

**LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE CHINA Y
ÁMERICA LATINA: NECESIDAD DE SEGURIDAD JURÍDICA Y
VÍAS DE APROXIMACIÓN**

Tesis doctoral realizada por

LI YUN

y dirigida por

Carmen Jerez Delgado

Universidad Autónoma de Madrid

Facultad de Derecho

2014

ÍNDICE ABREVIADO

Índice	
p.3	
Planteamiento	
p.21	

PARTE GENERAL

Capítulo 1. Preámbulo: El sector energético como ejemplo de las relaciones comerciales entre China y América Latina	
... p.39.	

Capítulo 2. La seguridad jurídica como respuesta al desafío de la globalización del mercado.....	
..... p.111.	

PARTE ESPECIAL

Capítulo 3. La modernización del Derecho de obligaciones y contratos. El incumplimiento contractual a modo de muestra
.... p.265

Capítulo 4. Tres manifestaciones prácticas de la necesidad de convergencia en el ámbito del incumplimiento contractualp.361

Conclusiones.....p.517

Bibliografía..... p.523

Abreviaturas.....p. 555

Anexo.....p. 559

**LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE CHINA Y AMÉRICA
LATINA**

PLANTEAMIENTO

PARTE GENERAL:

**NECESIDAD DE SEGURIDAD JURÍDICA Y VÍAS DE
APROXIMACIÓN**

**Capítulo 1. PREÁMBULO: EL SECTOR ENERGÉTICO COMO
EJEMPLO DE LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE
CHINA Y AMÉRICA LATINA**

I. Introducción

II. Historia y evolución de las relaciones comerciales entre China y
América Latina

1. Perspectiva histórica de las relaciones comerciales entre China
y América Latina

2. Actualidad: Relaciones chino-latinoamericanas en el siglo XXI

III. El sector energético como ejemplo más destacable de las relaciones comerciales entre China y América Latina

1. Situación actual

2. Características de los socios suministradores y tipos de productos

3. Características de las empresas chinas

4. Nivel de cooperación y desarrollo: los casos de Venezuela y Brasil

4.1. Historia del comercio energético con Venezuela

4.2. Comercio Energético con Brasil

IV. Análisis de las motivaciones del desarrollo del comercio energético entre China y América Latina

1. La estrategia de “Seguridad Energética” de China

2. Política Energética de Venezuela y Brasil

3. La crisis financiera actual y su influencia sobre Venezuela y Brasil

3.1. Venezuela

3.2. Brasil

V. Reflexiones finales y corolario

1. Reflexiones finales

1.1. Desafíos detectados para China en el comercio con América Latina;**Error! Marcador no definido.**

1.2. Previsión sobre las relaciones comerciales de China con Venezuela y Brasil

2. Corolario: Necesidad de seguridad jurídica

Capítulo 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO RESPUESTA AL DESAFÍO DE LA GLOBALIZACIÓN DEL MERCADO

I. Introducción

II. Perspectiva conceptual comparada como punto de partida: Los conceptos básicos de Civil Law, la obligación y el contrato

1. La pertenencia al Civil Law como nota común a los sistemas chino, español y latinoamericano

1.1. El concepto del Derecho Civil en Asia: la recepción del Derecho continental europeo

2. El concepto de obligación

2.1. El concepto de obligación recibido en el Derecho civil chino

2.2 La huella de la Obligatio del Derecho romano y su posterior evolución

3. El concepto del contrato

3.1. El concepto del contrato en el Derecho romano

3.2. El concepto del contrato en el Derecho civil chino

3.3. El concepto del contrato en el Derecho civil español

3.4. El concepto del contrato en el Derecho de los países latinoamericanos y en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)

3.5. La concepción del contrato en el Derecho anglosajón y en los sistemas continentales: Contraste

III. Perspectiva histórico-comparada del Derecho contractual

1. Precedentes destacados del moderno Derecho civil contractual

1.1. El Código Civil francés de 1804 como hito común en la Historia del Derecho de Contratos

1.2. El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Código Civil alemán) de 1900 como modelo de Código Civil para Asia

2. Evolución histórica del Derecho contractual de China

2.1. El sustrato cultural

2.1.1. El Legalismo

2.1.2. El confucianismo y su influencia en el contexto jurídico

2.2. De la tradición del Derecho en la Antigua China a la modernización del Derecho de China

2.2.1. La reforma del sistema jurídico imperial de la Dinastía Qing y el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing como primer paso de la modernización

2.2.2. El Anteproyecto del Código Civil Republicano

2.2.3. El Código Civil republicano

2.2.4. Los intentos de codificación desde la fundación de la República Popular de China (RPC) de 1949 hasta la Reforma y Apertura de China de 1978

2.2.5. Los últimos avances en la codificación del
Derecho Civil Chino

2.3. Evolución del régimen jurídico del contrato

2.3.1. Los contratos en la Antigua China (antes de la fundación de la República Popular de China del 1 de octubre de 1949)

2.3.2. Los contratos desde la fundación de la República Popular de China hasta la Reforma y Apertura de China (desde el 1 de octubre de 1949 hasta el 18 de diciembre de 1978)

2.3.3. Desde la Reforma y Apertura de China

2.3.3.1. La Ley Económica de Contratación

2.3.3.2. La Ley Económica de Contratación
Extranjera de 1985

2.3.3.3. Los Principios Generales de Derecho
Civil (PGDC, China, 1987)

2.3.3.4. Ley de Contratos de Tecnología:

2.3.3.5. Ley de Contratos de China de 1999

3. Evolución histórica del Derecho contractual de España e Iberoamérica.....

3.1. El Derecho indiano como especialidad del Derecho castellano

3.2. Origen y evolución del Derecho contractual latinoamericano durante los siglos XVI-XIX

3.2.1. Las Sietes Partidas

3.2.2. Las Leyes de Toro

3.2.3. El régimen del comercio libre y los Consulados de Comercio

3.2.4. Las Ordenanzas de Bilbao de 1737

3.3. La Codificación civil en Latinoamérica durante los siglos XIX y XX

IV. La actualidad del Derecho civil de contratos: Su internacionalización

1. El impacto del Derecho Internacional en los sistemas nacionales de Derecho de

2. La CISG

2.1. Origen e importancia para China y América Latina

2.2. Ámbito de aplicación

2.2.1. La aplicabilidad de la CISG en China

2.2.2. La aplicabilidad de la CISG en los países latinoamericanos

3. La tendencia al Derecho uniforme por Continentes (PECL/DCFR, PLDC, PACL)

4. La armonización entre Civil Law y Common Law

5. La tendencia al estudio del Derecho Comparado

V. Conclusión

PARTE ESPECIAL:

EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL A MODO DE MUESTRA

Capítulo 3. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL A MODO DE MUESTRA

I. Introducción

II. Una aproximación al concepto de incumplimiento contractual

1. Panorámica general de Derecho comparado: La influencia del Derecho anglosajón

2. Análisis de la clasificación de los tipos de incumplimiento contractual en los sistemas internos, desde una perspectiva comparada

2.1. Francia

2.2. Alemania

2.3. España

2.4. Latinoamérica

2.5. China

2.5.1. Antes de la Ley de Contrato de China

2.5.2. Clasificación del incumplimiento en la Ley de Contrato de China de 1999

3. El incumplimiento en el Derecho internacional uniforme y *soft law*

3.1. La Convención de Viena (CISG)

3.2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales

3.3. El Moderno Derecho europeo de contratos

III. Los remedios frente al incumplimiento contractual

1. El Derecho anglosajón como modelo

2. Los PECL

3. Los países latinoamericanos

3.1. Argentina

3.2. Colombia

3.3 Chile

3.3.1. Recorrido histórico de la noción remedios en el Derecho chileno

3.3.2. La reivindicación de una modernización por parte de la doctrina chilena

3.4. Paraguay

3.5. Uruguay

3.6. Venezuela

3.7. Perú

3.8. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos

(PLDC)

4. La CISG

5. China

6. España

6.1. El sistema vigente en el Código Civil

6.2. La PMCC (2009)

IV. Conclusión

Capítulo 4. TRES MANIFESTACIONES PRÁCTICAS DE LA NECESIDAD DE CONVERGENCIA EN EL ÁMBITO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

I. Introducción

II. La suspensión del cumplimiento: comparación entre la excepción por inseguridad, la exceptio non adimpleti contractus y el incumplimiento anticipado

