

## LA REFORMULACIÓN DEL ROL DEL JUEZ EN LOS INSTRUMENTOS CONTEMPORÁNEOS DE DERECHO CONTRACTUAL\*

RODRIGO MOMBERG URIBE\*\*

**RESUMEN:** El presente trabajo examina los principales instrumentos de derecho contractual contemporáneo a nivel internacional, con el objeto de demostrar la reformulación del rol del juez en el derecho de contratos moderno, cuya tendencia es a entregar mayores facultades a los tribunales para intervenir en el contenido del contrato, permitiendo la adaptación y preservación del negocio en orden a resguardar los intereses de ambas partes. Asimismo, se incluye el estudio de aquellas situaciones en que tradicionalmente el juez ha cumplido un rol preponderante, como la declaración de nulidad o la resolución del contrato, las cuales pasan a ser una facultad de la parte afectada con el vicio o el incumplimiento, lo cual demuestra una mayor consideración por la satisfacción del interés de dicha parte.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de contratos - adaptación del contrato - preservación del contrato - integración del contrato - compraventa internacional.

## THE REFORMULATION OF THE COURT'S ROLE IN INTERNATIONAL CONTRACT LAW INSTRUMENTS

**ABSTRACT:** This article examines the main international contract law instruments, with the purpose to demonstrate that the role of courts in regard to the contract has changed. The trend is to provide the courts with broader powers to intervene into the content of the contract, allowing the

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT regular N°1120611, titulado "La revisión judicial del contrato. Análisis histórico, dogmático y de derecho comparado, con perspectivas para el derecho nacional".

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2014.

Fecha de aceptación: 22 de julio de 2014.

\*\* PhD, Universidad de Utrecht (HOLANDA). Profesor adjunto, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte (CHILE). Career Development Fellow en Derecho Comparado, Instituto de Derecho Europeo y Comparado, Universidad de Oxford (INGLATERRA). Correo electrónico: rodrigo.momberguribe@law.ox.ac.uk

adaptation and preservation of the contract in order to protect the interest of both parties. The article also includes the study of cases which under the Romanist legal tradition, the courts have played a relevant role, such as the avoidance or termination of the contract, but that under the mentioned instruments are exercised directly by the affected party.

**KEY WORDS:** Contract law - adaptation of contract - favor contractus - implied terms - international sales law.

*Sumario:* 1) *Introducción;* 2) *Las facultades del juez frente al contrato;* 2.1) *El juez y la nulidad del contrato;* 2.2) *El juez y la resolución del contrato;* 2.3) *El juez y las cláusulas abusivas;* 2.4) *El juez y el contenido del contrato;* 2.5) *El juez y el cambio sobrevenido de circunstancias;* 2.6) *El juez y la cláusula penal;* 3) *Conclusiones.*

## 1) INTRODUCCIÓN

Habitualmente, en particular en los sistemas de tradición romanista<sup>1</sup>, el rol del juez en el derecho de contratos ha estado esencialmente limitado a examinar si el contrato fue celebrado de acuerdo con la ley y las normas procedimentales de formación del consentimiento, o si ya en su etapa de ejecución, el incumplimiento de una parte ha sido capaz de producir la resolución de la relación contractual. Más allá de este restringido contexto, se entiende que el contenido del contrato no es ni puede ser objeto del examen del juez. Garantizando la justicia formal o procedimental del acuerdo, se garantizaría también la justicia sustantiva del mismo<sup>2</sup>. El rechazo en los códigos civiles decimonónicos de la lesión enorme como vicio del consentimiento, de la imprevisión contractual e incluso de la nulidad parcial, son demostraciones de esta idea.

En otras palabras, tradicionalmente la función de los tribunales se limita esencialmente a verificar que la voluntad haya sido declarada de manera libre y espontánea, o bien, a examinar la eventual concurrencia de

---

<sup>1</sup> Se utiliza la clasificación de sistemas jurídicos planteada por ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1998) *An introduction to comparative law*, 3a ed. Oxford: Clarendon Press, p. 74-86. Según estos autores, el sistema jurídico romanista está constituido por todos aquellos ordenamientos que, con base en el derecho romano, siguieron como modelo conceptual e ideológico al Código Civil francés. Otra clasificación, más amplia, agrupa en un solo sistema jurídico a la tradición romano-germánica, incluyendo en ella tanto los ordenamientos jurídicos que han seguido el modelo francés como aquellos de tradición germana. Al efecto, véase DAVID, René (1992) *Les grand systèmes de droit contemporains*. París: Dalloz, p. 19 y 55.

<sup>2</sup> ZIMMERMANN, Reinhard (1996) *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press, p. 577.

los requisitos de la nulidad o de la resolución del contrato. Se trata de un examen formal para el cual el contenido de las prestaciones es irrelevante, salvo en casos de abierta contravención a normas de orden público<sup>3</sup>.

Sin embargo, el rol del juez ha comenzado a ser reformulado en el derecho contemporáneo de contratos. El reforzamiento de principios como la buena fe, la lealtad comercial y la solidaridad, han venido a equilibrar a la libertad contractual y a la fuerza obligatoria del contrato, autorizando la intervención judicial con el propósito de evitar y corregir abusos, derivados principalmente de situaciones de asimetría entre las partes que se reflejan en desequilibrios importantes en la estructura y ejecución del acuerdo.

Así por ejemplo, el Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference - DCFR*)<sup>4</sup> señala expresamente como principios fundamentales (*underlying principles*) a la libertad, la seguridad, la justicia y la eficiencia, agregando que la libertad contractual puede ser limitada para promover la justicia en el caso particular, como por ejemplo, cuando deban corregirse inequidades en el poder de negociación de las partes<sup>5</sup>. Por la misma razón, se advierte la preferencia por reglas flexibles, que integran criterios o conceptos como la “razonabilidad” o la “lealtad comercial”, los cuales necesariamente implican un mayor grado de libertad para los tribunales al momento de decidir un asunto<sup>6</sup>. A lo anterior se agrega la preferencia por el principio de conservación o preservación del contrato, que tal como se verá más adelante, ha influido en las reglas sobre formación del consentimiento, determinación del precio, nulidad y cambio sobrevenido de circunstancias entre otras<sup>7</sup>. Siguiendo el modelo del DCFR, la Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European Sales Law - CESL*)<sup>8</sup> señala también explícitamente en sus artículos 1 a 3 los principios en que se basa: libertad de contratación, buena fe contractual y cooperación.

<sup>3</sup> En este sentido, es útil recordar que el art. 1683 del Código Civil chileno autoriza al juez a declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato solo cuando el vicio aparece *de manifesto* en el acto o contrato, facultad que ha sido interpretada restrictivamente por la jurisprudencia. Al efecto, véase ALESSANDRI, Arturo (2010) *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, 3ª Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 510-534.

<sup>4</sup> VON BAR, C., CLIVE, E., y SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.) (2010) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: Sellier.

<sup>5</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 37, 42.

<sup>6</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 47.

<sup>7</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 49. Sobre el principio de conservación del contrato, véase KORNET, Nicole (2011). *Evolving General Principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles and Favor Contractus. Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2011/07*. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1756751> [fecha de visita 24 de noviembre de 2013]

<sup>8</sup> COM(2011) 635 final y COM(2011) 636 final, ambas de 11 de octubre de 2011.

El examen que se efectúa en este trabajo, tiene el objeto de demostrar la reformulación del rol del juez en el derecho de contratos moderno, cuya tendencia es a entregar mayores facultades a los tribunales para intervenir en el contenido del contrato, permitiendo la adaptación y preservación del negocio en orden a resguardar los intereses de ambas partes. Asimismo, se hará mención de aquellas situaciones en que tradicionalmente el juez ha cumplido un rol preponderante, como la declaración de nulidad o la resolución del contrato, las cuales pasan a ser una facultad de la parte afectada con el vicio o el incumplimiento, lo cual demuestra una mayor consideración por la satisfacción del interés de dicha parte.

Para efectos de entregar una visión amplia del derecho de contratos contemporáneo, se examinarán cinco instrumentos de derecho uniforme. Se incluyen las codificaciones doctrinales más destacadas a nivel internacional, esto es, los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (PICC)<sup>9</sup>, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*Principles of European Contract Law* - PECL)<sup>10</sup>, los cuales pueden considerarse como precursores en materia de armonización del derecho contractual a nivel internacional; y el más reciente Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR).

Debe destacarse que los PICC gozan de prestigio internacional y son aplicados no solo por tribunales arbitrales sino también por tribunales ordinarios de justicia, particularmente como reflejo de principios generales de la *lex mercatoria*, habiendo sido utilizados en este aspecto para complementar a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CVCIM) en materias no cubiertas por esta<sup>11</sup>. Al igual que la CVCIM, los PICC han sido considerados como modelo para la reforma del derecho de contratos a nivel doméstico<sup>12</sup>. Los PICC han sido revisados dos veces desde su primera edición en 1994, con una última versión publicada el año 2010. Asimismo, tanto los PECL como el DCFR son instrumentos de cita obligatoria en las obras de derecho contractual comparado moderno, entendiéndose que dan cuenta, en mayor o menor medida, del *ius commune* europeo en materia de derecho de contratos<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Disponibles en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> [fecha de visita 17 de enero de 2014]

<sup>10</sup> LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2000): *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (La Haya, Kluwer Law International) 561 pp; y LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2003): *Principles of European Contract Law, Part III*, (La Haya, Kluwer Law International) 291 pp.

