969 ss.; Id., *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, in *Pers. merc.*, 2009, p. 32 ss.; Id., *Pendenza della condizione e tutela del contraente «fedele»*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 154 ss.; G. Sardo, *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*, in *Contr.*, 2004, p. 452 s.; G. Amadio, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, pp. 88 s. e 91; M. Dellacasa, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 556 s. e 568; Id., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, p. 99 s.; A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, pp. 42 s., 57, testo e nota 153, e 102 s.; Id., in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta ed A. Orestano, IV, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, pp. 489 e 511; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, pp. 218 ss., spec. 226 s.; E. Gabrielli, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 495 s.

¹² Ai sensi del nuovo art. 1219 *code civil*, «une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave». Per un primo commento, in lingua italiana, della previsione cfr. D.M. Locatello, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della «réforme del code civil»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1319 ss.; e, per la situazione antecedente alla riforma, R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, pp. 532 ss., spec. 546; M. Vanwijck-Alexandre, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à l'«anticipatory breach» de la common law*, Liège, 1982, pp. 275 ss., 337 ss. e 453 s.; J. Ghestin, *L'exception d'inexécution. Rapport français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruxelles-Paris, 2001, p. 40; C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, Paris, 1999, p. 257 s.; C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, Aix en Provence, 2003, p. 416 ss.; A. Pinna, *L'exception pour risque d'inexécution*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 31 ss.; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2004, p. 554 ss.; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, p. 228 ss.; C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Paris, 2008, pp. 153 ss. e 307 ss., spec. 314 s.; F. Paraiso, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Aix en Provence-Marseille, 2011, spec. p. 29 ss.

¹³ Cfr. A. Rizzi, *Interpretazione ed integrazione della Convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale di cose mobili*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 237 ss.; Id., *Alius et idem: le norme uniformi nel diritto interno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1123 ss.; Id., *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008, p. 78 ss.; A.M. Siniscalchi, *Formazione del contratto e determinazione del prezzo nel diritto uniforme della vendita internazionale*, Napoli, 2001, spec. p. 23 ss.; S. Orlando, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002, p. 1 ss.; M. Torsello, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, München, 2004, p. 56 ss.; O. Lando, *CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt International Principles of Contract Law*, in *Am. J. Comp. L.*, (53) 2005, p. 379 ss.; S. Mazzamuto, *Il*

Proprio nell'ultima parte della Convenzione, all'atto di delineare talune disposizioni comuni alle obbligazioni del venditore e del compratore, gli artt. 71 e 72 CISG confermano quel binomio rimediabile dilatorio e perentorio che – come si cercherà di dimostrare – rappresenta l'unica adeguata risposta alle molteplici forme di manifestazione di questa particolare violazione del rapporto sinallagmatico¹⁴.

2. La regolamentazione dei «Principi latino-americani di diritto dei contratti»: la determinazione del termine di adempimento e le cause di decadenza dal suo beneficio

I «Principi latino-americani di diritto dei contratti» analizzati in questo Convegno non dedicano alcuna attenzione alla risoluzione «anticipata», limitandosi, con l'art. 103, a regolare solo l'eccezione dilatoria «per rischio d'inesecuzione»¹⁵.

diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità, in *Contr. impr. Europa*, 2005, p. 523 ss.; e in V. Mannino, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. 317 ss.; Id., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 56 ss.; e in *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 93 ss.; R. Knieper, *Celebrating Success by Accession to CISG*, in *J.L. & Com.*, (25) 2005-2006, p. 477 ss.; C. Düchs, *Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht*, Berlin, 2006, p. 1 ss.; M. Reimann, *The CISG in the United States: Why It Has Been Neglected and Why Europeans Should Care*, in *RabelsZ*, (71) 2007, p. 115 ss.; M.J. Bonell, *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, in *Am. J. Comp. L.*, (56) 2008, p. 1 ss.; F. Ragno, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Padova, 2008, p. 59 ss.; I. Schwenzler e P. Hacher, *The CISG: Successes and Pitfalls*, in *Am. J. Comp. L.*, (57) 2009, p. 457 ss.; S. Claas Kiene, *Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden, 2010, p. 23 ss.; B. Sirgiovanni, *Termination of Contracts by Non-performance in the Current Italian Legal System*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 79 ss.; nonché i numerosi contributi raccolti nei volumi collettanei *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona, Conference 2003, edited by F. Ferrari, Milano, 2003; *The CISG and Its Impact on National Legal System*, edited by F. Ferrari, München, 2008; *CISG v. Regional Sales Law Unification: With a Focus on the New Common European Sales Law*, edited by U. Magnus, München, 2012.

¹⁴ Una compiuta dimostrazione dell'incidenza delle disposizioni della Convenzione di Vienna sulla disciplina interna dei rimedi sinallagmatici è offerta da F. Addis, *La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 7 ss.; in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di F. Addis, Milano, 2006, p. 1 ss.; in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Variazioni storiche e prospettive nella parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Milano, 2006, p. 459 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, p. 1 ss.; Id., *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, 2, cit., pp. 424 ss., spec. 431 s. e 469 ss.; Id., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 18 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. De Giorgi, S. Delle Monache e G. De Cristofaro, I, Padova, 2010, p. 16 ss.; Id., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 99 ss. (opera recensita da F. Piraino, in *Annuario del contratto 2013*, a cura di A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2014, p. 215 ss.; e da S. Pagliantini, *A proposito del libro di Fabio Addis, «Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti»*, in *Pers. merc.*, 2015, III, p. 1 ss.; e, con il titolo *A proposito de «Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, p. 253 ss.).

¹⁵ L'art. 103 del Progetto è rubricato «Suspensión anticipada del cumplimiento» e dispone: «Una parte puede negarse a ejecutar el contrato cuando, antes de la fecha de cumplimiento, sea evidente que el deudor no podrá cumplirlo. La suspensión cesa si el deudor cumple o da garantías suficientes para el cumplimiento».

La determinazione dell'ambito di operatività di questa previsione, a sua volta, è sensibilmente condizionata dagli artt. 79 e 81 del progetto, che offrono una puntuale definizione dei connotati caratterizzanti l'esigibilità della prestazione e delle modalità temporali di individuazione dell'inadempimento¹⁶.