1. La excepción por inseguridad

1.1. Concepto

1.2. Derecho comparado

1.2.1. Alemania

1.2.2. Francia

1.2.3. China

2. La exceptio non adimpleti contractus

2.1. Concepto

2.2. Derecho comparado

3. Incumplimiento previsible del contrato (*anticipatory breach*)

3.1. Concepto

3.2. Derecho Comparado

3.2.1. Derecho anglosajón e influencia en el sistema español

3.2.2. La CISG desde las perspectivas china e hispana

3.2.3 España y la PMCC de 2009

3.2.4 Latinoamérica

3.2.4.1. Chile

3.2.4.2. Argentina

3.2.5 China: El adoptado *anticipatory breach* (incumplimiento anticipado o previsible) junto a la clásica excepción por inseguridad

3.2.6. El *soft law*

III. La resolución del contrato

1. Hacia el remedio resolutorio

1.1. El Derecho romano

1.2. Del Derecho francés a la evolución del Derecho francés en el Derecho comparado

1.2.1. El Derecho francés

1.2.2. La evolución de los sistemas afrancesados

1.2.2.1. Códigos civiles italianos de 1865 y

1942

1.2.2.2. El Código Civil español y la PMCC

1.2.2.3. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)

1.3. Los Principios UNIDROIT

1.4. La CISG

1.5. La Ley de Contratos de China de 1999

2. El carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución del contrato

2.1. La noción del incumplimiento esencial en el

Common Law

2.1.1. El Derecho inglés: La distinción entre conditions y warranties

2.1.2. El Derecho norteamericano

2.2. La noción del incumplimiento esencial en la familia del Derecho civil continental

2.3. La noción del incumplimiento esencial en la CISG

2.4. Los Principios UNIDROIT

2.5. La noción del incumplimiento esencial en los Principios Europeos del Derecho de Contratos

2.6. La española PMCC (2009)

2.7. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino

2.7.1. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino antes de la Ley de Contratos de China de 1999

2.7.2. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino de la Ley de Contratos de China de 1999

2.8. El incumplimiento resolutorio en el Derecho chileno

2.9. El carácter esencial del incumplimiento en los PLDC

IV. La indemnización por daños

1. La responsabilidad objetiva (*strict liability*) del *Common Law*
2. La responsabilidad contractual en el Derecho civil continental
3. Criterios de imputación de responsabilidad en la CISG
4. Criterios de imputación de responsabilidad en los PECL/DCFR
5. La objetivación de la responsabilidad contractual en la Ley china de Contratos de 1999
6. Posibilidades en el Código Civil español y la PMCC
7. La responsabilidad contractual en el Derecho de contratos en los países latinoamericanos
8. Los PLDC: Objetivación de la responsabilidad

V. Conclusión

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

ANEXO

PLANTEAMIENTO

«El Derecho es una parte esencial en la realidad política, económica, social y cultural. Integra necesariamente la cultura de la sociedad. (...)/ El Derecho no puede ser objeto únicamente de un estudio jurídico (...)/ El Derecho debe ser estudiado, además, como elemento esencial de la realidad a la que se aplica. Toda descripción, sea histórica o actual, que ignore el ser del Derecho en el seno de la sociedad, será incompleta e incapaz de mostrar y comprender lo que ha sido o es la sociedad o sociedades en análisis» (Héctor Gros Espiell)¹.

La idea del estudio del Derecho en un contexto multidisciplinar más amplio, que abarque la economía, historia y cultura de los diversos países, es de plena actualidad, especialmente en lo que a las relaciones comerciales internacionales se refiere.

En este sentido, por ejemplo, el jurista Roberto Ruiz Díaz Labrano expresa la siguiente afirmación: «Un proceso de globalización e

¹ Héctor Gros Espiell, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, ISSN 1138-4824, No.6, 2002, pp. 143-144.

integración afecta sectores sociales, económicos, políticos y jurídicos, por ello sólo puede ser estudiado y encarado multidisciplinariamente»².

El presente estudio responde a esa necesidad, y tiene por objeto, en particular, las relaciones comerciales entre China y América Latina. Por esta razón, se centrará particularmente en la realidad de ambas regiones comerciales, abordándola desde una perspectiva no sólo jurídica, sino lingüística y económica, que se refiera tanto a la actualidad como a la trayectoria histórico-cultural.

La finalidad que se pretende con ello es la de llenar un vacío de conocimiento mutuo, con el convencimiento de que -si bien supone tan sólo un paso muy remoto en la consecución del fin que se persigue, que no es otro que el de mejorar el marco de las relaciones comerciales entre China y América Latina-, constituye un paso imprescindible en el correcto desarrollo de estas relaciones.

El interés del presente estudio es doble: De un lado, se refiere al análisis de las relaciones comerciales entre China y América Latina; y, de otra parte, se refiere al estudio comparativo del Derecho contractual de China y América Latina, a fin de mejorar en el conocimiento recíproco de nuestras realidades jurídico-culturales. Todo ello, contrastado con los principios que actualmente están presentes en el comercio internacional

² Roberto Ruiz Díaz Labrano, *Mercosur. Integración y Derecho*, Intercontinental Editora, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 23.

(Convención de Viena de 1980 y Principios UNIDROIT), así como con los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL, luego en el Borrador del Marco Común de Referencia/DCFR) y sistemas jurídicos nacionales (por ejemplo, el español, alemán o francés) que, como los principios internacionales aludidos, influyen en los sistemas objeto de estudio.

Este trabajo constituye el primer estudio comparativo sobre el Derecho contractual moderno entre China y América Latina, con especial referencia a la compraventa y aspira a ser el germen de una línea de investigación jurídica. En él se recorre la Historia del Derecho contractual chino, desde el positivismo de la dinastía Qin, pasando por la equidad propugnada por Confucio, hasta la modernización actual del Derecho contractual chino. Paralelamente, se recorre la trayectoria jurídico-cultural que –a grandes rasgos- caracteriza a los sistemas Iberoamericanos.

La tesis que se sostiene a continuación es la siguiente: Las relaciones comerciales entre China y América Latina no deben sustentarse (al menos no sólo) en criterios políticos sino en la seguridad jurídica. Esta tesis toma como punto de partida el estudio de la materia desde la perspectiva económica, en la primera parte. En ella se constata que las relaciones comerciales entre China y América Latina fluyen, en su mayor parte,

sobre la base de decisiones políticas de cooperación (por ejemplo, se desarrollan especialmente entre China y países de América Latina con un régimen político simpatizante como Venezuela, Cuba o Ecuador). A partir de esa premisa, se realiza una hipótesis, conforme a la cual, sería conveniente que las relaciones comerciales entre China y América Latina fueran más independientes de la decisión política y para ello se afirma la conveniencia de que se apoyen en la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, como base del desarrollo comercial entre China y América Latina, que aquí se propone, requiere un elemento previo: el conocimiento mutuo, la consciencia de los puntos de conexión y, en esta labor, advertimos que ambos sistemas no sólo no están tan lejos como inicialmente pudiera parecer, sino que –por el contrario- tienen elementos muy importantes en común: En concreto, la influencia del Derecho continental europeo y de los instrumentos internacionales (entre los que destaca la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, CISG).

Tras aproximarnos a la trayectoria histórico-jurídica de los sistemas Chino y Latinoamericano, y conocer los elementos que tienen en común, se toma como muestra un aspecto relevante del Derecho de Contratos, a fin de constatar con la práctica la proximidad de los problemas y sus soluciones. Ese elemento de muestra es el incumplimiento contractual.

Por ser el incumplimiento del contrato la causa más importante de conflicto en la práctica, ha sido tomado como referencia en este sentido.

Por la amplitud de la materia, tras una breve aproximación al sistema de responsabilidad civil contractual en los sistemas Chino y Latinoamericano (tomando siempre también como referencia los sistemas de Derecho uniforme, *Soft Law* y Derechos nacionales influyentes en los que son objeto de nuestro estudio), se han escogido tres cuestiones relativas al incumplimiento contractual: 1. La excepción por inseguridad propia del Derecho chino, que se contrasta y compara con el *anticipatory breach* de la Convención de Viena (CISG) y con la suspensión del contrato, excepción de incumplimiento, o *exceptio non adimpleti contractus* familiar para los sistemas latinoamericanos; 2. La resolución del contrato y el carácter esencial del incumplimiento resolutorio; y, 3. La indemnización por daños derivados del incumplimiento.