<sup>11</sup> Así por ejemplo en *Scafom International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S.*; N° C.07.0289.N, sentencia de fecha 19 de junio de 2009, Corte de Casación de Bélgica, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> [fecha de visita 29 de marzo de 2010]

<sup>12</sup> VOGENAUER, Stefan (2009): "Introduction". En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-20, p. 17.

<sup>13</sup> Debido a la naturaleza del trabajo, no es posible exponer la abundante doctrina, tanto a favor como crítica, de la que han sido objeto dichos instrumentos. Para una visión crítica

El estudio incluye también dos instrumentos que tienen la pretensión de ser derecho vigente. En primer lugar, debido a su relevancia internacional y a su carácter de derecho vigente en Chile, también se hará referencia a la ya citada Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>14</sup>, advirtiendo desde ya que se trata de un instrumento más conservador en esta materia. La CVCIM constituye el instrumento más exitoso de unificación del derecho contractual habiendo sido ratificada por 78 países, incluido Chile<sup>15</sup>. Su aplicación ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, sirviendo como modelo para la modernización del derecho contractual tanto a nivel internacional como de derechos nacionales<sup>16</sup>. Por último, se incluye la mencionada Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea, que es el más reciente producto del proceso de armonización del derecho contractual europeo. Esta iniciativa implica la propuesta de un instrumento opcional, que forme parte del ordenamiento interno de cada estado miembro de la Unión Europea, en la forma de un “segundo régimen” de derecho contractual (en particular en materia de compraventa), idéntico en todos los estados miembros, al que las partes en transacciones transfronterizas puedan voluntariamente optar. En el ámbito material, se aplica a los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor (B2C) y a los contratos comerciales en que una de las partes sea una PYME<sup>17</sup>.

El objetivo es presentar una visión general del rol del juez en los referidos instrumentos, ya que un análisis detallado de cada una de las instituciones a que se hace referencia excedería con mucho los límites y objetivos de este trabajo.

## 2) LAS FACULTADES DEL JUEZ FRENTE AL CONTRATO

En los párrafos siguientes se examinan los diversos casos en que los instrumentos que se analizan confieren al juez facultades para intervenir

---

del DCFR, véase VOGENAUER (2010) “Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law”. *European Review of Contract Law* 2/2010, pp. 143-183.

<sup>14</sup> Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> [fecha de visita 17 de enero de 2014]

<sup>15</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html) [fecha de visita 17 de enero de 2014]

<sup>16</sup> Véase FERRARI, Franco (Ed.), (2008) *The CISG and its Impact in National Legal Systems*. Munich: Sellier, 489 pp.

<sup>17</sup> Para un examen detallado del proceso de armonización en la Unión Europea, véase MOMBORG, Rodrigo (2012): “El proceso de armonización del derecho de contratos en la Unión Europea”. En VÁSQUEZ, María y FERNÁNDEZ, José (Eds.): *Derecho mercantil internacional – La unificación del derecho privado*. Santiago: Abeledo Perrot – Thomson Reuters, pp. 529-542. Actualmente el texto de la CESL está siendo discutido en el Parlamento Europeo.

en el contrato. Asimismo, se mencionan las situaciones en que tradicionalmente se requería la intervención judicial para que produjesen efectos jurídicos, y que pasan ahora a ser resorte de la parte afectada.

## 2.1) EL JUEZ Y LA NULIDAD DEL CONTRATO

La regla en los sistemas de tradición romanista es que la nulidad contractual deba ser declarada judicialmente<sup>18</sup>. En el caso chileno, la doctrina tradicional y mayoritaria entiende que es necesaria una sentencia judicial que declare el acto como nulo. Antes de la declaración de nulidad por parte del juez, el acto o contrato produce todos sus efectos, los cuales solo desaparecerán a consecuencia del efecto retroactivo de la nulidad judicialmente establecida<sup>19</sup>.

La regla descrita no es la adoptada en los instrumentos que se analizan. Previo al análisis de las normas correspondientes, debe recordarse que el artículo 4 de la CVCIM excluye expresamente del ámbito de aplicación de la convención las materias referidas a la validez del contrato, por lo que dicho instrumento no contempla reglas generales en esta materia. La situación es distinta en los demás instrumentos. Así, en el caso de los PECL (art. 4:112), los PICC (art. 3.2.11), el DCFR (art. II.- 7:209) y la CESL (art. 52), para la nulidad por vicios del consentimiento, basta que la víctima del vicio notifique a la contraparte su intención de anular el contrato, sin que sea necesaria la intervención judicial. Se trata de un acto jurídico unilateral y recepticio, pero sin formalidades especiales<sup>20</sup>. Asimismo, la conducta inequívoca de una las partes de no entenderse vinculada por el contrato nulo, conocida por la otra, se asimila a la notificación<sup>21</sup>. En virtud del principio de buena fe, la notificación debería también justificar los motivos en que se basa la nulidad, de manera que la contraparte tenga la oportunidad de objetarla<sup>22</sup>. Por último, acorde con la preferencia por reglas flexibles o abiertas, no se estipula un periodo deter-

<sup>18</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna y MORALES, Antonio (2002) *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Ed. Civitas, p. 238.

<sup>19</sup> Por todos, véase ALESSANDRI, Arturo (2010) *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, 3ª Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. En contra, distinguiendo entre nulidad absoluta (que operaría de pleno derecho) y relativa (que requiere sentencia judicial), BARAONA, Jorge (2011) *La nulidad de los actos jurídicos: Consideraciones históricas y dogmáticas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.

<sup>20</sup> PFEIFFER, Thomas (2012): "Defects in consent". En SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, pp. 254-302, p. 286.

<sup>21</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 518; HUBER, Peter (2009): "Article 3.14". En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 469-470, p. 470

<sup>22</sup> En contra, Huber (2009) 470.

minado o fijo de tiempo para la notificación de la anulación del contrato, sino que se dispone que ella deberá hacerse dentro de un plazo razonable, contado desde que la parte víctima del vicio hubiera conocido o debido conocer los hechos relevantes o hubiera podido actuar libremente (arts. 3.2.12 PICC, 4:113 PECL y II.- 7:210 DCFR). Esta regla también difiere de la regulación contenida en los códigos tradicionales, en los cuales los periodos de prescripción de la acción de nulidad se encuentran precisamente determinados<sup>23</sup>. La CESL acoge la solución tradicional, al establecer en su art. 52 que la notificación de la anulación solo surtirá efecto si se realiza en el plazo de seis meses para el caso de error y de un año para el caso de dolo, amenazas y explotación injusta, contados desde la fecha en que la parte afectada haya tenido conocimiento de las circunstancias relevantes o haya podido actuar libremente.

Razones de eficiencia económica y procesal fundamentan estas reglas. Al efecto, se busca proteger los intereses de la parte afectada por la nulidad, de manera que no deba esperar la tramitación de un proceso judicial para poder desligarse del contrato. Las normas citadas permiten concluir que para estos casos, la nulidad no opera de pleno derecho, sino que necesariamente requiere la actividad de la parte afectada<sup>24</sup>.

Lo anterior no obsta a que el juez sea llamado a intervenir con posterioridad, como puede presumirse que sucederá habitualmente, cuando la parte que ha sido notificada de la anulación del contrato, alegue la improcedencia de la nulidad con el fin de mantener vigente el acuerdo. Asimismo, el juez deberá intervenir si no existe acuerdo entre las partes respecto de los efectos de la nulidad, especialmente cuando se hayan cumplido en todo o parte las contraprestaciones, ya que a diferencia de la resolución, la nulidad opera con efecto retroactivo (arts. 4:115 PECL, 3.2.14 PICC, II.-7:212 DCFR y 54 CESL). Por último, la parte con derecho a anular el contrato, puede demandar perjuicios a su contraparte, si esta sabía o debía saber del vicio que invalidaba el contrato, perjuicios que naturalmente deberán ser regulados por el juez (arts. 4:117 PECL, 3.2.16 PICC, II.-7:214 DCFR y 55 CESL). Por estas razones, alguna doctrina extranjera se ha mostrado escéptica respecto a la verdadera utilidad de la facultad unilateral de anular el contrato, arguyendo que en la práctica la intervención del juez se producirá frecuentemente al tener que resolver los conflictos que surjan con posterioridad entre las partes<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Véase VALPUESTA, Eduardo (2011): "Libro II. Contratos y otros actos jurídicos". En VALPUESTA, Eduardo (Coord.) *Unificación del derecho patrimonial europeo*. Barcelona: Bosch, p. 140.