In termini generali, queste ultime previsioni sono equiparabili agli artt. 1183-1186 c.c. italiano, anche se presentano, rispetto alle norme appena citate, qualche non marginale differenza.

In ordine alle modalità di determinazione del termine pattiziamente non concordato, anzitutto, l'art. 79 del progetto fa espresso riferimento alla sua calcolabilità secondo buona fede, nonché alla necessità di garantire l'adempimento immediato solo laddove esso corrisponda all'esigenza di ottenere la prestazione il prima possibile.

Non ha dunque trovato integrale accoglimento il principio «quod sine die debetur statim debetur» fissato dalla formulazione letterale dell'art. 1183, 1° co., c.c., ma si tratta di un rilievo sostanzialmente privo di ricadute applicative, ove si consideri che la norma appena citata è ormai pacificamente temperata dal richiamo della buona fede al fine di escludere che il creditore possa invocare l'assenza di termine per pretendere un adempimento immediato e precludere al debitore la possibilità di godere del tempo materialmente necessario per preparare ed offrire adeguatamente la prestazione¹⁷.

L'art. 81 del progetto, invece, ha una portata precettiva simile a quella del combinato disposto degli artt. 1184 e 1186 c.c., anche se non ricorre alla regola ermeneutica che porta, nel dubbio, a ritenere previsto a favore del debitore un termine pattiziamente concordato. L'utilizzo dell'avverbio «solo» lascia infatti chiaramente intendere che occorre un'espressa pattuizione affinché il termine sia previsto a favore del creditore, così da confermare l'ec-

¹⁶ L'art. 79 del progetto, in particolare, è rubricato «Momento del cumplimiento» e dispone: «1. El contrato debe cumplirse en el momento que éste determine, y si no lo dispusiere, se debe estar a las siguientes reglas: a) Si puede ejecutarse inmediatamente, su cumplimiento debe tener lugar en el más breve plazo posible desde que se perfeccionó; b) Si por su naturaleza supone necesariamente un lapso para su ejecución, debe cumplirse en el más breve plazo posible desde que se perfeccionó. 2. Si no fuere posible establecer el momento de cumplimiento de acuerdo con esas pautas, se debe estar al que resulte de su naturaleza, los usos o la buena fe». L'art. 81, invece, è rubricato «Exigibilidad anticipada de la obligación» e dispone: «El cumplimiento del contrato no puede exigirse antes de expirar el plazo, excepto cuando: a) El deudor haya sido constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia; b) El deudor no haya constituido las garantías prometidas o éstas hayan disminuido, considerablemente, por un hecho que le sea imputable; c) El plazo esté establecido sólo en favor del acreedor».

¹⁷ Cfr. per tutti A. di Majo, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, p. 152 ss.; Id., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, pp. 196 s. e 202 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 98 ss.; M. Orlandi, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, Milano, 2000, p. 152 s.; F. Cappai, *Il tempo dell'adempimento: problemi e casistica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 718 ss.; e in *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, p. 485 ss.; Id., in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, p. 364 ss.; nonché, con particolare riferimento ai rapporti tra gli artt. 1183 c.c. e 61 c. cons., F. Addis, *La consegna nel codice del consumo riformato*, in *Contr.*, 2016, p. 501 s.; e in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori, I, Napoli, 2017, p. 5 s.; C. Romeo, *L'inadempimento dell'obbligazione di consegna nella vendita di beni di consumo. Un difficile equilibrio tra tutela del venditore e tutela del consumatore*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 347 ss.

cezionalità delle ipotesi in cui è possibile far decadere il debitore dal beneficio del termine e pretendere l'immediata attuazione del rapporto.

Sarebbe comunque opportuno, in ordine alla portata del richiamo all'insolvenza, che la previsione estendesse espressamente la decadenza ai casi in cui l'insolvenza stessa risulti preesistente al momento della stipulazione del contratto ed ignorata, senza colpa, dal creditore¹⁸.

Un'interpretazione letterale dell'espressione scelta dal progetto («notoria insolvencia»), infatti, potrebbe condurre ad estendere la decadenza anche alle ipotesi in cui sussista uno stato di dissesto patrimoniale già noto a tutti – ivi compreso lo stesso creditore – fin dal momento della stipulazione. In questo modo, il debitore insolvente, nonostante abbia adeguatamente informato la controparte del suo stato o comunque l'abbia messa nelle condizioni, usando l'ordinaria diligenza, di accorgersi delle sue difficoltà e sia riuscito a stipulare il contratto ottenendo una dilazione nell'adempimento, correrebbe comunque il rischio di vedersi eccepire la decadenza dal creditore, incrementando ulteriormente il suo stato di dissesto.

La necessità di tutelare l'affidamento del debitore in ordine alla vincolatività della relazione obbligatoria, nonché di incrementare l'auto-responsabilità del creditore, sollecitandolo a raccogliere adeguate informazioni circa il reale stato patrimoniale della controparte, inducono quindi a prediligere una soluzione compromissoria, che, ammessa senz'altro l'operatività della decadenza in tutti i casi in cui il dissesto si realizza materialmente dopo la stipulazione, la estende solo ad alcuni stati di insolvenza preesistenti, collegandola alla valutazione del grado di consapevolezza responsabile del creditore.

2.1. L'adempimento *ante diem*

La disposizione più problematica rimane comunque quella dell'art. 80 del progetto¹⁹.

Essa, infatti, si discosta dall'art. 1185, 2° co., c.c. perché nulla dispone in ordine all'ipotesi in cui l'adempimento anticipato sia stato realizzato a seguito di un'erronea valutazione del debitore.