Como resultado de lo anterior se constata la necesidad de una mayor aproximación entre los sistemas para facilitar el comercio internacional y se apuesta por la CISG como modelo para ello. Al constituir un Tratado Internacional ratificado por la inmensa mayoría de los países, y en particular por China y los países latinoamericanos en general, la CISG constituye una referencia común a todos ellos y una sólida base sobre la que apoyar el comercio. Se requiere además una aproximación de los

sistemas internos a la CISG, como se ha realizado ya en China, a fin de que los comerciantes conozcan las reglas del negocio por ser éstas semejantes en el sistema nacional e internacional. Sobre esta base, se comprende que bien pudiera sustentarse una liberación de la economía del ámbito estrictamente político a fin de que todos puedan beneficiarse de una justa explotación de la riqueza y distribución de la misma mediante los adecuados cauces de libre comercio.

Esta es la tesis que aquí se defiende. A continuación, expondré algunas consideraciones introductorias que desarrollan la explicación anterior:

I. Tras constatar, con un análisis económico previo, el enorme desarrollo de las relaciones comerciales entre China y América Latina en los últimos años, surgen cuestiones tales como, ¿por qué se ha multiplicado el comercio entre China y América Latina en las últimas tres décadas? Y, ¿qué resultados provocará este comercio? La respuesta a estas cuestiones sirvió como reflexión previa, impulso y motivación, para el estudio y enfoque del análisis jurídico.

II. La primera parte del trabajo se refiere, por tanto, a la perspectiva económica. Dentro de ella, se eligió el ámbito del sector energético, por ser el campo en el que se desarrolla con mayor fuerza la relación comercial entre China y América Latina. En concreto, con esta primera

parte del trabajo se pretende alcanzar tres objetivos: En primer lugar, realizar un resumen de la historia del comercio del sector energético entre China y América Latina y su situación actual centrándonos en el sector energético y en los dos principales socios de China en América Latina: Venezuela y Brasil; En segundo lugar proponer un análisis de las motivaciones del desarrollo de este comercio y los problemas surgidos durante el proceso; En tercer lugar, analizar las perspectivas de futuro del comercio bilateral.

En esta primera parte de nuestro trabajo, sobre las relaciones comerciales entre China y América Latina, podemos darnos cuenta de la importancia que juega el factor político en el comercio entre China y América Latina. A mi juicio, este impulso (político) para el desarrollo del comercio preocupa, por su inestabilidad. Son cuestiones que abordaremos a continuación.

Para solucionar este problema y para la despolitización del comercio, nos vemos obligados a girar hacia otra perspectiva, que garantice la seguridad del mismo, su estabilidad. Sin duda, ese ha de ser el contexto del Derecho, en el que prime la función de las normas jurídicas como normas protectoras del bien común, de la equidad y la justicia, de la paz y el desarrollo social. Pero la solución propuesta no es inmediata.

Siendo consciente de que el Derecho es la solución para aportar seguridad jurídica a las relaciones comerciales entre China y América Latina, se hacía necesario como salida del ámbito de la política y respuesta a la pregunta sobre la vía a seguir, el conocimiento mutuo de los sistemas jurídicos y el estudio comparado del Derecho chino y latinoamericano.

III. El Derecho tiene la función de facilitar y regir el comercio. Este es el punto de partida de la tesis que aquí se mantiene. No obstante, desafortunadamente, por falta de conocimientos jurídicos recíprocos, y falta de investigación comparada, existe un vacío en este ámbito. Los trabajos que permiten conocer un sistema a los operadores jurídicos del otro, son –a lo más- traducciones de estudios doctrinales, pero no trabajos originales científicos de Derecho comparado, aunque parece que comienzan a hacerse algunas aproximaciones, como es lógico (Por ejemplo, *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, de Rafael Domingo).

En China, no se ha desarrollado la investigación del Derecho de los países latinoamericanos ni del español. Sin embargo cabe mencionar que, debido a la necesidad urgente de reforzar el comercio entre China y América Latina, la Asociación China de Derecho (en chino: 中国法学会, *Zhong Guo Fa Xue Hui*; en inglés: *China Law Society*) ha promovido el

Fórum de Derecho China-América Latina³ (en chino: 中国—拉美法律论坛, *Zhong Guo—La Mei Fa Lv Lun Tan*) y el Fórum de Derecho Asia Oriental—América Latina (en chino: 东亚—拉美法律论坛, *Dong Ya—La Mei Fa Lv Lun Tan*), a fin de construir una plataforma para que los juristas chinos y latinoamericanos se comuniquen con más eficacia y mejorar la cooperación entre ellos.

A mi juicio, la falta de capacidad del idioma es la mayor causa de este vacío. Junto a la necesidad de formar más gente especializándose en español, para mejorar esta situación, es necesario también formar a estas personas en un perfil multidisciplinar de filología hispánica y Derecho. La presente investigación constituye una aportación en este sentido.

Paralelamente, en el mundo hispánico crecen las voces favorables a la investigación sobre el Derecho chino, como veremos a continuación. Tomemos el ejemplo de la búsqueda en Internet⁴: Si introducimos “Derecho chino” como palabras clave en español introducidas en google, salen 32,700,000 resultados.

En España, el profesor Rafael Domingo Oslé, de la Universidad de Navarra -actualmente profesor en Estados Unidos-, ha publicado el libro

³ La primera reunión de este Fórum se realizó en el noviembre de 2007 en Shanghai, China. Luego han tenido lugar las siguientes cinco sesiones en Cuba, Argentina, Perú, Chile, etc. Fuente de información: la página web de la Sociedad del Derecho Chino (<http://www.chinalaw.org.cn/wdqylt/lmlt/>) y página web de la Noticia Xinhua (http://news.xinhuanet.com/world/2013-10/17/c_117763725.htm).

⁴ Fecha: 2014-09-02.

antes citado *China, el dragón rampante: Panorama político, económico y jurídico*, formando parte de la serie de "*The Global Law*". En este libro, está incluido el capítulo titulado "Las leyes del Reino medio", contando muy brevemente la historia y la actualidad del Derecho chino. Por su parte, la bibliografía de los países latinoamericanos, aunque no presenta libros de investigación del Derecho chino, sí aporta varios artículos sobre este tema, si bien fueron escritos originariamente en inglés o en chino y traducidos al castellano, lo que subraya la necesidad de la que hablamos.

En efecto, los artículos que pueden encontrarse en revistas latinoamericanas siempre abordan la Historia y actualidad del Derecho chino de modo genérico, y son traducidos por juristas latinoamericanos a partir del artículo publicado en inglés por el jurista chino, o los juristas latinoamericanos traducen al español de la traducción al inglés de un artículo chino. Es decir, no se encuentra la investigación original sobre este tema en América Latina, sino sus traducciones. Por tanto, la mayor fuente de investigación del Derecho chino en América Latina no es la bibliografía china, sino su traducción al inglés, por lo que pierde –cuanto menos- cierto margen de certeza: Como sabemos, la bibliografía original es más preciosa que su traducción a otra lengua.

Lo anterior demuestra la falta y necesidad del idioma para esta investigación y la necesidad de conocer el Derecho chino en América Latina.

IV. Como se dijo, el punto de partida del presente estudio está relacionada con la necesidad de la despolitización del comercio entre China y América Latina y conduce a la necesidad de incrementar la seguridad jurídica como contrapartida. El Derecho debe jugar su papel de regular el comercio.

Ahora bien, el Derecho no puede desarrollarse al margen de la realidad, sino atento a ella y en conexión con ella. Es decir, del mismo modo que el comercio internacional tiene que ser regulado por el Derecho, el Derecho debe también ajustarse al comercio internacional y sus necesidades, especialmente las derivadas de su vertiginoso desarrollo. Esta adaptación se hace posible a través del llamado *Derecho global*, así como del estudio del Derecho comparado y de la armonización de los respectivos sistemas del Derecho interno.

Como ha dicho el destacado Prof. Carlos Espluges Mota «durante las últimas décadas, el comercio internacional ha sufrido un aumento constante en su volumen, hasta alcanzar unos niveles desconocidos con anterioridad». El mencionado jurista alude a los «crecientes volúmenes de operaciones contractuales que el comercio registra, así como a las

organizaciones internacionales dedicadas a controlar, fomentar o incrementar el intercambio internacional, que debe regirse básicamente por normas de buena conducta»⁵.