<sup>24</sup> Ello impide por tanto la declaración de nulidad de oficio por parte del tribunal. HUBER (2011) 469. Se ha seguido en esta materia al derecho alemán (§143 BGB) y al holandés (art. 3:49 BW), entre otros.

<sup>25</sup> WITZ, Claude (2013): "Le rôle du juge dans le codifications doctrinales internationales du droit des contrats". En JUNG, Peter (ed.): *Richterliche Eingriffe in den Vertrag*. München, Sellier, pp. 27-41, p. 33

Sin embargo, el papel del juez ha sido incrementado en otros aspectos de la nulidad, no presentes en la regulación clásica de la misma. Vinculado con el principio de conservación del contrato, las codificaciones doctrinales permiten al juez decretar distintas medidas en relación con los efectos de la nulidad. Tradicionalmente, el efecto de la nulidad es que el contrato queda sin efecto, debiendo las partes ser restituidas al estado al que se encontraban antes de la celebración del contrato nulo<sup>26</sup>.

Así, los instrumentos analizados otorgan mayores alternativas (y por tanto facultades) al juez para evitar la extinción del contrato y satisfacer de manera adecuada los intereses de las partes, o al menos de aquella que fue víctima del vicio. La idea es que la parte afectada no se vea perjudicada con la nulidad del contrato, de modo que si su interés es mantener el contrato, pero modificado, el juez pueda intervenir en dicho sentido.

La primera diferencia con la regulación tradicional de la nulidad está dada por la aceptación expresa de la nulidad parcial, en el sentido que si la nulidad afecta solo a determinadas cláusulas, sus efectos se limitarán exclusivamente a dichas estipulaciones, subsistiendo el contrato en lo demás, a menos que por las circunstancias del caso, ello no sea razonable (arts. 4:116 PECL, 3.2.13 PICC, II.- 7:213 DCFR y 54(2) CESL). En principio, las cláusulas declaradas nulas deberán ser sustituidas por el derecho dispositivo aplicable, de manera que la intervención del juez será muy limitada. Sin embargo, puede ocurrir que la materia no se encuentre regulada por las normas dispositivas, caso en el cual el juez deberá recurrir a otros criterios para la integración del contrato, lo cual implica necesariamente reconocerle mayores facultades para la adaptación del mismo<sup>27</sup>.

Además, los instrumentos que se analizan contemplan hipótesis que facultan expresamente al juez a intervenir en el contenido del contrato que adolece de nulidad. Así, en caso de error común a ambos contratantes, los PECL (art. 4:105) y el DCFR (art. II.- 7:203(3)), señalan que el juez puede, a petición de cualquiera de las partes, adaptar el contrato a lo que razonablemente se hubiese acordado, de no haberse cometido el error<sup>28</sup>. Esta norma, que responde al principio de conservación del contrato, es extraña a la regulación clásica del error como vicio del consentimiento, en que como se dijo por regla general la sanción al error es la nulidad del contrato. Para acceder a la adaptación del contrato, en este caso el juez no solo deberá establecer lo que las partes habrían razonablemente acordado de no haberse producido el error, sino también analizar si la

<sup>26</sup> ALESSANDRI (2010).

<sup>27</sup> Al respecto, véase MOMBERG, Rodrigo (2013): "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato". *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, V. XXVI, No. 1, julio 2013, pp.9-27.

<sup>28</sup> Los PICC y la CESL no contemplan una norma similar, por lo que aun en caso de error común, la sanción será la anulabilidad del contrato.

ejecución del contrato es posible para las partes, atendida su situación al momento en que se pretende adaptar el acuerdo<sup>29</sup>. Asimismo, el principio de conservación del contrato se manifiesta en la regla que dispone que en el caso que una de las partes tuviese derecho a anular el contrato por causa de error, si la otra indica que está dispuesta a cumplir o cumple el contrato tal como este había sido entendido por la parte facultada para anularlo, se deberá considerar que el contrato ha sido concluido de la manera en que la parte facultada para anularlo lo entendió (art. 4:105(1) PECL).

Los instrumentos que se comentan contemplan también, dentro de los vicios del consentimiento, el denominado abuso de posición dominante (también llamado beneficio excesivo, ventaja injusta o explotación injusta) en los arts. 4:109 PECL, II.- 7:207 DCFR, 51 CESL, 3.2.7 PICC, figura que no está regulada en el CC chileno y que solo podría relacionarse con la admisión limitada de la lesión enorme. La situación es similar en códigos como el francés y el español, aunque códigos civiles del siglo XX como el italiano de 1942 (arts. 1147 y 1148) y el portugués de 1966 (arts. 282 y 2830) admiten la resolución del contrato celebrado en estado de peligro o necesidad<sup>30</sup>. Esta figura esencialmente sanciona los beneficios o ventajas excesivos que se generan para una parte con la celebración del contrato, por el aprovechamiento de la situación de desventaja económica, social o moral de la otra. Las reglas que rigen la materia deben entenderse como complementarias de las normas que regulan las cláusulas abusivas en los mismos instrumentos, ya que se aplican a todo tipo de contratos (y no solo a aquellos de adhesión) y permiten además ejercer control sobre las estipulaciones que constituyen el objeto principal del contrato, las que en principio no pueden ser examinadas bajo la normativa de las cláusulas abusivas<sup>31</sup>.

Los comentarios de los PECL y el DCFR dejan claro que se trata de una excepción a la fuerza obligatoria del contrato, y por tanto, de aplicación restringida<sup>32</sup>. Para que opere se requiere que 1) una de las partes se encuentre en una situación de desventaja, 2) que la otra se aproveche a sabiendas, o no pudiendo menos que saber, de dicha desventaja, y 3) que se produzca para ella un beneficio excesivo o una ventaja notablemente injusta con la celebración del contrato.

El artículo 3.2.7 PICC, que regula la materia bajo el título de “*Excesiva desproporción*”, si bien refleja la misma idea, pone énfasis en el aspecto objetivo de la relación, es decir, la ventaja excesiva que se genera para uno de los contratantes, evidenciada generalmente en un desequilibrio

<sup>29</sup> DE LA MAZA, Íñigo (2007): “Libertad y seguridad: el tratamiento del error en los principios de derecho contractual europeo”. *Revista Chilena de Derecho*, v. 34, No. 3, pp. 495-515.

<sup>30</sup> DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (2002) 233, 234.

<sup>31</sup> PFEIFFER (2012) 277-278.

<sup>32</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 507.

fundamental en las contraprestaciones, mencionando luego solo como ejemplo de factores a considerar, la calidad de parte desventajada de uno de los contratantes y la naturaleza y finalidad del contrato<sup>33</sup>.

Con excepción del artículo 51 de la CESL, que solo autoriza la nulidad del contrato, el resto de las normas señalan que tanto la parte afectada como la aventajada pueden solicitar al juez que adapte el contrato según lo que se hubiera acordado en caso de haberse respetado las exigencias de la buena fe y la lealtad comercial al momento de contratar. Esta solución busca satisfacer los intereses de las partes, especialmente los de aquella que ha sufrido el abuso, los cuales muchas veces se satisfacen no con la nulidad del acuerdo sino con su preservación en términos justos. Los comentarios de los PECL y el DCFR señalan expresamente que en uso de esta facultad, el juez puede sustituir los términos abusivos del contrato por “estipulaciones justas”, lo cual va más allá de tan solo declarar la nulidad parcial de una o más cláusulas, como sucede en el caso de las cláusulas abusivas, ya que en este caso existe una autorización expresa al juez para integrar el contrato<sup>34</sup>.

Finalmente, otra situación en que se faculta al juez a intervenir en el contenido del acuerdo, es el caso de nulidad por infracción de normas imperativas (arts. 15:102 PECL, 3.3.1 PICC y II.-7:302 DCFR). En Chile, la sanción para este caso es la nulidad absoluta, por objeto ilícito, sin que el juez tenga facultad alguna para mantener el contrato vigente, modificando su contenido (arts. 10, 1466, y 1682 del CC). Esta es la regla también en otras codificaciones tradicionales como la española, donde se ha resaltado que las normas del derecho uniforme difieren “notablemente” de las contenidas en el Código Civil<sup>35</sup>.

Los instrumentos referidos toman una posición más pragmática respecto a los efectos que produce la contravención de dichas normas. En primer lugar, deberá estarse a la sanción que disponga la norma infringida. Si la norma no señala nada, el juez tiene amplios poderes para declarar el contrato válido, declararlo nulo o modificar su contenido o efectos. Así, los Comentarios al DCFR señalan que el juez podrá determinar que el contrato sea exigible por una sola de las partes, o eximir el cumplimiento total o parcial de las obligaciones estipuladas<sup>36</sup>. Las normas citadas otorgan al juez ciertos parámetros generales para decidir el futuro del contrato: la decisión debe ser apropiada y proporcional a la infracción cometida, tomando en cuenta circunstancias como el objeto de la norma

<sup>33</sup> Comentario oficial, p. 110; DU PLESSIS, Jacques (2009): “Art. 3.10”. En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press pp. 449-456, p. 452.