¹⁸ È la medesima conclusione sviluppata da F. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali del debitore*, cit., p. 199 ss., in ordine all'ambito di applicabilità dell'art. 1461 c.c. Alla sua estensione alle ipotesi di decadenza per insolvenza non osta, in particolare, il fatto che l'insolvenza stessa configuri una situazione di dissesto patrimoniale più grave – in quanto tendenzialmente irreversibile – del «mutamento» richiamato appunto dall'art. 1461 c.c. È vero infatti che quest'ultima previsione suppone che la situazione possa modificarsi in senso favorevole all'*excipiens* mentre l'effettiva presenza di un'insolvenza rende quantomeno improbabile un rapido miglioramento delle condizioni patrimoniali, ma, poiché l'insolvenza stessa non vale impossibilità, ove le parti abbiano consapevolmente previsto termini di adempimento diversificati e, in particolare, una di esse si sia assunta l'impegno di eseguire per prima la prestazione pur essendo stata posta nelle condizioni di accorgersi della situazione patrimoniale della controparte, la concessione del rimedio consentirebbe un sostanziale ripensamento in ordine alla stessa convenienza dell'affare, risolvendosi in una soluzione incompatibile con la stessa forza di legge del contratto.

¹⁹ Rubricata «Cumplimiento anticipado», la previsione dispone: «1. El deudor puede anticipar el cumplimiento, a menos que perjudique gravemente los intereses de la otra parte. El cumplimiento anticipado no afecta la ejecución de las obligaciones de la otra parte. 2. El acreedor puede renunciar al plazo establecido en su favor».

La disposizione italiana, sul punto, è chiarissima, perché, al fine di attribuire portata estintiva all'adempimento anticipato, preclude al debitore la ripetizione del pagamento «anche se ignorava l'esistenza del termine», lasciandogli solo la facoltà – in attuazione del divieto generale di arricchimento ingiustificato – di «ripetere, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato».

La sua formulazione è causalmente riconducibile all'acceso dibattito maturato, in dottrina, sotto il vigore del c.c. del 1865 in ordine alla natura giuridica dell'adempimento²⁰.

Dalla disposizione in commento, in particolare, si deducono due conseguenze sistematiche molto importanti.

La liceità dell'adempimento anticipato, anzitutto, conferma l'esistenza ed immediata vincolatività della relazione obbligatoria che impone al debitore di adempiere fin dal momento della sua nascita, indipendentemente dall'inesigibilità correlata alla mancata scadenza del termine.

L'incondizionata efficacia estintiva dell'adempimento anticipato, peraltro, evidenzia che non vi è alcuno spazio per attribuire contorni negoziali all'adempimento stesso: esso si traduce in un mero atto giuridico, produttivo di conseguenze indipendentemente dalla sussistenza della volontà del debitore di determinarle²¹.

²⁰ Cfr. F. de Filippis, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, V, *Diritti di obbligazione*, Milano, 1896, p. 213; G. Bonelli, *Contributo alla teoria scientifica dei titoli di credito*, in *Giur. it.*, 1897, IV, c. 25 s.; Id., *Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 185 ss.; L. Ramponi, *La determinazione del tempo nei contratti*, in *Arch. giur.*, (45) 1890, p. 294 s.; A. Rocco, *Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito*, *ivi*, (62) 1899, p. 59 s.; e in Id., *Studi di diritto commerciale*, II, Roma, 1933, p. 1 ss.; V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2^a ed., I, Roma, 1915, p. 299; M. Avanzini, *Sui contratti a termine*, Brescia, 1912, p. 247; C. Scuto, *La ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 158 s.; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3^a ed. a cura di L. Coviello, Milano, 1924, p. 442 s.; G. Giorgi, *op. cit.*, p. 440 s.; F. Messineo, *I titoli di credito*, 2^a ed., II, Padova, 1933, p. 22 ss.; G. Pacchioni, *Diritto civile italiano*, II, *Diritto delle obbligazioni*, 2, *Dei contratti in generale*, 2^a ed., Padova, 1936, p. 163 s.; U. Navarrini, *La cambiale e l'assegno bancario secondo la nuova legislazione*, Bologna, 1937, p. 68 s.; A. Asquini, *I titoli di credito. Corso di diritto commerciale. Anno accademico 1938-1939*, lezioni raccolte a cura di G. Oppo, Padova, 1939, p. 89; D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pp. 18 s., 51 s., nota 3, 77 s., testo e nota 1, e 110 ss., spec. 113 s. e 125 s., testo e nota 1; G. Andreoli, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, pp. 222 ss. e 308 s.

²¹ Cfr. S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, Revisione e aggiornamento di A. Falzea, ristampa dell'edizione del 1945 con prefazione di N. Irti, Milano, 1996, p. 51 s.; e in Id., *Scritti giuridici*, V, 1965-1996, Milano, 2011, p. 1392 s.; G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 279 s., nota 4; W. D'Avanzo, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di M. D'Amelio e F. Finzi, IV, 1, Firenze, 1948, p. 37; P. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 191 s.; E. Simonetto, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 119 ss.; A. Ravazzoni, *La costituzione in mora del debitore*, *cit.*, p. 380; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, I, *cit.*, p. 141; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, *cit.*, p. 122 s.; F. Benatti, *op. cit.*, p. 141 s.; A. di Majo, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, *cit.*, p. 9 s.; Id., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 150; Id., voce *Obbligazione*. I) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 40; Id., *Dell'adempimento in generale*, *cit.*, p. 200 s.; P. Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 135; Id., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 298 s.; R. Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. 6 s.; C. Manzini, *L'imputazione del pagamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 972 s.; B. Troisi, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 66 s.; E. Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, p. 226 ss.; M. Astone, *L'aspettativa e le tutele. Contributo*

L'art. 80 del progetto, invece, subordina l'ammissibilità dell'adempimento anticipato all'assenza di un grave pregiudizio in capo al creditore, al quale, dunque, si concede il potere di rifiutare l'offerta del debitore, salva una valutazione secondo buona fede della sua condotta.

Il silenzio in ordine all'efficacia incondizionatamente estintiva dell'adempimento anticipato, inoltre, autorizza ad ipotizzare che il progetto non abbia inteso, sul punto, prendere posizione in ordine alla natura giuridica del comportamento del debitore.

Ciò potrebbe legittimare la riproposizione di tesi favorevoli ad attribuire contorni negoziali all'adempimento, così da indurre a qualificare l'offerta anticipata della prestazione come rinuncia al beneficio del termine da parte del debitore.