V. Aunque –desde el punto de vista jurídico- son muchos los aspectos implicados en las relaciones comerciales entre China y América Latina (tales como, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Financiero, el Derecho Mercantil, el Derecho Civil Contractual, etc.), he seleccionado el Derecho contractual como punto central de mi estudio de Derecho comparado. Este será el ámbito de la aportación que la tesis doctoral que ahora se presenta realice, para cubrir el vacío sobre el mutuo conocimiento entre los sistemas, con vistas a promover un comercio entre China y América Latina basado en una creciente seguridad jurídica.

La razón por la que se elige el Derecho contractual es muy sencilla: En primer lugar, como sostiene el jurista peruano Anibal Torres Vasquez, «El contrato es la manifestación más importante del acto jurídico patrimonial. La satisfacción de de nuestras múltiples necesidades, como alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, recreación, etcétera, solamente es posible mediante el contrato. En el mundo moderno es imposible nuestra existencia sin contratar.»⁶. En este sentido, Pilar

⁵ Carlos Esplugues Mota, Daniel Hargain y Guillermo Palao Moreno (Directores); *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*; EDISOFER, Euros Editores y B de F; Madrid, Buenos Aires y Montevideo, 2008, p. 25.

⁶ Anibal Torres Vasquez, p. 1.

Álvarez Olalla y otros autores explican que «el contrato es una de las figuras jurídicas con la que estamos más familiarizados, ya que obtenemos la mayoría de los bienes o servicios a través de la contratación en el mercado. Se trata pues del principal instrumento para la satisfacción directa o indirecta de nuestro proyectos y necesidades»⁷.

En segundo lugar, como es sabido, el Derecho de contratos juega un papel básico en el comercio internacional. Como afirma la jurista Laura Trigueros Gatsman, «pocas materias han tenido una evolución tan acelerada en los últimos años como la relativa a la contratación internacional»⁸. Presentaré, en el segundo capítulo de este trabajo, un estudio general comparado del Derecho contractual en China, España y América Latina, que responda a las siguientes cuestiones:

1). ¿Cómo ha evolucionado el Derecho contractual en España, Latinoamérica y China? ¿Cuáles son las características comunes y las diferencias en el desarrollo de unos sistemas y otros?

2). ¿Cómo han influido en la evolución del Derecho contractual en España, Iberoamérica y China, los aspectos culturales, históricos y políticos?

⁷ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Pilar Álvarez Olalla y otros autores, *Manual de Derecho Civil, Contratos*, BERCAL, S.A., Madrid, 2011, p.21.

⁸ Laura Trigueros Gatsman, *La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, www.azc.uam.mx, p.1.

3). ¿Qué diferencias y puntos en común existen entre el vigente Derecho contractual chino, español y latinoamericano y las doctrinas que los interpretan? ¿Cómo les afecta el factor de la globalización del mercado? ¿Qué vías emergen para afrontar estos cambios?

Las fuentes consultadas para construir este estudio comparativo incluyen los textos legales y la doctrina de los autores europeos, latinoamericanos y chinos (en particular, los estudios recientes publicados por autores chinos, españoles e iberoamericanos, que comprenden la información más actualizada). Excedía del objeto de este estudio el análisis jurisprudencial y de los laudos arbitrales, si bien considero que será interesante desarrollarlo en otra ocasión.

En cuanto al manejo de estas fuentes, permítame el lector dar una breve explicación de la formación universitaria de quien presenta este trabajo de doctorado, a fin de justificar el método de trabajo y la relevancia de la presente investigación:

1. Me licencié en Filología Hispánica en China, carrera dirigida no sólo al conocimiento de la lengua sino al conocimiento del mundo hispánico, su política, economía, historia, comercio, sociedad, cultura, etc., Cabe mencionar que los diplomáticos destinados a Latinoamérica y España han cursado mayoritariamente esta carrera en mi propia Universidad (Universidad de Estudios Extranjeros de Beijing/Pekín).

2. Cursé el máster en “Lengua Española: Investigaciones y Prácticas Profesionales” en la Universidad Autónoma de Madrid. Este máster perfeccionó las capacidades o técnicas de traducción al castellano adquiridas en la Licenciatura, pues aquella era una formación más general o que abordaba muchos ámbitos, mientras que ésta se dirigía en particular a la precisión en el lenguaje.

3. A continuación, cursé el máster en “Análisis Económico Moderno” (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid). En este máster realicé la tesina titulada “Relaciones comerciales entre China y América Latina: El sector energético”, que incorporo adaptada en el primer capítulo de esta tesis doctoral y cuya conclusión (la relación comercial entre China y América Latina debe ser despolitizada) despertó la motivación para desarrollar la presente tesis sobre la hipótesis de que la seguridad jurídica ha de ser el camino para la despolitización y mejora de las relaciones comerciales entre China y América Latina.

4. Por último, contribuyen al presente estudio tanto el ejercicio de mi profesión como Profesora de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (CUPL, que tiene convenio con la Facultad de Derecho de la U.A.M. y con la *CESL: China-EU School of Law*), así como –muy particularmente- los conocimientos adquiridos en diversos cursos de Derecho, que mejoraron mi formación jurídica (en concreto, dos meses

del máster en Derecho Privado de la Universidad Complutense de Madrid, en la rama del Derecho Civil; dos años del doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia sobre el Constitucionalismo en América Latina, pendiente de concluir; y, más reciente, un año del máster “Derecho de los Negocios Internacionales y Litigación” de la Universidad Rey Juan Carlos).

Todo ello justifica que, al estudiar los peculiares matices de Derecho Contractual (en particular lo relativo al incumplimiento del contrato), haya optado por ofrecer la síntesis de las ideas más representativas de la bibliografía china, española y latinoamericana, una vez seleccionadas las investigaciones más prestigiosas sobre los temas abordados, a fin de presentárselas a los lectores chinos, españoles y latinoamericanos, que probablemente sean juristas, investigadores y alumnos de la carrera jurídica.

PARTE GENERAL

Necesidad de Seguridad Jurídica y Vías de Aproximación

Capítulo 1. PREÁMBULO: EL SECTOR ENERGÉTICO COMO EJEMPLO DE LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE CHINA Y AMÉRICA LATINA

I. INTRODUCCIÓN

«A lo largo del siglo XIX, las élites latinoamericanas se entremataron por mil motivos, pero casi siempre con algún tipo de recurso al extranjero. La sensación de que las decisiones importantes referentes a la vida y la muerte, el progreso económico y el desarrollo social se tomaban allende las fronteras de sus propios países era con frecuencia cierta... Hoy como antes, un importante sector de la mayoría de las élites latinoamericanas sigue convencido de que las decisiones principales sobre asuntos internos clave surgen en el extranjero. Esto no se reduce a la izquierda, aunque derecha e izquierda enfocan el tema de modo diferente... Crédito, inversiones, tecnología, pericia, cultura y en

las versiones más extremas, «civilización», proceden del extranjero (La utopía desarmada. Barcelona: Ariel, 1995)»⁹.

Como se anunció en el Planteamiento de la Tesis, el presente estudio toma como punto de partida mi trabajo de tesina. En él, profundicé con éxito en el análisis de las relaciones comerciales entre China y América Latina desde una perspectiva económica. La conclusión a la que llevó esa investigación –la politización de dichas relaciones comerciales- puede verse a continuación, desarrollada con especial atención en el sector energético. Esa conclusión nos conduce ahora a la premisa de partida de esta tesis: la necesidad de despolitizar el ámbito del comercio utilizando como vía para ello un incremento de la seguridad jurídica.

Valore el lector, a continuación, la realidad económica de las relaciones comerciales entre China y América Latina. Como se verá a continuación, las relaciones comerciales entre China y los países de América Latina han prosperado en los últimos años gracias a intereses económicos compartidos, trayendo múltiples beneficios para ambos¹⁰.

Desde la política de reforma y apertura de China, que se inició en la III Sesión Plenaria del XI Comité Central del Partido Comunista de China en 1978, la economía china ha experimentado un importante crecimiento.

⁹ Jorge G. Castañeda, citado por Enrique Rivero Ysern, *El Estado de Derecho Latinoamericano, integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Ediciones Universidad Salamanca, 2003, pp. 92-93.