<sup>34</sup> LANDO y BEALE (2000) 263; VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 509.

<sup>35</sup> VALPUESTA (2011) 142.

<sup>36</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 541.

infringida, las personas a la que la norma pretende proteger y la seriedad e intencionalidad de la infracción.

## 2.2) EL JUEZ Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

En línea con lo referido respecto de la declaración de nulidad del contrato, tradicionalmente se ha exigido en Chile que la resolución sea declarada judicialmente. Aun a falta de norma expresa en el Código Civil, la doctrina clásica es uniforme en cuanto a exigir la intervención del juez para el caso que el acreedor, ante el incumplimiento de su contraparte, desee poner término a la relación contractual<sup>37</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, una parte de la doctrina contemporánea ha argumentado en contra de esta alternativa<sup>38</sup>.

Esta regla ha sido abandonada en codificaciones modernas, como el Código Civil portugués (art. 436 I) y el holandés (art. 6:267), que otorga al acreedor la facultad de decidir si ejercita la resolución de manera judicial o extrajudicial. En España, si bien el Código Civil puede incluirse dentro de la solución tradicional, la jurisprudencia ha admitido que la facultad resolutoria pueda ejercitarse no solo por vía judicial sino también por medio de una declaración extrajudicial dirigida al contratante incumplidor<sup>39</sup>.

Lo mismo sucede en los instrumentos que se examinan, en los cuales se faculta al acreedor a poner término al contrato en caso de incumplimiento de la contraparte, satisfechos los requisitos correspondientes. Así, en el caso de la CESL, tanto el comprador como el vendedor tienen derecho a resolver el contrato en caso de incumplimiento esencial de su contraparte, derecho que se ejerce mediante la notificación a la parte incumplidora (arts. 114 a 119 y 134 a 139). Reglas similares contienen los PECL (arts. 9:301 a 9:309), los Principios UNIDROIT (arts. 7.3.1 a 7.3.7), el DCFR (III.- 3:501 a III.- 3:514) y la CVCIM (arts. 26, 49, 64 y 81).

Tal como se indicó para la nulidad por vicios del consentimiento, la notificación de la resolución es un acto unilateral y recepticio. El acreedor deberá notificar su decisión de resolver el contrato dentro de un término razonable desde que supo o debió saber del incumplimiento, bajo pena

<sup>37</sup> Por todos, reconociendo los problemas de la resolución judicial, véase ABELIUK (2001) *Las Obligaciones*, 4ª Edición actualizada y aumentada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 473 y 474. Señalando los inconvenientes de su regulación en el Código Civil chileno como condición y no como efecto del incumplimiento, véase PEÑAILILLO (2003) *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 392-419. Un análisis crítico en ELORRIAGA, Fabián (2013): "Las dificultades de los remedios por incumplimiento contractual en la experiencia chilena". En MONDACA, Alexis y AEDO, Cristian (Coord.): *Nuevos Horizontes del Derecho Privado*. Santiago: Librotecnia, pp. 385-419, p. 407.

<sup>38</sup> PIZARRO, Carlos (2007) "¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?". *Ius et Praxis*, 13 (1), pp. 11-28.

<sup>39</sup> DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (2002) 361, 362.

de perder su derecho (art. 9:303 PECL, art. 7.3.2 PICC, art. III.- 3:508 DCFR, art. 119 CESL, arts. 49 y 64 CVCIM).

Parece razonable otorgar al acreedor la facultad de resolver el contrato sin necesidad de recurrir al juez. La regla contraria no es coherente con los intereses que deben protegerse ante el incumplimiento, que son primordialmente los del acreedor. El requerir la intervención judicial para resolver el contrato, pone al deudor en una situación privilegiada, ya que simplemente le basta mantener su inactividad (incumplimiento) para evitar cualquier tipo de consecuencia derivada de la misma. Asimismo, el acreedor deberá recurrir al juez para poder terminar una relación contractual que ya no sirve a sus intereses, sin que pueda formalmente desligarse de ella hasta que el juez así lo declare. Estas razones respaldan que la facultad de resolver el contrato se entregue al acreedor y no quede sujeta a un procedimiento judicial que la mayoría de las veces solo beneficiará al deudor<sup>40</sup>.

Por cierto, al igual que en el caso de la nulidad, esta regla no evita en todo caso la intervención judicial. Así sucederá cuando el deudor impugne la resolución por estimar que no existió incumplimiento esencial o cuando exista disputa entre las partes respecto de los efectos de la resolución, es decir, las restituciones que mutuamente se deban y la eventual indemnización de perjuicios que deba satisfacer la parte incumplidora.

La eventual relevancia de la intervención del juez en esta etapa queda de manifiesto al examinar las normas que regulan las restituciones mutuas y la indemnización de perjuicios, las cuales otorgan una discrecionalidad importante al tribunal<sup>41</sup>. Así, el art. 7.4.3 de los PICC dispone que si la cuantía de la indemnización no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a la discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento. Por su parte, el art. 176 de la CESL establece que la obligación de restituir o indemnizar para el caso de resolución o nulidad del contrato, podrá ser modificada cuando su ejecución sea notoriamente inequitativa. Los arts. 4:115 PECL y 3.2.15(4) PICC también permiten que cuando no sea posible la restitución en especie, el juez podrá disponer una compensación en dinero, siempre que ello sea razonable.

### 2.3) EL JUEZ Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Un nuevo ámbito de intervención judicial está dado por el control que los tribunales pueden ejercer sobre las cláusulas abusivas, las cuales se definen en general como aquellas que no habiendo sido negociadas

<sup>40</sup> Véase ELORRIAGA (2013).

<sup>41</sup> V. MCKENDRICK, Ewan (2009): "Article 7.4.3". En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 880-884, p. 882.

individualmente, es decir, habiendo sido impuestas por una de las partes sin que la otra pudiese influir en su contenido, causan en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento de la parte desventajada, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato (art. 4:110 PECL, arts. II.-9:403 a II.- 9:405 DCFR y arts. 83 y 86 CESL). Por su parte, los PICC no contemplan una regulación general de las cláusulas abusivas, salvo algunos aspectos específicos en materia de formación del contrato, relativos a la “*contratación con cláusulas estándar*” (arts. 2.1.19 a 2.1.21). La CVCIM en cambio no contiene normas especiales en esta materia.

Tradicionalmente, la regulación de las cláusulas abusivas ha sido limitada a contratos de consumo, lo cual sigue siendo la regla general a nivel de ordenamientos nacionales, donde la materia se regula mediante legislación especial, sin que se haya incorporado a los códigos civiles.<sup>42</sup> Sin embargo, la tendencia es a incluir los contratos celebrados entre comerciantes o profesionales, aun cuando exigiendo requisitos más estrictos para la determinación de la abusividad de una determinada estipulación. Así sucede en el caso del DCFR (arts. II.-9:404 y II.- 9:405) y la CESL (art. 86). En cambio, los PECL regulan la materia en una norma común tanto para contratos con consumidores y como para contratos celebrados entre profesionales (art. 4:110).

Los instrumentos analizados no son conformes en cuanto a la forma en que se producen los efectos de las cláusulas abusivas. En particular, en cuanto al rol del juez, el art. 4:110 de los PECL otorga a la parte perjudicada por la cláusula la facultad de anular la cláusula notificando su voluntad a la otra (la redactora). Es decir, no se requiere la intervención del juez para decretar la nulidad de la estipulación. El DCFR, art. II.- 9:408 por su parte señala que, de pleno derecho (automáticamente) la cláusula no es vinculante para la parte a la que se le impuso. De manera similar, la CESL indica en su artículo 79 que las cláusulas abusivas incorporadas por una de las partes, no serán vinculantes para la otra. No hay necesidad entonces ni de notificación ni de intervención judicial.

La sanción estipulada en el DCFR y la CESL se basa en la normativa europea contenida en la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Debe destacarse que la Corte Europea de Justicia ha fallado en reiteradas oportunidades que dicha norma debe interpretarse en el sentido que el juez nacional puede actuar de ofi-

<sup>42</sup> Así sucede por ejemplo en Chile con la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC), en Francia con el Code de la *consommation* y en España con el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

cio para decretar la abusividad de una cláusula, sin que sea necesario que el consumidor afectado lo requiera expresamente<sup>43</sup>.

Los citados instrumentos estipulan que si el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva, se mantiene vigente en sus demás estipulaciones (arts. 4:116 PECL, II.- 9:408 (2) DCFR, y 79.2 CESL). Se trata entonces de casos de nulidad parcial, que permiten que la parte afectada por la cláusula abusiva pueda aun aprovecharse de los beneficios derivados del contrato. Sin embargo, no hay referencia a la posibilidad para el juez de integrar el contrato, de manera que pueda suplir la cláusula abusiva que ha sido excluida por otra que considere más adecuada para la situación particular. Debe recordarse además que los instrumentos referidos excluyen del control judicial a las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato (arts. 4:110(2) PECL, II.- 9:406(2) DCFR, 80(2) y (3) CESL).