Ciò comporterebbe, sul piano applicativo, il riconoscimento della possibilità di impugnare la rinuncia stessa per incapacità o vizi della volontà e, sotto il profilo sistematico, la necessità di concludere che l'inesigibilità incide negativamente sulla stessa vincolatività dell'obbligazione, dando luogo ad una situazione di attesa alla quale il creditore non può sottrarsi neppure quando la controparte pone in essere comportamenti funzionalmente idonei a pregiudicare il futuro adempimento.

Questi rilievi priverebbero di giustificazione lo stesso art. 103 del progetto, la cui presenza suggerisce di correggere la formulazione dell'art. 80 attraverso l'introduzione di una soluzione rimediale identica a quella preferita in Italia.

A favore di tale conclusione depone anche una più attenta valutazione del principio di effettività della tutela.

Ammessa – quantomeno in presenza di un vizio della volontà come l'errore – l'azione di ripetizione dell'adempimento anticipato, infatti, il debitore sarebbe autorizzato ad avviare una lunga ed incerta controversia giudiziaria, quasi sempre inidonea a garantire una celere protezione delle sue ragioni, ma sufficiente a generare incertezza in capo al creditore, che, peraltro, si vedrebbe quasi sicuramente scadere il termine in corso di causa, così da poter poi pretendere la definitiva attuazione di quanto promesso dalla controparte.

La scelta di limitare la tutela del debitore all'eventuale arricchimento ingiustificato senza permettergli la ripetizione, invece, contempera efficacemente le ragioni dei due contraenti, perché, se da un lato rassicura il creditore circa il definitivo conseguimento della prestazione, dall'altro libera subito il debitore, permettendogli di non perdere tempo prezioso nel tentativo di riavere quanto, in realtà, è comunque destinato a dover dare.

2.2. La tutela dilatoria «per futura impossibilità di adempimento»

Un'adeguata qualificazione concettuale dell'inadempimento «anticipato» non è comunque offerta neppure dall'art. 103 del Progetto, il quale legittima il contraente tenuto per primo

ad adempiere a non farlo quando, in ordine alla futura realizzabilità dell'adempimento, «sea evidente que el deudor no podrá cumplirlo».

Un'esegesi letterale della previsione conduce, invero, a risultati paradossali.

Il riferimento testuale alla «possibilità», infatti, sembrerebbe idoneo a limitare il diritto di rifiutare l'adempimento ai soli casi in cui la controprestazione futura sia già divenuta impossibile nel momento in cui il contraente tenuto per primo ad eseguire la sua prestazione sia chiamato a farlo.

In questo ordine di ipotesi, però, resterebbe da capire quale utilità abbia l'esercizio della tutela.

Conviene sul punto ricordare che, secondo l'orientamento ormai prevalente, un'eccezione dilatoria si concretizza nel conferimento, all'*excipiens*, di un diritto potestativo idoneo ad incidere sulla prestazione dovuta, rendendola temporaneamente inesigibile²².

L'eccezione in esame, infatti, persegue una finalità conservativa e si limita a cristallizzare l'esecuzione del sinallagma, sospendendola temporaneamente in attesa di un chiarimento della situazione.

Se però il debitore ha già reso anticipatamente impossibile il futuro adempimento con un comportamento a lui imputabile, la suddetta funzione conservativa non potrebbe che rivolgersi alla pretesa risarcitoria nascente dall'accertamento dell'imputabilità, in cui si sostanzia la prova dell'inadempimento, ma, in questo caso, essa si rivelerebbe tutto sommato inutile, non avendo alcun senso rinviare il risarcimento di un danno già attuale ad un momento successivo.

Più in generale, è la stessa attesa di un chiarimento della situazione ad apparire assurda: se la prestazione è già divenuta impossibile, non vi sarà alcun cambiamento dal mero trascorrere del tempo ed è inevitabile sciogliere subito il rapporto, liberando il contraente tenuto per primo ad adempiere dalla necessità di tenere pronta una prestazione che non potrà più essere causalmente giustificata dal comportamento della controparte.

Per dare un senso compiuto all'art. 103, non resta dunque che ipotizzare che il riferimento testuale alla «possibilità» vada più genericamente tradotto con un accenno alla stessa «esecuzione» della prestazione, cioè che l'eccezione sia esperibile ogni qualvolta sia evidente che la controparte «non eseguirà» la controprestazione.

A questa più ampia espressione, tuttavia, i più immediati modelli di riferimento normativi europei fanno seguire una – sia pure sommaria – indicazione delle situazioni fattuali che causano il pericolo d'inadempimento.

²² Cfr. G. Persico, *op. cit.*, p. 11 ss.; A. Galasso, *L'eccezione d'inadempimento nel contratto*, in *Circ. giur.*, 1964, p. 269; L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, pp. 193 ss., spec. 208 s.; Id., voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 331 s.; e in Id., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 402 s.; A. Sassi, *Adempimento parziale ed «exceptio non rite adempti contractus»*, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 82 s.; M. Tamponi, *op. cit.*, p. 1732 s.; F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 428 ss.; A.M. Benedetti, *op. cit.*, p. 15 ss.

Si pensi, in particolare, all'art. 1461 c.c. italiano, che menziona il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali del debitore, al nuovo § 321 BGB, che parla della manifestazione di una «difettosa capacità di adempimento» del debitore, nonché all'art. 71 CISG, che elenca due ordini di ipotesi attinenti, rispettivamente, al dissesto patrimoniale e alle modalità con le quali il debitore prepara il futuro adempimento²³.

Trattasi di indicazioni molto utili, perché dirette ad impedire una ricostruzione in termini esclusivamente soggettivi del pericolo, fatalmente destinata a renderlo riscontrabile anche solo in ragione del differimento dell'esecuzione della prestazione indotto dalla presenza del termine non scaduto o della condizione sospensiva non ancora realizzata.

La stessa «doverosità» dell'adempimento, infatti, non assicura di per sé un'assoluta certezza circa l'effettiva realizzazione della prestazione dovuta, ma si traduce nell'attribuzione al creditore di una situazione giuridica soggettiva attiva che consente l'attivazione di una serie di rimedi ove la prestazione stessa non sia eseguita²⁴.