¹⁰ *EconSouth Federal Reserve Bank of Atlanta*, Volume 13, Number 2, Second Quarter 2011.

Con el desarrollo de la economía china, el comercio entre China y América Latina también está desarrollándose rápidamente. Este comercio abarca una gran variedad de productos, desde materias primas hasta productos manufacturados pero lo más destacable es el comercio del sector energético.

China ha realizado estudios de exploración sobre petróleo y otros recursos que indican que posee escasos yacimientos. Sin embargo, como todos sabemos, América Latina es un continente rico en recursos energéticos, si tomamos Venezuela como ejemplo, algunos expertos señalan que «si sus reservas fueran utilizadas como única fuente de energía para abastecer el consumo interno, tendría una duración de 150 años, teniendo en cuenta que el consumo promedio anual fuera el doble del consumo energético total actual».¹¹

Año	1983	1993	2002	2003
Petróleo/10 ⁸ barriles	259	644	772	780
Gas Natural/10 ⁸ m ³	15 600	36 900	41 800	41 500

¹¹ Julia García y Gabriela González de Castejón, *Venezuela historia, política, sociedad, economía, cultura*, p. 85, Estudios de Política Exterior SA, Biblioteca Nueva, 2004

Tabla 4. Reserva de petróleo y gas natural en Venezuela. Fuente: *BP Statistical Review of World Energy 2004* (el original del autor chino ha sido traducido por mí al español)¹².

Por otra parte, como explica Raúl Sánchez García, «China tiene un hambre voraz de materias primas para alimentar sus elevadas tasas de crecimiento (económico), *ya que* está en una fase temprana de su desarrollo. Y América Latina se ha convertido en su granero. Así es como explican muchos analistas el impacto de la demanda china de materias primas que compra al continente americano. (Por ello), *la* mayor parte de los países del continente *América Latina* se han beneficiado de la irrupción de China en el comercio internacional porque están especializados en materias primas»¹³.

El autor sigue explicando que, como es bien sabido, «China se ha convertido en el primer importador de materias primas del mundo. Y *América Latina* exporta (...) el 9,5% del petróleo en el mundo. Por eso, durante los años 2003-2004, los intercambios *en el sector energético* entre China y *América Latina* han experimentado un *desarrollo*

¹² Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1 , 2005, pp. 14-19.

¹³ Raúl Sánchez García, *Relaciones Económicas China-América Latina*, p. 13.

vertiginoso. Además, según el BBVA, este fenómeno ha beneficiado más a América Latina que a China y a la región asiática en general»¹⁴.

Dada esta información, el objeto de este capítulo es el análisis de este comercio en la actualidad. ¿Por qué se ha desarrollado tanto en las últimas tres décadas? Y, ¿qué resultados provocará este comercio? En concreto, con este análisis se pretende alcanzar tres objetivos: En primer lugar, realizar un resumen de la historia del comercio del sector energético entre China y América Latina y su situación actual centrándome en el sector energético y en los dos principales socios de China en América Latina: Venezuela y Brasil; En segundo lugar, proponer un análisis de las motivaciones del desarrollo de este comercio y los problemas surgidos durante el proceso; Y, en tercer lugar, analizar las perspectivas de futuro del comercio bilateral.

II. HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE CHINA Y AMÉRICA LATINA

En esta parte se trata de revisar los tiempos y la manera de acercamiento de los diferentes países latinoamericanos a China.

¹⁴ Raúl Sánchez García, *Relaciones Económicas China-América Latina*, p. 13.

1. Perspectiva histórica de las relaciones comerciales entre China y América Latina¹⁵

Como expresa el investigador chino Song Xiaoping, «China y América Latina están separadas por un inmenso Océano, pero ambas tienen una historia bastante larga de relaciones, las cuales, según muchos especialistas, tanto chinos como extranjeros, se remontan a épocas muy lejanas. / Algunos de ellos suponían que los antepasados de los indígenas americanos eran de la misma raza que los chinos, o sea, de la mongoliana asiática. De 23 a 10 mil años antes de nuestra Era, los mongolianos asiáticos fueron al Continente Americano a través del Estrecho de Bering en el último período glacial del Cuaternario. En aquel entonces, hacía mucho frío, ellos pudieron pasar por el hielo del Continente Asiático al Americano. Estos especialistas indicaban que, como prueba de todo esto, entre las antiguas culturas indígenas americanas y las asiáticas, sobre todo la china, existían muchas semejanzas, algunos hallazgos descubiertos en México, el Perú y el Ecuador son muy similares a los encontrados en China, tanto en forma como en contenido. Incluso, en la actualidad, los

¹⁵ En esta parte, para presentar a los lectores los datos e informaciones más correctos, he elegido las investigaciones más representativas realizadas por los estudiosos chinos como bibliografía y fuente.

indígenas latinoamericanos guardan muchas costumbres y hábitos similares a los de los chinos»¹⁶.

Con todo, como explica el investigador chino Zhu Wenhui¹⁷, debido a las grandes distancias entre China y América Latina y la falta de lazos históricos y culturales, las relaciones económicas y comerciales entre China y América Latina se mantuvieron a un nivel muy bajo antes de la década de 1990, y se caracterizó por la escasez de intercambios bilaterales¹⁸.

El autor sigue explicando que, las relaciones económicas y comerciales entre China y América Latina se iniciaron en la década de 1970, cuando China y los países latinoamericanos estaban estableciendo relaciones diplomáticas. El promedio del volumen anual del comercio bilateral entre China y América Latina llegó a 1,028 mil millones de dólares en la década de 1970. En la década de 1980, con el desarrollo de la exportación de la economía china, la situación del comercio

¹⁶ Song Xiaoping, *Relaciones y políticas de China con América Latina*, diciembre, 2004, p. 1, disponible en la página web oficial del Instituto de América Latina de la Academia de Ciencias de China de Ciencias sociales (<http://ilas.cass.cn/manager/jeditor/UploadFile/2009151663737.pdf>).

¹⁷ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, pp. 8-15, y 63-64. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

¹⁸ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, p. 8. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

internacional de China estaba mejorando poco a poco, pero los países latinoamericanos estaban sufriendo la “década perdida” y el estancamiento económico, provocados por la crisis de deuda. Durante aquella época, el promedio anual de la tasa del crecimiento del comercio bilateral entre China y América Latina fue de sólo el 2,2%; Sobre todo, las exportaciones chinas a América Latina sufrieron una gran recesión y China se encontró en una situación de déficit durante mucho tiempo¹⁹.

Zhou Wenhui indica que, después de la década de 1990, la economía latinoamericana mostró una mejora significativa, al mismo tiempo, las relaciones internacionales económicas y comerciales de China también entraron en una etapa de desarrollo a gran escala²⁰.

Aparte de lo mencionado arriba, el autor expresa que, durante aquellos 10 años, las exportaciones de China hacia América Latina aumentaron en 5,19 veces, mientras que las importaciones crecieron en 1,5 veces. Desde 1994, el comercio entre China y América Latina se desarrolló hacia un equilibrio; A finales de 1990, China tuvo un superávit en el comercio con América Latina, que mostró que los productos chinos

¹⁹ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, p. 8. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

²⁰ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, p. 8. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

habían logrado un éxito inicial en el desarrollo de los mercados de América Latina y tuvieron una fuerza competitiva. Especialmente durante los años 1998 y 1999, afectados por la crisis financiera, las importaciones chinas desde América Latina mantuvieron una tendencia estancada, mientras que el ritmo del crecimiento de exportación se mantuvo, de lo que resultó un aumento sustancial del superávit comercial de China en América Latina. Sin embargo, con el crecimiento de las importaciones de China en 2000, la situación ha cambiado bastante²¹.

Por fin, Zhu Wenhui concluye que, en la década de 1990, los patrones del comercio entre China y los diferentes países latinoamericanos son variados. Por ejemplo, para los países ricos en recursos naturales-como Brasil, Argentina, Chile o Perú-, China tuvo un déficit comercial con ellos, mientras que China desempeñó un superávit comercial con otros países como México, Colombia, etc²².

²¹ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, pp. 8-9. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

²² Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, p. 9. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

2. Actualidad: Relaciones chino-latinoamericanas en el siglo XXI

Como explica el investigador chino Zhu Wenhui, desde el 2000, las relaciones comerciales entre China y América Latina han experimentado una tendencia al desarrollo más rápido, siendo su principal característica el incremento de la exportación desde América Latina hacia China²³.