Este problema ha sido planteado en Chile y en derecho comparado, argumentándose la necesidad de otorgar al juez la facultad de integrar el contrato con el objeto de proteger las expectativas razonables y el interés de la parte afectada por la cláusula abusiva<sup>44</sup>. Debe recordarse que en Chile los artículos 16 y 16A de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC) establecen que el efecto jurídico de la declaración de abusividad de una cláusula es su nulidad<sup>45</sup>. Tal como en el caso de los instrumentos referidos, se trata de un caso expreso de nulidad parcial, en el sentido que, en principio, la nulidad afecta solo a la o las cláusulas respectivas, pero no al contrato, el cual sigue siendo válido y surtiendo efectos según sus demás estipulaciones. Excepcionalmente, para el caso de productos o servicios financieros, el art. 17E de la LPDC autoriza al juez a adecuar las cláusulas que infrinjan el art. 17B de la misma ley.

Sin perjuicio de la posibilidad de otorgar al juez la facultad de integrar el contrato una vez declarada una cláusula como abusiva, debe reconocerse que, previo a dicha cuestión, el juez posee amplias facultades para determinar si una cláusula debe considerarse como abusiva. Ello porque el concepto de cláusula abusiva señalado en los instrumentos analizados, necesariamente implica entregar al juez un poder de discreción relativamente amplio para determinar, en el caso concreto, si una cláusula contractual resulta o no abusiva. Así, los ya citados artículos 4:110 PECL,

<sup>43</sup> Por ejemplo, 27 de junio 2000, Casos conjuntos C-240/98 a C-244/98, *Oceano Grupo Editorial*; 4 de junio 2009, Case C-243/08, *Pannon GSM*; 9 noviembre 2010, Case C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*.

<sup>44</sup> Al efecto, véase MOMBERG (2013) 9-27.

<sup>45</sup> El artículo 16A de la LPC establece que “Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, este subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”.

II.- 9:403, II.- 9:404 y II.- 9:405 DCFR, y 83 y 86 CESL hacen referencia a la buena fe, la lealtad comercial, la naturaleza del contrato y las circunstancias de su celebración como criterios que el juez debe utilizar para establecer la abusividad de una cláusula. Se trata de conceptos generales o abiertos, que ineludiblemente deben ser precisados por el tribunal para su aplicación al caso concreto.

## 2.4) EL JUEZ Y LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Un ámbito importante de intervención judicial en los instrumentos estudiados está constituido por las facultades que se le conceden a los tribunales para complementar la voluntad de las partes, mediante la integración del contrato respecto de materias no reguladas o acordadas por los contratantes.

En general, tradicionalmente se exige que para que un contrato se entienda perfeccionado, debe existir acuerdo entre las partes mediante la aceptación pura y simple de la oferta que una ha hecho previamente a la otra<sup>46</sup>. Se trata de la denominada regla o doctrina del espejo, en virtud de la cual la aceptación debe constituir un reflejo exacto de la oferta. Además, este acuerdo debe al menos incluir los elementos esenciales del contrato que se trate, ya que ellos no pueden ser suplidos mediante el derecho dispositivo, ni en principio tampoco por un tercero ajeno al negocio. Al efecto, en Chile se ha sostenido que la aceptación debe constituir adhesión total a la oferta, de manera que todos los puntos que contenga la oferta deben considerarse esenciales, aun cuando recaigan en elementos accidentales del contrato u otros de menor importancia. De esta manera, si la aceptación no constituye adhesión total a la oferta, no ha habido aceptación jurídicamente válida y el contrato no se ha formado<sup>47</sup>.

Estas reglas han sido morigeradas en los instrumentos que se analizan, en los cuales se acepta que la oferta pueda ser incompleta, o que las partes puedan dejar para el futuro el acuerdo o la determinación de ciertas estipulaciones o materias del contrato. Así, el art. 2.1.2 de los PICC señala que una propuesta será considerada oferta si es “suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”, norma que reproduce literalmente el art. 14(1) de la CVCIM. Ello ha sido interpretado en el sentido que basta una determinación mínima de los términos del contrato, ya que lo esencial es la

---

<sup>46</sup> El art. 101 del Código de Comercio chileno dispone que “Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente”.

<sup>47</sup> LEÓN, Avelino (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 66, 67.

intención de las partes de quedar obligadas por el mismo<sup>48</sup>. El art. 2.1.14 PICC confirma esta interpretación, ya que expresamente permite que las partes dejen para el futuro el acuerdo sobre algunos de los términos del contrato, incluso referidos a elementos esenciales como la descripción de las mercaderías o el precio. Existe por tanto una presunción de haberse celebrado el contrato, aun cuando formalmente el acuerdo esté incompleto, lo cual es reflejo del principio general de preservación del contrato<sup>49</sup>. La norma señala incluso que, si posteriormente no es posible para los contratantes llegar a un acuerdo sobre las cláusulas pendientes, no se produce necesariamente la terminación del contrato si existen medios alternativos que permitan suplir la estipulación por la que aparezca razonable según las circunstancias, considerando la intención de las partes.

Los demás instrumentos que se analizan contemplan normas similares. Así, los PECL también requieren para la perfección del contrato que las partes tengan la intención de obligarse y que hayan llegado a un “acuerdo suficiente” (art. 2:101), agregando que la suficiencia del acuerdo implica que los términos del contrato hayan sido definidos de manera de permitir su exigibilidad, o que puedan determinarse aplicando los mismos PECL (art. 2:103). Lo último implica en la práctica que algunas cláusulas puedan quedar pendientes para ser definidas con posterioridad por las partes o un tercero. Por su parte, el DCFR contiene normas similares (arts. II.- 4:101 y II.- 4:103), agregando que el acuerdo se considera “suficiente” si los términos acordados permiten dar efecto al contrato o bien si los derechos y obligaciones de las partes pueden determinarse adecuadamente por otros medios. Los comentarios agregan que el parámetro no es exclusivamente la determinación del objeto o precio del contrato, sino uno más amplio, en el sentido que pueda considerarse que el acuerdo, desde una perspectiva integral, es suficiente para dar efecto al contrato<sup>50</sup>. La CESL contiene reglas en principio más estrictas, ya que requiere como requisitos de la oferta y para la celebración del contrato que tengan el contenido y la certeza suficientes para que exista contrato o se le dote de efecto jurídico (art. 30 y 31). Sin embargo, se ha dicho que se trata más bien de una diferencia terminológica que de fondo<sup>51</sup>.

Comentando la normativa de los PECL, se ha dicho que refleja una concepción del contrato más cercana a la del *Common law* que a la de los códigos civiles derivados del modelo francés, en particular porque no se

<sup>48</sup> KLEINHEISTERKAMP, Jan (2009): “Article 2.1.14”, En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 293-298, p. 234.

<sup>49</sup> KLEINHEISTERKAMP (2009) 295.

<sup>50</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 278.

<sup>51</sup> TERRY, Evelyne (2012): “Conclusion of contract”. En SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, pp. 179-208, p. 186.

exigen como requisitos de existencia del contrato ni el objeto ni la causa<sup>52</sup>. Efectivamente, los instrumentos que se analizan no exigen la concurrencia de elementos esenciales sobre los que deba recaer el consentimiento, basta para que se constituya el contrato que el acuerdo de las partes sea susceptible de ser ejecutado.

Lo relevante para este estudio es que las normas referidas admiten, aunque sea implícitamente, que con posterioridad al nacimiento del contrato, un tercero (eventualmente el juez) pueda intervenir en su contenido. En los casos mencionados, esta intervención implica suplir la voluntad de las partes en aquellos aspectos del negocio que quedaron pendientes de acuerdo al celebrarse el contrato.

En concordancia con las reglas anteriores, los instrumentos referidos contemplan reglas sobre la denominada integración del contrato, interpretación suplementaria o términos implícitos (*implied terms*). Así lo regulan los arts. 6:102 PECL, II.- 9:101 DCFR, 4.8, 5.1.1 y 5.1.2 PICC y 68 CESL. La CVCIM en cambio solo contempla en su art. 8 reglas sobre interpretación del contrato en su sentido amplio, aun cuando la doctrina ha entendido que dicho precepto puede también utilizarse para suplementar la voluntad de las partes<sup>53</sup>. En general, las reglas citadas permiten que el juez intervenga en el contrato supliendo la voluntad de las partes cuando existen lagunas en el contrato, que no puedan ser llenadas recurriendo al acuerdo expreso o tácito de las partes, las normas dispositivas o los usos y costumbres<sup>54</sup>. Se trata de situaciones o materias que no fueron reguladas por las partes, pero que resultan necesarias para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el correcto funcionamiento del contrato en general.