Il differimento, collegabile all'esigenza di soddisfare interessi diversi da quello incentrato sul conseguimento della prestazione, porta ad un fisiologico innalzamento del rischio di inattuazione, traducendosi nella preclusione della possibilità per il creditore di invocarlo a fini esclusivamente dilatori: concedergli il diritto di rifiutare l'adempimento solo perché ha il timore che la controparte non adempia si tradurrebbe in un'evidente lesione della stessa vincolatività della relazione concretamente instaurata, nonché dell'affidamento indotto dalla sua esistenza in capo al debitore.

Proprio per questo, lo stesso «mutamento» delle condizioni patrimoniali può essere inteso anche in termini gnoseologici, cioè con riferimento alla sopravvenuta conoscenza di uno

²³ Cfr. F. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 89 ss.

²⁴ Cfr. A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 437 s.; e in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 16 s., che eleva a paradigma esemplificativo della relazione tra norma ed effetto la più specifica trattazione dei rapporti tra adempimento ed esecuzione forzata svolta da S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 9 s.; e in Id., *Scritti giuridici*, I, 1927-1937, Milano, 2010, p. 747 s., secondo cui «l'obbligazione, se è un vincolo giuridico, non può essere suscettibile, a rigore, di adempimento: un vincolo può soltanto costituirsi o sciogliersi; cioè può esistere o non esistere. Se mai, l'adempimento può essere causa di scioglimento del vincolo, vale a dire di estinzione dell'obbligazione; precisamente, anzi, causa esterna di estinzione dell'obbligazione, estranea al vincolo giuridico come tale». Similmente, secondo P. Perlingieri, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 122, è necessario distinguere tra «certezza dell'obbligazione» e «certezza della sua concreta realizzazione» e il carattere meramente ideale e non reale dell'esigenza dell'adempimento porta N. Irti, voce *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 58 s.; in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1968, p. 1097; e in Id., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 31, a rilevare che la stessa categoria della causalità non ha reale valenza giuridica, perché «causa» e «conseguenze giuridiche» non sono concetti legislativi, ma posizioni di concetti legislativi. Mediante la categoria della causalità, un termine viene posto in relazione con un altro termine. La norma presenta due termini, ma non contiene la categoria della causalità, che è una *funzione del nostro intelletto*, un modo di conoscere i fenomeni». Il concetto è ripreso ed approfondito anche in Id., *Sul concetto di titolarità (persona fisica ed obbligo giuridico)*, in Id., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo - onere)*, Napoli, 1973, pp. 10, 12 e 22; e in Id., *Norme e fatti*, cit., pp. 69, 72 s. e 82: «la valutazione di doverosità riguarda un *contegno futuro ed eventuale*, che «il soggetto, nel tempo stabilito, potrà tenere o non tenere, ma che la norma già da adesso considera ed approva», sicché «l'effetto giuridico si risolve sempre nella *sintesi della descrizione di un contegno umano e della qualifica di doverosità*» e «l'azione dovuta, che al tempo della nascita dell'obbligo non è nel presente, ma nel futuro (...) giace nel campo della mera eventualità».

stato di dissesto antecedente alla stipulazione del contratto, esclusivamente laddove esso risultasse non conoscibile in quel momento usando l'ordinaria diligenza²⁵.

Il contraente tenuto per primo ad adempiere si è obbligato a farlo accettando un fisiologico innalzamento del rischio di non conseguire la prestazione e non è sufficiente invocare genericamente questo rischio per legittimarlo a sottrarsi al suo obbligo.

Ciò, tuttavia, non preclude in via generalizzata l'attivazione «anticipata» del rimedio dilatorio.

I modelli di riferimento richiamati – nonostante le molteplici differenze – evidenziano la necessità di ancorarne l'esercizio ad un oggettivo cambiamento della situazione fattuale, cioè all'innalzamento di un rischio di inattuazione effettivamente percepibile e dimostrabile anche in un'eventuale controversia giudiziale.

Ciò potrebbe essere correlato al peggioramento della situazione patrimoniale, ma anche prescindere da esso, in ragione di una più attenta valutazione del comportamento tenuto dal debitore per preparare l'adempimento²⁶.

²⁵ Cfr. Cass., 21 dicembre 1942, n. 2729, in *Riv. dir. comm.*, 1943, II, 139 ss., con nota di G. Monaco, *La preesistente insolvenza del compratore nella vendita*, successiva alla nuova codificazione ma relativa ad un caso sorto prima del 1942; Cass., 26 novembre 1954, n. 4321, in *Giust. civ.*, 1954, I, 2831 [s.m.]; e, per esteso, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., p. 217 ss.; App. Milano, 16 novembre 1956 e App. Bari, 27 novembre 1957, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 680 e 682; Cass., 5 luglio 1958, n. 2421, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, II, p. 324 ss.; e in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 314 ss.; App. Lecce, 18 luglio 1962, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1962, p. 283 [s.m.]; App. Lecce, 16 febbraio 1967, *ivi*, 1968, p. 67 [s.m.]; Cass., 19 giugno 1972, n. 1935, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1774 ss.; Trib. Parma, 7 marzo 1977, in *Foro pad.*, 1977, I, c. 144 ss.; in *Arch. civ.*, 1977, p. 1139 ss.; in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 237 ss., con nota di G. R[agusa] M[aggiore], *Sospensione della consegna della cosa venduta ex art. 1461 c.c. e successivo fallimento del compratore*; e in *Giur. merito*, 1978, p. 802 ss., con nota di M. Bessone, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pacta sunt servanda e alea normale del contratto*; Cass., 4 agosto 1988, n. 4835, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2913 ss., con nota di M. Costanza, *Sul legittimo uso della facoltà di sospendere la prestazione*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 342 ss., con nota di F. Colonna, *Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti. Sospensione della prestazione*; Trib. Milano, 17 settembre 1992, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, p. 79 ss.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 602, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 555; Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1261 ss., con nota di F. Rolfi, *Art. 1461 c.c. e contratto preliminare*; in *Giur. it.*, 2000, p. 736 ss., con nota di P. Migliore; e in *Studium iuris*, 2000, p. 85 ss., con sintesi di M.A. Siconolfi; Cass., 15 maggio 2002, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 535 (le ultime tre sentenze possono leggersi integralmente e con le relative pronunce di merito in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., pp. 153 ss., 169 ss. e 187 ss.); Cass., 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giur. it.*, 2008, p. 2480 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2158 ss.; e in *Foro pad.*, 2008, I, c. 312 ss., per una più approfondita disamina della quale sia altresì consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Cessione del credito e «mutamento» delle condizioni patrimoniali del debitore*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 363 ss.