Los patrones del comercio entre China y América Latina también manifestaron un cambio muy grande, como expresa Zhu Wenhui, por un lado, las exportaciones chinas a América Latina siguen el mismo crecimiento continuo que en la década de 1990; Por otro lado, las importaciones chinas desde América Latina dejaron el estancamiento de la década de 1990, mostrando un crecimiento sustancial²⁴ hasta el día de hoy.

Debido a la escasez de recursos alimenticios y energéticos que presenta su territorio, la diplomacia china ha encarado un proceso para diversificar y reducir la vulnerabilidad externa, redireccionando sus inversiones para que puedan ser complementarias a las necesidades de materias primas, petróleo y alimentos (León-Manríquez, 2006: 30;

²³ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, p. 9. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

²⁴ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, p. 9. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

Zhang, 2010: 56)²⁵. Zhu Wenhui indica que, el aumento de las importaciones chinas procedentes de América Latina refleja los cambios de la demanda interna de China en los últimos años y que los recursos naturales de China y América Latina son complementarios. Los principales productos de las importaciones chinas de América Latina son acero, soja, mineral de hierro, cobre, madera, pescado, azúcar y otros productos básicos, o productos de recursos, o productos semi-terminados, que son escasos en el proceso de industrialización en China en los últimos años²⁶.

Oswaldo Rosales y Mikio Kuwayama expresan que, «los vínculos comerciales y de inversión entre China y América Latina y el Caribe han seguido expandiéndose. En 2010, el valor del comercio bilateral se acercó los 200.000 millones de dólares, y durante la década pasada la región fue el socio comercial más dinámico de China»²⁷.

Oswaldo Rosales y Mikio Kuwayama siguen explicando que, «China se ha convertido en un socio comercial clave para la región. Ya es el

²⁵ Pablo Alejandro Nacht, *El Dragón en América Latina: las relaciones económico-comerciales y los riesgos para la región*, Íconos. Revista de Ciencias Sociales Num. 45, Quito, septiembre 2013, p. 142.

²⁶ Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, p. 10. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

²⁷ Oswaldo Rosales y Mikio Kuwayama, *China y América Latina y el Caribe: Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, marzo de 2012, pp. 11-12.

primer mercado de destino de las exportaciones del Brasil y Chile, y el segundo del Perú, Cuba y Costa Rica. También es el tercer país entre los principales orígenes de las importaciones de América Latina y el Caribe, con un valor que representa el 13% del total de las importaciones de la subregión y, a su vez, América Latina y el Caribe se ha transformado en uno de los destinos más destacados de la IED china»²⁸.

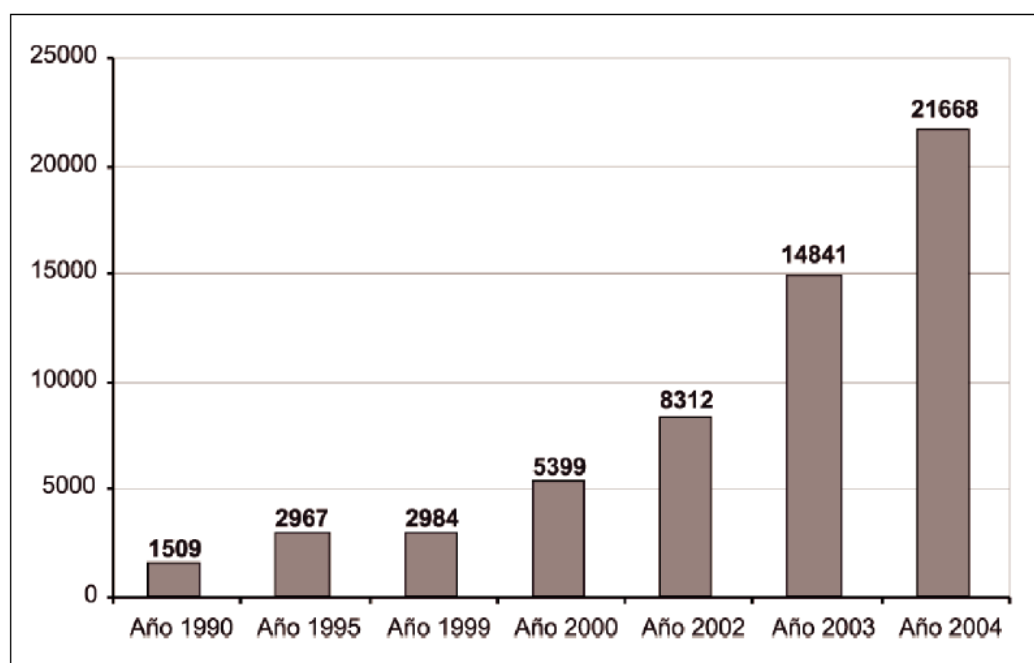


Gráfico 6. Exportaciones latinoamericanas hacia China, 1990-2004 (en millones de USD)²⁹. Fuente: CEPAL, 2005, en base a información de COMTRADE.

²⁸ Osvaldo Rosales y Mikio Kuwayama, *China y América Latina y el Caribe: Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, marzo de 2012, pp. 11-12.

²⁹ Sara Larraín, M. Paz Aedo y Pablo Sepúlveda, *China y América Latina: Comercio e inversiones, obstáculos y desafíos para la sustentabilidad*, CONOSUR SUSTENTABLE, HEINRICH BOELL Foundation, Programa Chile Sustentable, 2005, p. 10.

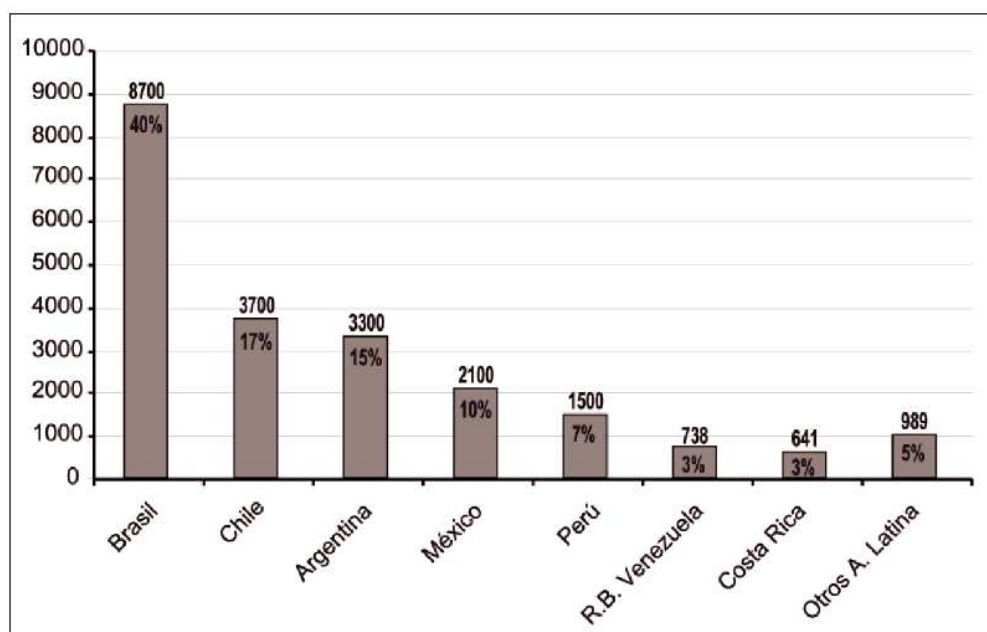


Gráfico7. Principales países exportadores de América Latina hacia China, año 2004 (en millones de USD)³⁰. Fuente: CEPAL, 2005, en base a información de COMTRADE.

³⁰ Sara Larraín, M. Paz Aedo y Pablo Sepúlveda, *China y América Latina: Comercio e inversiones, obstáculos y desafíos para la sustentabilidad*, CONOSUR SUSTENTABLE, HEINRICH BOELL Foundation, Programa Chile Sustentable, 2005, p. 11.