La integración del contrato, es decir, la determinación del contenido de la cláusula que se ha omitido, debe hacerse en base a la intención de las partes, esto es, tomando en cuenta las demás cláusulas del contrato, las negociaciones previas, la conducta posterior de las partes y otras circunstancias relevantes, como por ejemplo, la existencia de contratos similares entre ellas. Asimismo, deberá considerarse la naturaleza del contrato, la buena fe y la lealtad comercial. Estos criterios no son exhaustivos, sin que tampoco exista un orden de prelación entre ellos<sup>55</sup>. En particular, respecto de las normas contenidas en los PECL y el DCFR, se ha expresado que ellas acogen una posición intermedia entre la doctrina anglosajona de los “*implied terms*”, enfocada hacia la voluntad de los contratantes, y la tra-

<sup>52</sup> Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (2002) 172-177.

<sup>53</sup> VOGENAUER, Stefan, (2009b): “Article 4.8”. En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp., 534, 539, p. 535.

<sup>54</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 577-578, LANDO y BEALE (2000) 302-303.

<sup>55</sup> VOGENAUER (2009b) 538, 539.

dición continental, que otorga mayor relevancia a elementos externos y objetivos como la buena fe o la naturaleza del contrato<sup>56</sup>.

Tanto el art. II.- 9:101 del DCFR como el art. 68 de la CESL señalan que la cláusula o término que se supla por el juez, debe en lo posible reflejar lo que las partes probablemente hubiesen acordado de haber previsto la materia. En este sentido, no procede que el juez reescriba el contrato, por ejemplo, alterando el equilibrio entre las prestaciones y contraprestaciones acordadas por la partes, o extendiendo su aplicación más allá de lo estipulado por los contratantes<sup>57</sup>.

En todo caso, la integración judicial del contrato es subsidiaria en un doble sentido: solo procede cuando las lagunas del contrato no pueden ser suplidas a través de los demás medios previstos en el mismo contrato o en las normas aplicables; y además, solo cuando es estrictamente necesaria para la ejecución del acuerdo<sup>58</sup>.

En relación con esta materia, especial mención requieren las normas sobre determinación del precio del contrato. Tradicionalmente se exige que el precio sea determinado de común acuerdo por las partes, o por un tercero designado por las partes. En Chile, así lo indican los arts. 1808 y 1809 del CC, sin perjuicio de lo que establece el art. 139 del Código de Comercio para las compraventas mercantiles<sup>59</sup>. La doctrina nacional está también acorde en este punto, señalando que no estando las partes de acuerdo en el monto del precio o en la manera de determinarlo, no hay venta<sup>60</sup>. En concreto, la sanción, en caso que el precio sea indeterminado o se deje al arbitrio de una de las partes es la inexistencia del contrato de venta, o al menos su nulidad absoluta según lo prescribe el art. 1682 del CC. La doctrina tradicional niega expresamente la posibilidad que sea el juez quien fije el precio cuando las partes no lo han determinado ni han fijado medios para su determinación, ya que se trata de una facultad privativa de las partes que no puede ser suplida por el tribunal<sup>61</sup>. En los

<sup>56</sup> Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (2002) 271-273; BLANDINO, María (2012): “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”. En VAQUER, Antoni, BOSCH, Esteve y SÁNCHEZ, María Paz (Coords.) Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia, T.1. Barcelona: Atelier, p. 578.

<sup>57</sup> VOGENAUER (2009b) 539.

<sup>58</sup> Véase VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 578.

<sup>59</sup> Art. 139 del Código de Comercio: “No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo; pero si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato. Habiendo diversidad de precios en el mismo día y lugar, el comprador deberá pagar el precio medio. Esta regla es también aplicable al caso en que las partes se refieran al precio que tenga la cosa en un tiempo y lugar diversos del tiempo y lugar del contrato”.

<sup>60</sup> Por todos, véase ALESSANDRI, Arturo (2011): *De la compraventa y de la promesa de venta*, T.1, V.1. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 245-295.

<sup>61</sup> ALESSANDRI (2011) 290-291. El juez sólo podría determinar el precio si las partes, al celebrar el contrato, lo han facultado para ello.

códigos civiles de tradición romanista, la situación es similar, exigiéndose que el precio esté determinado en el contrato o pueda determinarse conforme a él<sup>62</sup>. Así sucede por ejemplo en el caso español (art. 1447 del Código Civil) y francés (art. 1591)<sup>63</sup>.

Sin embargo, los instrumentos de derecho contractual contemporáneo adoptan una posición más cercana a los países germánicos y del *common law*, en virtud de la cual el precio puede quedar indeterminado el momento de la celebración del contrato. En estos casos, y solo después de haber agotado las posibilidades de determinarlo por medio de la interpretación de las cláusulas del contrato, puede recurrirse a los criterios que señalan las normas pertinentes para evitar la ineficacia del contrato. Así, el art. 6:104 de los PECL señala que en ese caso debe presumirse que han acordado un precio razonable. Los arts. II.-9:104 del DCFR, 5.1.7(1) de los PICC, 73 de la CESL, y 55 CVCIM, señalan que el precio se fijará de acuerdo al que normalmente se cobraría en circunstancias semejantes al momento de celebrarse el contrato, agregando (salvo la CVCIM) la razonabilidad como criterio subsidiario de determinación. Es decir, en primer lugar deberá estarse a un precio de mercado y solo si tal precio no es posible de determinar, podrá fijarse un “precio razonable”. Es importante destacar que se trata de un precio objetivo, no necesariamente el que se cobra generalmente por el vendedor en otras transacciones similares<sup>64</sup>. Los Comentarios de los PICC señalan expresamente que la solución se inspira en el art. 55 de la CVCIM, constituyendo una regla que tiene la flexibilidad suficiente para adaptarse a las necesidades del comercio internacional<sup>65</sup>. Aun cuando las normas no lo señalan expresamente, el naturalmente llamado a determinar el precio en tales supuestos es el juez. Así además lo expresan los comentarios de los PECL, los cuales fundamentan la norma en el principio de conservación del contrato, desechando su ineficacia a través de la facultad del juez de fijar el precio.

El requisito esencial para la aplicación de las normas referidas es que las partes hayan tenido la intención de celebrar el contrato en el cual, por alguna razón, el precio no fue fijado o no puede determinarse a partir de las cláusulas del contrato<sup>66</sup>. Así puede suceder cuando por la oportunidad del negocio, las partes den comienzo a su ejecución sin haber determi-

<sup>62</sup> Véase DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES (2002) 279, quienes los califican en esta material de una “notable rigidez”.

<sup>63</sup> Sin perjuicio de la morigeración de la doctrina tradicional para el caso de contratos marco en materia de distribución y franquicias, de acuerdo a los fallos de la Asamblea Plenaria de la *Cour de Cassation* de fecha 1.12.1995. Al efecto, véase TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE (2009): *Droit Civil. Les obligations*. Paris: Dalloz, pp. 301-309.

<sup>64</sup> BLANDINO (2012) 603.

<sup>65</sup> Comentario oficial, p. 157.

<sup>66</sup> DI MATTEO *et al.* (2005): *International Sales Law. A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 57-59.

nado un precio final. La idea es preservar el contrato, aun cuando de sus términos expresos no sea posible determinar un elemento esencial del mismo como el precio<sup>67</sup>. Al contrario, la norma no se aplica cuando las partes, pese a haber discutido la materia, no fueron capaces de convenir el precio, es decir, cuando existió desacuerdo en relación con su monto. En este caso se entiende que no hubo intención de quedar obligados por el contrato, de manera que no cabe la intervención de un tercero para la fijación del precio<sup>68</sup>.

Asimismo, los arts. PECL 6:105, 5.1.7(2) PICC, II.- 9:105 DCFR y 74 CESL, autorizan que el precio sea fijado unilateralmente por una de las partes, cuestión que también es objetada en nuestro ordenamiento jurídico<sup>69</sup>. Para evitar abusos, dichas normas permiten que en caso que la determinación unilateral del precio sea notablemente irrazonable, el juez deberá fijar uno que responda al criterio de razonabilidad<sup>70</sup>. La norma se aplica esencialmente a contratos entre comerciantes, ya que si se trata de contratos de consumo, la cláusula que autoriza la fijación unilateral del precio por parte del proveedor se presume abusiva<sup>71</sup>. La misma regla existe para el caso que el precio sea determinado por un tercero (art. 6:106 PECL, 5.1.7(3) PICC, II.- 9:106 DCFR y art. 75 CESL). Además, según las referidas normas, en caso que el tercero designado no pueda o no acepte el encargo, se presume que las partes han autorizado al juez para designar otra persona que determine el precio.

Por último, el juez también puede intervenir en el precio cuando el índice o factor en relación al cual debe determinarse el precio, ha dejado de existir o de ser accesible (arts. 6:107 PECL, 5.1.7(4) PICC, II.- 9:107 DCFR). En este caso, dicho índice debe substituirse por uno similar o afín, pero en caso que ello no sea posible, se podrá substituir el precio por uno razonable, correspondiendo nuevamente dicha tarea al juez.