²⁶ La giurisprudenza italiana parla, talvolta, di «elevata probabilità del futuro inadempimento»: cfr. Cass., 4 marzo 1940, n. 765, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 531 ss., con nota di A. Iamalio, *Le «restituzioni» e la competenza a giudicarne*; e in *Sett. Cass.*, 1940, c. 498 s. (s.m.); Cass., 20 dicembre 1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 284-285 (entrambe queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 180 ss. e 264 ss.); Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, cit.; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, cit.; Cass., 9 giugno 1993, n. 6441, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 475; Cass., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2389 ss.; e in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 778 ss., con nota di A. Manna, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto* (per una più attenta disamina della quale sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Tutela dilatoria «anticipata» e contratto d'appalto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 43 ss.); Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Gius.*, 2003, p. 1570 (s.m.); in *Impr.*, 2003, p. 876 (s.m.); in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 458 ss.; in *Contr.*, 2004, p. 446 ss., con nota di G. Sardo, *op. cit.*; e in *Arch. civ.*, 2004, p. 94 (s.m.) (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 355 ss., 359 ss. e 375 ss.; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, cit.

Il silenzio sul punto dell'art. 103 del Progetto è dunque particolarmente criticabile, perché la previsione, ove intesa alla lettera, rischia di non essere mai attuata e, ove intesa più genericamente, apre ad una concezione soggettiva del pericolo potenzialmente foriera di un innalzamento – a tratti incontrollabile – delle controversie tra le parti.

2.3. La mancata regolamentazione della tutela perentoria «anticipata»

I compilatori del Progetto, inoltre, dovrebbero cercare di ripensare anche alla mancata regolamentazione della risolubilità «anticipata» del contratto.

In ordine a questo punto, è vero che essi possono vantare un più diretto collegamento con l'esperienza francese, che continua – anche dopo la riforma del 2016 – a non regolare il rimedio.

Tuttavia, il Progetto si espone alle medesime critiche che è possibile rivolgere al modello francese e che si incentrano su una insufficiente valutazione dei criteri discretivi riscontrabili tra il pericolo d'inadempimento – sia pure oggettivamente valutabile – e il vero e proprio inadempimento «anticipato»²⁷.

La questione attiene alla rilevanza giuridica che s'intenda attribuire alla possibilità materiale del futuro adempimento.

Ove, infatti, la prestazione divenga impossibile per causa imputabile al debitore, è pacifico che il sinallagma subisce una violazione così grave da non poter essere più attuato e ciò legittima senz'altro ad attivare subito il rimedio perentorio.

Il problema attiene, piuttosto, all'eventualità che il debitore si sottragga a quest'ultimo replicando che la prestazione è ancora possibile e che dunque il creditore deve attendere l'ultimo momento utile prima di considerarlo effettivamente inadempiente.

Per attribuire rilievo a questa eccezione, tuttavia, bisognerebbe necessariamente supporre che di inadempimento attuale si possa parlare esclusivamente nel momento in cui la prestazione divenga esigibile, ma questo postulato è facilmente confutabile proprio ponendo l'accento sulla già evidenziata esigenza di distinguere la vincolatività del rapporto obbligatorio dalla mera preclusione della facoltà di chiederne l'immediata attuazione indotta dalla sussistenza della causa di inesigibilità.

Se si assume che il debitore è già obbligato a preservare la possibilità di adempiere e a fare il possibile per preparare adeguatamente la prestazione fin dal momento in cui il vincolo è sorto, l'esigibilità degrada a mera condizione dell'azione del creditore, al quale, in sua assenza, è preclusa la possibilità di chiedere subito l'adempimento, ma non certo quella

²⁷ Una puntuale analisi del tema è ora offerta da V. Putortì, *Contratti «sub die» e dichiarazione di non voler adempiere*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 616 ss.; T. Pertot, *Inadempimento anticipato fra realtà italiana e prospettiva europea*, *ivi*, p. 956 ss.; e, con specifico riferimento all'esperibilità di rimedi conservativi e inibitori, D.M. Frenda, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 721 ss.

di reagire ad eventuali comportamenti della controparte idonei a pregiudicare la futura realizzazione della prestazione.

Tali comportamenti, peraltro, possono anche non determinare l'immediata impossibilità, ma, più semplicemente, incidere negativamente sulle modalità di preparazione del futuro adempimento, lasciando intendere che, in assenza di una tempestiva inversione di rotta, al momento dovuto esso non sarà realizzato.

In Italia, il combinato disposto degli artt. 1662 e 2224 c.c. evidenzia che dalla mera violazione dell'attività preparatoria dell'adempimento può anche discendere una risoluzione anticipata del contratto, ancorché non immediata, perché collegabile all'infruttuoso decorso di un termine supplementare, durante il quale il debitore è posto nella condizione di interrompere l'attività potenzialmente lesiva e dar conto della sua disponibilità ad eseguire esattamente la prestazione al momento dovuto. Ove questo termine scada senza che il debitore muti il suo comportamento, la risoluzione è collegata ad un attuale inadempimento, tanto che si accompagna – per espressa previsione legislativa – alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno²⁸.

Più in generale, è l'art. 72 CISG ad evidenziare che la risoluzione anticipata, proprio perché resa in un momento in cui il futuro adempimento è ancora possibile, non può essere realizzata secondo modalità tali da assicurare un immediato esito perentorio, ma si connota per una sequenza procedimentale finalizzata a conferire connotati di irreversibilità alla condotta debitoria²⁹.

Il creditore, infatti, deve concedere alla controparte un termine affinché possa dare «idonee garanzie» circa il futuro adempimento e, solo se tale termine scade infruttuosamente, il recesso anticipato produce effetti perentori, salvo, peraltro, che il debitore abbia già dichiarato di non voler adempiere, posto che, in quest'ultimo caso, non è richiesta la concessione del termine supplementare e il recesso può essere immediato³⁰.