	2005	2006	2007	2008	2009	Tasa de crecimiento
Exportaciones						
Destino						
América Latina y el Caribe	23 259	35 396	51 060	71 045	56 449	24,8
Asia y el Pacífico	140 443	165 971	202 705	246 407	203 988	9,8
Estados Unidos	163 180	203 801	233 169	252 844	221 295	7,9
Resto del mundo	289 458	373 789	487 563	567 038	483 473	13,7
Unión Europea	145 613	189 978	245 563	293 360	236 442	12,9
Importaciones						
Origen						
América Latina y el Caribe	26 664	34 072	51 004	71 417	64 132	24,5
Asia y el Pacífico	259 677	309 645	365 432	414 786	375 533	9,7
Estados Unidos	48 741	59 314	69 548	81 586	77 755	12,4
Resto del mundo	250 898	297 789	359 164	432 129	360 367	9,5
Unión Europea	73 972	90 641	110 967	132 646	127 769	14,6

Tabla 6: Tasa de crecimiento medio anual del comercio con América Latina, 2005-2009 (*millones de dólares y porcentaje*)³¹. Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de Naciones Unidas, Base de datos estadísticos sobre el comercio de mercaderías (COMTRADE) (citado por los autores).

³¹ Osvaldo Rosales y Mikio Kuwayama, *China y América Latina y el Caribe: Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, marzo de 2012, p. 70.

	2000	2006	2007	2008	2009	2010
Exportaciones						
Destino						
América Latina y el Caribe	19,0	17,2	18,2	19,6	18,9	18,9
Asia	5,0	9,7	11,5	12,2	15,2	16,6
China	1,1	3,4	4,7	4,9	7,1	8,3
Otros países de Asia	3,9	6,4	6,8	7,2	8,1	8,3
Estados Unidos	61,0	50,0	46,2	43,3	41,5	41,0
Unión Europea	11,8	14,2	15,0	15,2	13,9	13,1
Resto del mundo	3,2	8,9	9,2	9,8	10,5	10,5
Importaciones						
Origen						
América Latina y el Caribe	15,1	20,5	20,5	21,2	20,7	19,7
Asia	10,9	22,0	23,1	23,3	24,7	26,9
China	1,8	8,4	9,6	10,5	11,8	13,3
Otros países de Asia	9,1	13,6	13,4	12,9	12,9	13,6
Estados Unidos	55,0	34,9	32,7	31,2	31,5	30,8
Unión Europea	12,1	14,3	14,6	14,7	15,1	14,3
Resto del mundo	6,9	8,2	9,1	9,6	8,0	8,3

Tabla 8: América Latina y el Caribe: destino y origen del comercio, 2000, 2006-2009 (*En porcentajes*)³². Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de datos oficiales de los países (Citados por los autores).

³² Osvaldo Rosales y Mikio Kuwayama, *China y América Latina y el Caribe: Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, marzo de 2012, p. 71

	Asia y el Pacífico		China		Estados Unidos		Unión Europea		América Latina y el Caribe		
	2000	2009	2000	2009	2000	2009	2000	2009	2000	2009	
América del Sur	Argentina	9,4	15,2	3,0	6,6	12,0	6,2	18,0	18,6	48,1	42,2
	Bolivia (Estado Plurinacional de)	1,4	18,3	0,4	2,4	24,0	8,4	17,3	9,1	44,2	59,6
	Brasil	10,3	26,1	2,0	13,2	24,3	10,2	28,0	22,2	24,8	22,5
	Chile	26,1	46,1	5,0	23,2	16,5	11,3	25,2	18,0	21,9	19,1
	Colombia	2,6	6,0	0,2	2,9	50,4	39,6	13,9	14,2	28,9	24,6
	Ecuador	10,9	2,6	1,2	0,9	37,9	33,4	12,9	14,9	31,5	42,7
	Paraguay	2,0	7,1	0,7	1,1	3,9	1,6	13,6	6,0	74,5	69,6
	Perú	16,9	26,9	6,4	15,4	28,0	16,3	22,0	15,6	18,1	16,0
	Uruguay	8,3	8,5	4,0	4,3	8,3	3,3	16,3	15,0	54,2	40,0
	Venezuela (República Bolivariana de)	1,9	15,5	0,1	5,9	59,6	48,8	5,8	13,3	19,6	15,8
Centroamérica	Costa Rica	5,5	17,6	0,2	8,8	52,0	33,7	22,1	17,3	19,0	27,1
	El Salvador	0,4	1,7	0,0	0,1	65,5	46,6	5,7	5,8	27,8	43,5
	Guatemala	3,6	3,2	0,1	0,4	44,0	42,5	10,9	5,5	35,6	40,1
	Honduras	1,6	3,4	0,0	1,5	79,3	40,7	4,5	22,7	6,0	29,3
	México	1,4	3,7	0,2	1,0	88,2	80,7	3,5	5,1	3,6	6,4
	Nicaragua	0,8	2,5	0,0	-	57,2	29,5	16,4	13,3	23,4	50,8
	Panamá	2,0	8,2	0,2	2,5	45,9	42,6	21,7	24,4	23,2	19,5

Tabla 9: América Latina y el Caribe: Evolución de las exportaciones en los principales destinos, 2000 y 2009 (*En porcentajes de las exportaciones totales*)³³. Fuente: Naciones Unidas, Base de datos estadísticos sobre el comercio de mercaderías (COMTRADE), información oficial de los países y Fondo Monetario Internacional, Department of Trade Statistics (DOTS) (Citado por los autores Osvaldo Rosales y Mikio Kuwayama).

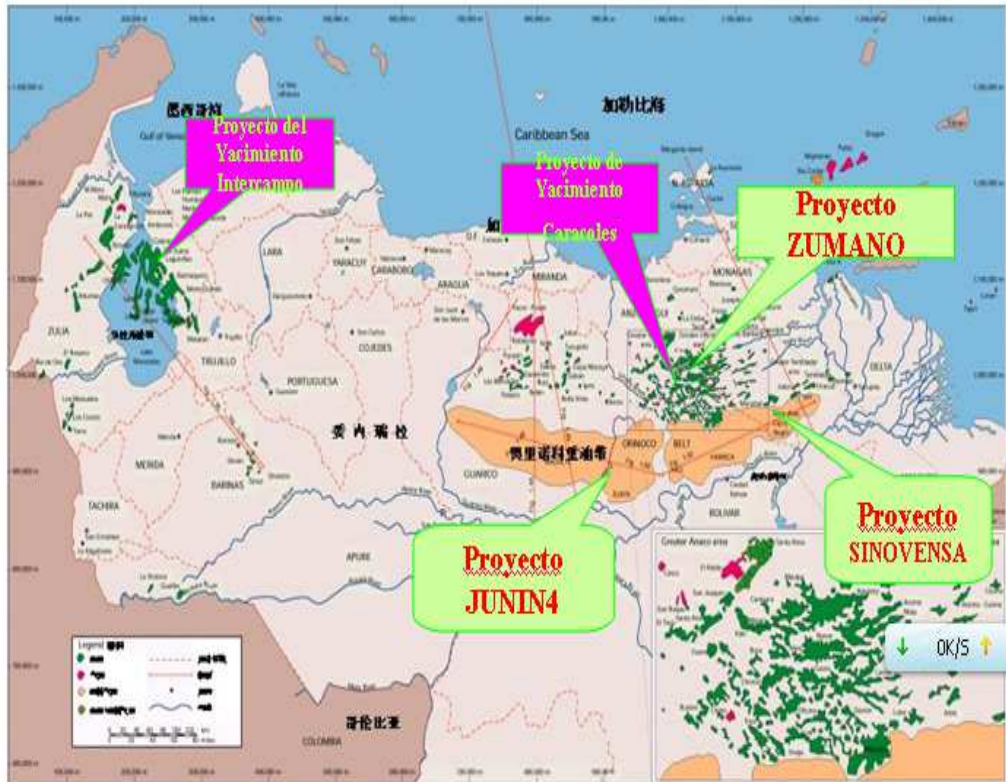
³³ Osvaldo Rosales y Mikio Kuwayama, *China y América Latina y el Caribe: Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, marzo de 2012, p. 78.

III. EL SECTOR ENERGÉTICO COMO EJEMPLO MÁS DESTACABLE DE LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE CHINA Y AMÉRICA LATINA

Me referiré a continuación a la situación actual del mercado de energía como sector destacado de las relaciones comerciales entre China y América Latina, con especial atención a Brasil y a Venezuela, por ser países que -en este ámbito- vienen teniendo un volumen importante de negocios con China.