## 2.5) EL JUEZ Y EL CAMBIO SOBREVENIDO DE CIRCUNSTANCIAS

El cambio sobrevenido de circunstancias es una de las instituciones paradigmáticas en lo que se refiere a la intervención judicial del contrato. Si bien su inclusión fue rechazada por los códigos decimonónicos, la mayoría de las codificaciones modernas la reconocen en mayor o menor medida<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Comentario oficial art. II.-9:104 DCFR, VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 594.

<sup>68</sup> Comentario oficial art. II.-9:104 DCFR, VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2010) 595.

<sup>69</sup> Art. 1809 del CC. Véase ALESSANDRI (2011) 295.

<sup>70</sup> Al igual que en el caso anterior, el DCFR y la CESL establecen como primer parámetro el precio que normalmente se cobra en circunstancias similares.

<sup>71</sup> Art. 85(k) CESL.

<sup>72</sup> Como ejemplos más relevantes, §313 CC alemán, arts. 1467 a 1469 CC italiano, art. 6:258 CC holandés, art. 1198 CC argentino y arts. 478 y 479 CC brasileiro.

En Chile, si bien la doctrina ha discutido su reconocimiento por medio de la aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos, consagrado en el art. 1546 del Código Civil, la Corte Suprema ha señalado que la teoría de la imprevisión no se encuentra reconocida en el Código Civil y por tanto ha rechazado su aplicación<sup>73</sup>.

En el caso de los instrumentos que se analizan, la imprevisión contractual se encuentra reconocida en los arts. 6:111 de los PECL, 6.2.1 a 6.2.3 PICC, III.- 1:110 del DCFR y 89 CESL, en este último caso con la particularidad de ampliar su ámbito de aplicación tanto a contratos civiles y mercantiles como de consumo. La excepción la constituye la CVCIM, ya que es materia discutida si su art. 79 solo admite la imposibilidad absoluta o incluye también situaciones de *hardship* o excesiva onerosidad sobrevenida<sup>74</sup>.

En todos los casos, las normas citadas otorgan un papel relevante al juez en lo relativo a los efectos del cambio sobrevenido de circunstancias. Si bien la prioridad (a modo de requisito para ejercer el derecho a solicitar posteriormente la adaptación o terminación del contrato) está dada a la renegociación del contrato por las partes, en caso que dicha renegociación fracase, se faculta al juez para intervenir y adaptar el contrato a las nuevas circunstancias.

Así, los PICC establecen que en caso que las partes no lleguen a acuerdo en un plazo razonable, cualquiera de ellas puede solicitar al tribunal la extinción o adaptación del contrato. Por su parte, en el caso de los PECL, si las partes no alcanzan acuerdo en un término razonable, el juez posee amplias facultades para terminar o adaptar el contrato, estableciéndose además de manera expresa la facultad de condenar en perjuicios a la parte que se negó a negociar o rompió de mala fe las negociaciones. De manera semejante, el DCFR faculta al juez para el caso que fracasen las negociaciones entre las partes, a modificar la obligación que se ha tornado excesivamente onerosa para hacerla razonable y equitativa de acuerdo con las nuevas circunstancias, o bien declarar la extinción de la obligación en el tiempo y términos que estime conveniente. Por último, la CESL autoriza al juez para adaptar el contrato de manera de adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado si hubiesen tenido en cuenta el cambio de circunstancias al momento de la celebración del contrato. Si

---

<sup>73</sup> Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009 sobre recurso de casación en el fondo, caratulado South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso; rol 2651-08. A nivel de Cortes de Apelaciones la situación parece ser distinta, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de noviembre de 2006, Número identificador LexisNexis 35663; Corte de Apelaciones de San Miguel, 17 de enero de 2011, número identificador LegalPublishing 47489.

<sup>74</sup> Al efecto, véase SCHWENZER, Ingeborg (2008): "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts". *Victoria University of Wellington Law Review*, N° 39, 2008.

ello no es posible, podrá poner término al contrato en la fecha y condiciones que estime pertinentes.

En general, las facultades que los mencionados instrumentos otorgan al juez tienen por objeto que este modifique el contrato con el objeto de restaurar el equilibrio entre las contraprestaciones y distribuir de manera justa y equitativa las ganancias y pérdidas generadas por el cambio de circunstancias. Sin embargo, como ha destacado la doctrina, el fin último de la adaptación no es la restauración completa del equilibrio económico del contrato, es decir, la distribución por partes iguales de las pérdidas generadas por los eventos sobrevinientes, sino que la adaptación de la obligación solo en lo que su cumplimiento se hace excesivamente oneroso. En otras palabras, el contratante afectado deberá siempre soportar algún grado de pérdida u onerosidad en el cumplimiento de su obligación, ya que de otra forma, se estarían trasladando todos los costos del cambio de circunstancias a la contraparte<sup>75</sup>.

Asimismo, como límite general para la adaptación del contrato, se señala que su modificación no puede significar la alteración esencial de la naturaleza del acuerdo celebrado por las partes, de manera que en definitiva resulte completamente diverso al originalmente celebrado por los contratantes; por ejemplo, cambiando el objeto de la prestación de una o ambas partes<sup>76</sup>.

## 2.6) EL JUEZ Y LA CLÁUSULA PENAL

La reducción de cláusulas penales no es en rigor una institución novedosa. Así, el CC chileno contempla en su art. 1544 la denominada cláusula penal enorme, aunque limitada a casos particulares. En Francia, el *Code Civil*, que originalmente no admitía la revisión de las cláusulas penales, fue reformado para permitir la reducción de las penas excesivas por el juez, quien puede actuar incluso de oficio en esta materia<sup>77</sup>.

Los instrumentos que se analizan contemplan la reducción de las cláusulas penales de una manera general, dotando al juez de mayores atributos en la determinación de su monto. Así lo disponen los arts. 9:509 PECL, 7.4.13 PICC y III.- 3:712 DCFR<sup>78</sup>. Las normas citadas, luego de indicar la regla general en virtud de la cual el acreedor tiene derecho a cobrar la suma establecida como cláusula penal sin tener en cuenta el

<sup>75</sup> Véase MOMBERG, Rodrigo (2011): “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”. En DE LA MAZA, Iñigo (Coord.): *Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 83-105.

<sup>76</sup> LANDO y BEALE (2000) 117.

<sup>77</sup> DE CASTRO VÍTORES, Germán (2009): “Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”. En BOSCH, Esteve (Dir.) *Derecho contractual europeo*. Barcelona: Bosch, p. 565.

<sup>78</sup> Sin embargo, ni la CVCIM ni la CESL regulan la materia.

daño efectivamente sufrido, permiten que, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

Estas reglas tienen por objeto evitar el abuso de la cláusula penal por parte del acreedor. Su fundamento último está dado por la prevalencia del carácter indemnizatorio por sobre el penal. Así, estas cláusulas deben entenderse como la previsión que hacen las partes de los perjuicios que el incumplimiento del contrato acarreará para el acreedor, de manera que una diferencia exorbitante entre lo pactado y el daño previsible puede considerarse contraria a la buena fe, debiendo admitirse su reducción por parte del juez<sup>79</sup>.

Sin embargo, la sanción no es la invalidación de la cláusula, sino su reducción a un monto razonable. Además, no basta con que el monto de la indemnización fijada sea superior a los perjuicios efectivamente causados, sino que ella debe ser notablemente excesiva en relación al daño y las demás circunstancias, como por ejemplo, el poder de negociación de las partes<sup>80</sup>.

La intervención del juez en este caso es relevante, ya que tanto la determinación de si la cláusula penal es notablemente excesiva como su reducción a un monto razonable, involucran conceptos generales que el juez deberá particularizar en cada caso concreto, lo que en definitiva da lugar a un gran margen de discrecionalidad para el tribunal. Tal como se indicó, en principio, la cláusula penal mantiene su vigencia, reduciéndose su monto a una suma razonable según los parámetros mencionados. Sin embargo, también cabe la posibilidad que bajo ciertas condiciones, la cláusula penal pueda ser considerada como una cláusula abusiva, especialmente si genera, contra las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, en cuyo caso se producirían los efectos propios de las cláusulas abusivas, esto es, la posibilidad para la parte afectada de anular la cláusula (4:110 de los PECL) o bien que dicha cláusula no sea vinculante para la parte a la que se le impuso (art. II.- 9:408 DCFR y 79 CESL).

Como se indicó, tanto la CVCIM como la CESL no contienen normas expresas al respecto. En el primer caso, existe controversia sobre si es o no una materia que puede entenderse regulada por la CVCIM<sup>81</sup>. En el

<sup>79</sup> DE CASTRO VÍTORES (2009) 567.

<sup>80</sup> MCKENDRICK, Ewan (2009b): "Article 7.4.13". En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 919-926, p. 925.