²⁸ Sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 461 ss.; Id., *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e concorso di rimedi perentori*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di G. Gitti, F. Delfini e D. Maffei, IV, Milano, 2015, p. 3147 ss.

²⁹ Un aggiornato commento alla previsione è offerto da C. Fountoulakis, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, edited by I. Schwenzer, 4^a ed., Oxford, 2016, p. 1024 ss.; D. Saidov, in *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A Commentary*, edited by S. Kröll, L. Mistelis, P.P. Viscasillas, 2^a ed., München-Oxford, 2018, p. 918 ss.

³⁰ I progetti di codificazione civile europea dedicano attenzione anche a questo rimedio. L'art. 8:105 PECL, in particolare, è rubricato «Assicurazioni circa l'adempimento» e dispone: «Il creditore che abbia fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore può chiedergli adeguate assicurazioni di esatto adempimento e nel frattempo rifiutare l'adempimento delle proprie obbligazioni fino a quando dura la fondatezza del motivo. Se tali assicurazioni non sono date entro un termine ragionevole, la parte che le ha richieste può risolvere il contratto se ha fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore e senza indugio dà comunicazione della risoluzione». La previsione riprende quanto contenuto nell'art. 7.3.4. Principi Unidroit, ai sensi del quale «la parte che ragionevolmente ritiene che vi sarà un inadempimento essenziale ad opera dell'altra parte può richiedere un'adeguata garanzia per l'adempimento dovuto e, nel frattempo, può sospendere il proprio adempimento. Se la garanzia non è prestata entro un ragionevole lasso di tempo, la parte che l'ha richiesta può risolvere il contratto» e si ritrova nell'art.

La «certezza» del futuro inadempimento, cui fa riferimento lo stesso art. 72, 1° co., CISG, non indica dunque una situazione diversa da un attuale inadempimento, ma costituisce esito di un giudizio prognostico al quale l'infruttuoso decorso del termine supplementare conferisce contorni di irreversibilità.

Diventa, a tal stregua, inutile verificare se l'attualità dell'inadempimento sussista già prima della concessione del termine: talvolta, la risposta può essere positiva, avuto riguardo alla funzione integrativa della regola di buona fede; ma non si può escludere che la richiesta di idonee garanzie prenda le mosse da un mero pericolo d'inadempimento, in quanto tale superabile. Decorso il termine, tuttavia, la situazione muta i suoi connotati e diventa senz'altro inadempimento, arricchito da margini di irreversibilità che giustificano l'esito perentorio³¹.

Rimane problematica la qualificazione della dichiarazione di non voler adempiere: se è facile evidenziare che, in sua presenza, è inutile perdere tempo prezioso, si deve aggiungere che essa, in sé e per sé considerata, potrebbe connotarsi – dal punto di vista contenutistico

III – 3:505 DCFR, rubricato «Termination for inadequate assurance of performance»: «a creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance 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».

³¹ Cfr. P. Schlechtriem, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, in *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984*, herausgegeben von Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich, 1985, p. 149 ss.; Id., *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980 (Convention on the International Sale of Goods)*, in *IPRax*, 1990, p. 282 s.; Id., *Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 4^a ed., Tübingen, 2007, p. 190 s.; Id., *Calculation of Damages in Case of Anticipatory Breach under the CISG*, in *Commercial Law Challenges in the 21st Century. Jan Hellner in Memoriam*, edited by R. Cranston, J. Ramberg, J. Ziegler, Stockholm, 2007, p. 240 ss.; J. Aicher, *Leistungsstörungen aus der Verkäufersphäre. Ein Beitrag zur wesentlichen Vertragsverletzung und zur aliud-Lieferung im UN-Kaufrechtsübereinkommen*, in *Das Einbeittliche Wiener Kaufrecht. Neues Recht für den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von H. Hoyer und W. Posch, Wien, 1992, p. 131 ss.; U. Ziegler, *Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht*, Baden-Baden, 1995, p. 243; H.G. Leser, in *Kommentar zum Einbeittlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von P. Schlechtriem, 2^a ed., München, 1997, p. 601 s.; e, in lingua inglese, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2^a ed., edited by P. Schlechtriem, translated by G. Thomas, Oxford, 1998, p. 536 s.; K. Pier-Eiling, *Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus Art. 48 CISG: unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Rechtsbehelfen des Käufers*, Berlin, 2003, p. 169 ss.; P. Winship, in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education (CILE), edited by F. Ferrari, H. Flechtner and R.A. Brand, München-London, 2004, p. 766 s.; T. Himmen, *Die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze im UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 2 CISG)*, Gottmadingen, 2007, p. 127 s.; N.J. Dabelow, *Der Kauf mit Spezifikations-vorbehalt des Käufers nach HGB und UN-Kaufrecht*, München, 2008, p. 468 ss.; S. Claas Kiene, *Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden, 2010, p. 272 s.; U. Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2013, p. 826 ss.; ma, in senso parzialmente difforme, pongono l'accento sulla necessità del giudizio prognostico, in Italia, G. Conte, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 463 ss.; V. Putorti, *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 122 s.; Id., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 97 ss.; M. Dellacasa, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., p. 561 s.; Id., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., p. 111 ss.; R. Fadda, *op. cit.*, p. 262 ss.; Id., in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, I, cit., p. 425 s.; Id., *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, in *Contratto e mercato. Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, cit., p. 525; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 220 ss.

– in termini molto ampi, che, comprendendo anche la contestazione dell'esistenza o delle caratteristiche del rapporto obbligatorio, le impediscono di assumere rilievo negoziale e di far dipendere l'analisi della sua natura giuridica dalla mera sussistenza dell'intenzione di non adempiere. È piuttosto il suo carattere ingiustificato ad impedirle di produrre effetti corrispondenti alla sua formulazione, inducendo il creditore a reagire subito prendendo in parola la controparte.

Di ciò si è accorto il legislatore italiano, che all'art. 1219, 2° co., n. 2, c.c. fa decorrere dalla dichiarazione scritta di non voler adempiere l'immediata caduta in mora del debitore, senza offrire alcun riferimento testuale al momento della sua emissione, così da assicurare identico effetto anche all'ipotesi in cui essa sia resa prima della scadenza del termine³².

I vantaggi di tale soluzione sono evidenti: se il debitore vuole pienamente usufruire dell'inesigibilità, deve preservare con la sua condotta la futura realizzazione della prestazione ed evitare di formulare ingiustificate contestazioni che possano mettere la controparte di fronte alla necessità di verificare subito l'effettiva disponibilità all'adempimento del loro autore. Ove egli decida comunque di avviare la contestazione, si espone al rischio che la controparte reagisca altrettanto prontamente, anche fino al punto – ove la contestazione sia priva di giustificazione – di addivenire all'esito perentorio, stante l'irreversibilità della situazione indotta dalle particolari modalità espressive del rifiuto.

L'art. 93 del Progetto mostra di aver solo parzialmente affrontato il problema³³.

Il 3° co. di tale previsione, infatti, prende in esame il rifiuto del debitore considerandolo come causa di esonero dalla concessione del termine supplementare ordinariamente richiesto prima di risolvere il contratto. Esso è dunque considerato dalla norma come idoneo a garantire una risoluzione immediata, cioè concorre a rendere irreversibile un inadempimento che, tuttavia, la previsione stessa suppone necessariamente preesistente alla sua manifestazione.

È facile però evidenziare che, se al rifiuto si ricollega la facoltà di incidere sull'irreversibilità e definitività dell'inadempimento, il mero fatto che, contenutisticamente, esso si presenti identico indipendentemente dal momento cronologico in cui è reso consente di escludere che questo stesso momento ne condizioni l'efficacia, legittimando a riaffermare l'opportunità di trattarlo allo stesso modo anche ove reso prima della scadenza del termine.

Delle due, in altri termini, l'una: o si assume che il rifiuto, di per sé, non ha alcuna conseguenza sui connotati dell'inadempimento, perché non incide sulla materiale eseguibilità della prestazione, e allora, preso atto che costituisce una manifestazione di pericolo, può

³² Sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, spec. pp. 296 ss. e 323 ss.

³³ Tale previsione, rubricata «Plazo de subsanación», dispone: «1. Salvo incumplimiento esencial, el acreedor debe otorgar un plazo adicional de duración razonable al deudor para que subsane su incumplimiento. 2. Mientras se encuentre pendiente el plazo, el acreedor no puede ejercer ningún medio de tutela que sea incompatible con la subsanación, pero subsiste su derecho a la indemnización. 3. Si el deudor no subsana dentro del plazo o declara que no lo hará, el acreedor puede servirse de cualquiera medio de tutela».

tutt'al più legittimare l'esercizio di un rimedio dilatorio, ma non può incidere sulla sequenza che porta alla risoluzione del contratto, il che indurrebbe ad eliminare anche l'art. 93, ult. co., del Progetto; oppure si riconosce – muovendo proprio dalla disposizione appena citata – che il rifiuto rende irreversibile l'inadempimento, ed allora è incomprensibile che ciò non possa accadere anche quando è reso prima della scadenza del termine ed è necessario che i compilatori del Progetto operino sul punto apprestando una disciplina specifica.

In chiave rimediale, è solo il binomio tutela dilatoria – tutela perentoria «anticipata» a consentire una piena protezione del creditore, conferendogli una facoltà di scelta che, volta a volta, tiene conto delle circostanze del caso allo scopo di reagire in modo più specificamente correlato al grado di irreversibilità della futura violazione, così da permettergli, in particolare, di limitarsi a sospendere finché la situazione è ancora incerta, per poi passare al vero e proprio scioglimento quando gli indici fattuali più volte richiamati – l'atteggiamento tenuto a fronte della richiesta di idonee garanzie o le modalità espressive del rifiuto – rendano più conveniente cercare altrove quella prestazione che non si riuscirà più ad ottenere spontaneamente.

Opinio Juris in Comparatione offers the strength of a peer reviewed international publication. It is an electronic full open access journal devoted to “Studies in Comparative and National Law”. It aims at enhancing the dialogue among all legal traditions in a broad sense. The intend of diffusing contributions on national law as well and not only to focus on comparative issues, is to expand access to foreign legal materials and ideas to those who do not already have access to the traditional avenues (such as journals in the language of the explored legal system). All contributions will be inserted in the *Opinio Juris in Comparatione* website.

Opinio Juris offers the benefits of a preliminary and early diffusion of the contributions before the papers are actually published somewhere else.

The three different languages of preferred submission are English, French, Italian and Spanish. The constraints set out for dealing with purely national law contributions is to give descriptions of domestic law in a language other than the language of the system itself (please see instructions for the submission on *Opinio Juris in Comparatione* website for further details).

Articles (*Opinio Juris* will give preference to articles under 25.000 words in length including text and footnotes);

Essays (8.000 words or less in length, and its primary purpose is to advance an idea, to summarize a development, or to initiate or engage in discussion);

Case notes (a case note not exceeding 7.000 words will focus on an important decision);

Furthermore *Opinio Juris* includes **Selected Conference proceedings**, **News** and **Book reviews** (overview of conference, new books, etc.)

Manuscripts submission: staff@opiniojurisincomparatione.org

International Advisory Board:

F. D. Busnelli, *Scuola Superiore Sant’Anna*; **G. Brüggemeier**, *Universität Bremen*; **G. Calabresi**, *Yale Law School*; **H. Collins**, *London School of Economics and Political Science*; **F. Hinestroza** (late), *Universidad Externado de Colombia*; **E. H. Hondius**, *Utrecht University*; **N. Kasirer**, *McGill University*; **D. Lametti**, *McGill University*; **D. Owen**, *University of South Carolina*; **V. Palmer**, *Tulane University*; **R. Sacco**, *Università di Torino*; **S. Sugarman**, *University of California, Berkeley*; **G. Viney**, *Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*.

Editor in Chief: G. Comandé

Editorial staff: S. Scalzini, F. Ferrari, A. Davola, A. Parziale, G. Malgieri, M. L. Flórez Rojas, G. Schneider, L. Costanzo, P. Meineri, G. Fiorinelli, S. Covino, M. E. Parmenter, A. Principato, S. Alberti, D. Amram

Publisher: Pacini Giuridica, via A. Gherardesca, 56121 Ospedaletto, Pisa, <http://www.pacinieditore.it/aree/giuridica/>