<sup>81</sup> ZELLER, Bruno (2011). "Penalty Clauses: Are they Governed by the CISG?" 23 *Pace International Law Review* 1 (2011), disponible en <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol23/iss1/1> [fecha de visita 2 de febrero de 2014].

caso de la CESL, si bien su antecesor directo, el denominado *Feasibility Study*, incluía una norma similar a las anteriormente comentadas, la regla no fue incorporada finalmente a la propuesta. El fundamento de la supresión pudo ser evitar la inclusión de un tema que es controvertido entre el derecho civil continental y el *common law*, donde la exigibilidad de estas cláusulas se encuentra restringida a los casos en que ellas representan una estimación legítima y razonable de los eventuales perjuicios que el incumplimiento puede producir al acreedor (*liquidated damages clause*). Por el contrario, si la cláusula tiene por objeto penalizar al deudor incumplidor (*penalty clause*), carece de exigibilidad y el acreedor solo podrá demandar los perjuicios que efectivamente le causó el incumplimiento<sup>82</sup>. Por otra parte, la falta de regulación específica también puede explicarse, porque tal como indicé, cumpliéndose los requisitos correspondientes, la cláusula penal podría ser considerada como abusiva y por tanto carecer de validez, sin que el tribunal deba intervenir para reducir su monto.

### 3) CONCLUSIONES

El estudio de los instrumentos internacionales más relevantes del derecho de contratos permite concluir que el rol del juez ha variado, pasando de resguardar meramente los aspectos procedimentales del contrato a proteger la justicia del acuerdo, con facultades tanto para preservarlo como para adaptarlo, teniendo en vista la satisfacción de los intereses de las partes, y en particular, de aquella afectada por un vicio de nulidad, por el incumplimiento de la contraparte o que se encuentra en una situación de inferioridad respecto de la otra.

A su vez, es interesante destacar que el rol del juez en el moderno derecho de contratos no solo ha implicado otorgarle mayores facultades para intervenir en el acuerdo, sino también marginarlo de instituciones en que, al menos bajo la tradición romanista, ha tenido un rol preponderante, como es el caso de la nulidad o la resolución por incumplimiento, cuya operación pasa ahora a depender de la voluntad de la parte afectada y no de la sentencia judicial.

La tendencia de otorgar mayores facultades a los tribunales puede considerarse consecuencia de una mayor moralización de las relaciones contractuales, en que la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato han sido morigeradas por una aplicación efectiva del principio de buena fe, de los deberes de cooperación, del principio de conservación del contrato y de la protección de los intereses de la parte débil o desventajada<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> MCKENDRICK, (2009b) 919-920.

<sup>83</sup> Al efecto, véase VOGENAUER (2009) 16.

El hecho que el DCFR y la CESL tengan también como ámbito de aplicación contratos de consumo, implica que dichos instrumentos parezcan más favorables a la intervención judicial que los PECL y los PICC. Sin embargo, en todos ellos pueden encontrarse referencias, explícitas o implícitas, a la protección de la parte desventajada. Además, el uso de cláusulas o conceptos abiertos como la lealtad comercial o la razonabilidad, necesariamente conllevan, al menos potencialmente, a una mayor intervención judicial, aun en los casos de contratos celebrados entre comerciantes o particulares. El instrumento menos abierto a la intervención judicial es la CVCIM, la cual expresamente solo admite la intervención de terceros en lo relativo a la determinación del precio del contrato, sin perjuicio de algunas otras situaciones que han sido discutidas en doctrina, como el caso de la excesiva onerosidad sobrevenida.

Este trabajo demuestra que la tendencia a dotar de mayores atribuciones al juez para intervenir en el contrato parece haberse consolidado en el derecho internacional de los contratos. Por ello, una eventual modernización del derecho de obligaciones, tanto a nivel nacional o regional<sup>84</sup>, no puede dejar de considerar su estudio, ya sea para acoger, implementar con modificaciones o rechazar las soluciones que el presente artículo ha pretendido exponer como primer paso para un análisis más profundo de ellas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René (2001) *Las Obligaciones*, 4ª Edición actualizada y aumentada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo (2010) *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*, tomo I, 3ª Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo (2011): *De la compraventa y de la promesa de venta*, T.1, V.1. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- BARAONA, Jorge (2011) *La nulidad de los actos jurídicos: Consideraciones históricas y dogmáticas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.
- Blandino, María (2012): “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”. En VAQUER, Antoni, BOSCH, Esteve y SÁNCHEZ, María Paz (Coords.) *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T.1. Barcelona: Atelier, 694 pp.

---

<sup>84</sup> Como por ejemplo, en la redacción de los futuros Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos. Sobre dichos Principios, véase PIZARRO, Carlos (Coord.) (2012): *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios del derecho de los contratos)*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri.

- DAVID, René (1992) *Les grand systèmes de droit contemporains*. París: Dalloz, 523 pp.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán (2009): “Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”. En BOSCH, Esteve (Dir.) *Derecho contractual europeo*. Barcelona: Bosch.
- DE LA MAZA, Iñigo (2007) “Libertad y seguridad: el tratamiento del error en los principios de derecho contractual europeo”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 34, No. 3, pp. 495-515.
- DI MATTEO ET AL. (2005) *International Sales Law. A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 241 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna y MORALES, Antonio (2002) *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Ed. Civitas, 529 pp.
- ELORRIAGA, Fabián (2013): “Las dificultades de los remedios por incumplimiento contractual en la experiencia chilena”. En *Nuevos Horizontes del Derecho Privado*, Alexis Mondaca y Cristian Aedo (Coord.), Santiago: Librotecnia, pp. 385-419.
- FERRARI, Franco (Ed.), (2008) *The CISG and its Impact in National Legal Systems*. Munich: Sellier, 489 pp.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan (2009): “Article 2.1.14”, En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 293-298.
- KORNET, Nicole (2011) *Evolving General Principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles and Favor Contractus*, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2011/07, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1756751>.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2000): *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (La Haya, Kluwer Law International) 561 pp.
- LEÓN, Avelino (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MCKENDRICK, Ewan (2009): “Article 7.4.3”. En VOGENAUER, Stefan y Kleinheisterkamp, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 880-884.
- MCKENDRICK, Ewan (2009b): “Article 7.4.13”. En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, pp. 919-926.
- MOMBERG, Rodrigo (2011), “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en *Incumplimiento*

- contractual: nuevas perspectivas. Cuadernos de análisis jurídicos VII.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- MOMBERG, Rodrigo (2012): “El proceso de armonización del derecho de contratos en la Unión Europea”. En VÁSQUEZ, María y FERNÁNDEZ, José (Eds.): *Derecho mercantil internacional - La unificación del derecho privado*. Santiago: Abeledo Perrot - Thomson Reuters, pp. 529-542.
  - MOMBERG, Rodrigo (2013): El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, V. XXVI, No. 1, julio 2013, pp. 9-27.
  - PEÑAILILLO, Daniel (2003) *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
  - PFEIFFER, Thomas (2012): “Defects in consent”. En SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, pp. 254-302, p. 286.
  - PIZARRO, Carlos (2007) “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”. *Ius et Praxis*, 13 (1), pp. 11-28.
  - PIZARRO, Carlos (Coord.) (2012): *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios del derecho de los contratos)*. Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri.
  - SCHWENZER, Ingeborg (2008) “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, in *Victoria University of Wellington Law Review*, N° 39.
  - UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts, disponibles en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>
  - TERRÉ, Francois; SIMLER, Philippe; y LEQUETTE, Yves (2009): *Droit Civil. Les obligations*. Paris: Dalloz, 1542 pp.
  - TERRY, Evelyne (2012): “Conclusion of contract”. En SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, pp. 179-208, p. 186.
  - VALPUESTA, Eduardo (2011): “Libro II. Contratos y otros actos jurídicos”. En VALPUESTA, Eduardo (Coord.) *Unificación del derecho patrimonial europeo*. Barcelona: Bosch, 582 pp.
  - VOGENAUER, Stefan (2009): “Introduction”. En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press.
  - VOGENAUER, Stefan, (2009b): “Article 4.8”. En VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press.

- VOGENAUER, Stefan (2010) Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law, *European Review of Contract Law* 2/2010, pp. 143-183.
- VON BAR, C., CLIVE, E., y SCHULTE-NÖLKE, H., (2010) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier.
- WITZ, Claude (2013): Le rôle du juge dans le codifications doctrinales internationales du droit des contrats. En JUNG, Peter (Ed.): *Richterliche Eingriffe in den Vertrag*. Munchen, Sellier, pp. 27-41.
- ZELLER, Bruno, Penalty Clauses: Are they Governed by the CISG? (2011) 23 *Pace International Law Review* 1 (2011), disponible en <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol23/iss1/1>
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996) *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1998): *An introduction to comparative law*, 3a ed. (Oxford, Clarendon Press), 714 pp.