1. Situación actual

Actualmente, las compañías petroleras chinas tienen grandes inversiones en el sector de petróleo y gas en Venezuela. Por ejemplo, CNPC (empresa china estatal de petróleo) actualmente tiene tres proyectos operativos y un nuevo proyecto en dicho país, como muestra el siguiente cuadro:



Cuadro 1: Mapa de ubicación de proyectos de CNPC en Venezuela.
 Fuente: CNPC (China National Petroleum Corporation).

2. Características de los socios suministradores y tipos de productos

Durante las cooperaciones energéticas entre China y América Latina, los principales socios suministradores latinoamericanos de petróleo fueron los países de izquierda, que tienen muy buenas relaciones con el Gobierno chino.

3. Características de las empresas chinas

Las empresas chinas que entran en el mercado energético de América Latina y participan en este comercio son casi todas estatales.

China cuenta con tres empresas petroleras principales: *China National Petroleum Corporation (CNPC*, su marca es *PetroChina*), *China Petroleum and Chemical Corporation (SINOPEC)* y *China National Offshore Oil Corporation (CNOOC)*.

Como explican Sara Larraín, M. Paz Aedo y Pablo Sepúlveda, «en materia de (...) energía, las principales empresas chinas involucradas (...) son³⁴:- *China National Petroleum Corporation (CNPC)*: con inversiones y proyectos en *Venezuela, Brasil, Ecuador, Perú y Argentina*. /- *China National Oil & Gas Exploration & Development Corporation (CNODC)*, rama internacional de CNPC: con inversiones y proyectos en Colombia./- *Petro China*: con inversiones en *Venezuela*./ - *China Petroleum Corporation (SINOPEC)*: con inversiones y proyectos en *Venezuela, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador y Perú*. /- *Shengli International*, rama internacional de SINOPEC: con inversiones y proyectos en *Bolivia*./-

³⁴ Sara Larraín, M. Paz Aedo y Pablo Sepúlveda, *China y América Latina: Comercio e inversiones, obstáculos y desafíos para la sustentabilidad*, CONOSUR SUSTENTABLE, HEINRICH BOELL Foundation, Programa Chile Sustentable, 2005, p. 39 y ss.

China International Offshore Oil Corp (CNOOC): con inversiones y proyectos en Argentina y Colombia. / (...)»³⁵.

4. Nivel de cooperación y desarrollo: los casos de Venezuela y Brasil

Como explica el investigador chino Zhou Zhiwei³⁶, las empresas energéticas chinas no entraron en el mercado energético de América Latina tan temprano como las empresas occidentales, y por ello el nivel de cooperación entre estas empresas chinas y las de América Latina todavía es muy bajo. Por lo tanto, se puede decir que estas cooperaciones no son muy sólidas. América Latina todavía es un "Nuevo Mundo" de la cooperación energética para China y aún les queda un gran potencial por desarrollar³⁷.

Como antes anuncié, entre todos los socios suministradores latinoamericanos de petróleo, nos centraremos a continuación en

³⁵ Sara Larraín, M. Paz Aedo y Pablo Sepúlveda, *China y América Latina: Comercio e inversiones, obstáculos y desafíos para la sustentabilidad*, CONOSUR SUSTENTABLE, HEINRICH BOELL Foundation, Programa Chile Sustentable, 2005, p. 39 y ss.

³⁶ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p.3. A continuación, aporto traducción castellano de algunos textos de este artículo.

³⁷ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p.3. A continuación, aporto traducción castellano de algunos textos de este artículo.

Venezuela y Brasil, por ser estos países de los más representativos en el ámbito al que ahora nos referimos.

4.1. Historia del comercio energético con Venezuela

La investigadora china Guo Delin explica que (ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis)³⁸, la experiencia inicial de esta cooperación tuvo lugar en el año 1997, con la adquisición por parte de CNPC del derecho a explotar dos campos petrolíferos marginales en Venezuela durante 20 años. Tras el perfeccionamiento de la exportación y la utilización de las tecnologías nuevas y avanzadas, la producción de estos dos campos se ha mejorado de forma notable, creciendo de 4905 barriles por día al principio a 31,4 mil barriles por día en diciembre de 2001³⁹.

La autora sigue explicando que, al mismo tiempo que el proyecto de exploración petrolífera obtuvo buenos resultados en Venezuela, los servicios técnicos petroleros entraron en este mercado en el año 1999⁴⁰.

³⁸ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, pp. 26-30. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

³⁹ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, pp. 26-30. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis. En este sentido, véase en: Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1, 2005, pp. 14-19.

⁴⁰ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, pp. 26-30. Ofrezco la traducción al castellano del texto

Ella menciona los siguientes ejemplos⁴¹: en septiembre del año 2000, la empresa Daqing Venezuela⁴² ganó la licitación del proyecto de Adquisición Sísmica Geofísica de unos determinados yacimientos. Desde entonces, los servicios de ingeniería y tecnología de los proveedores chinos empezaron a entrar en el mercado venezolano a gran escala. Según los datos estadísticos, el importe total de contratos con las empresas energéticas chinas fue de más de 100 millones de dólares en el año 2001, entre los cuales la empresa china *Great Wall Drilling*, una empresa filial de *China National Petroleum Corporation*, ganó la licitación del contrato de perforación de ocho pozos de PDVSA, por el importe de 69 millones de dólares; La empresa Daqing Venezuela ganó la licitación de tres proyectos geofísicos, cuyo importe total fue 20,5 millones de dólares; La empresa *Huabei Oilfield*⁴³ de *PetroChina* ganó los proyectos de reparación de pozos y de perforación en marzo y abril de 2001, con un importe de contrato anual de 16 millones de dólares (el beneficio

original en chino en la tesis. En este sentido, véase en: Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1, 2005, pp. 14-19.

⁴¹ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, pp. 26-30. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis En este sentido, véase en Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1 , 2005, pp. 14-19.

⁴² Daqing es una empresa filial de *China National Petroleum Corporation (CNPC)* y está establecido en el mismo campo petrolero de Daqing, en la parte noreste de China.

⁴³ Igual como la empresa Daqing, *Huabei Oilfield* también es una empresa filial de *China National Petroleum Corporation (CNPC)* y está denominada por el mismo nombre del campo petrolero, que se encuentra en la parte norte de China.

previsto fue de hasta el 20%⁴⁴. En total, casi todos los servicios de tecnología de petróleo prestados por las empresas chinas fueron y son beneficiosos hasta ahora, aunque con diferentes niveles de rentabilidad.

Además de los arriba mencionados, la autora indica que, en diciembre de 2001, China y Venezuela firmaron un acuerdo de construir una empresa mixta para la producción conjunta de aceite emulsionado. Este proyecto se inició a finales del año 2002, la capacidad de producción anual fue de 6,5 millones de toneladas de aceite emulsionado y todos los productos fueron vendidos a China⁴⁵.

Silvia Hernández Rada⁴⁶ explica que, «en 2004 mediante convenio, Venezuela otorgó bajo licencia a (*China National*) *Petroleum Corporation* (CNPC, también llamado *Petro China*) 12 pozos maduros del campo petrolero Zumano, el cual posee importantes reservas de crudo extrapesado, (...). (*Con este fin*), fue creada Petrozumano S.A., para efectuar actividades de exploración y producción en los estados Anzoátegui y Monagas»⁴⁷.

⁴⁴ En este sentido, véase en Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1, 2005, pp. 14-19.

⁴⁵ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, pp. 26-30. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en la tesis.

⁴⁶ Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15, junio 2011. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

⁴⁷ Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15,

En agosto de 2006, como explica la autora Silvia Hernández Rada, los dos Gobiernos firmaron un «“Memorándum de Entendimiento” para la Constitución de una Empresa Mixta para el ensamblaje y construcción de Taladros entre PDVSA y CTPDC (*China Petroleum Technology & Development Corporation, que pertenece a CNPC*), por el cual se constituyó la Industria China Venezolana de Taladros, S.A. ubicada en el estado Anzoátegui»⁴⁸.

La autora Silvia Hernández Rada también indica que, «otra inversión importante que han llevado a cabo estos dos gobiernos ha sido la adquisición venezolana de 28 taladros petroleros en mayo de 2006 a la CNPC⁴⁹»⁵⁰.

Silvia Hernández Rada sigue explicando que, «mediante el convenio de septiembre de 2008 se permite la construcción de una empresa conjunta entre PDVSA y SINOPEC (*China Petroleum & Chemical Corporation*) para el desarrollo del bloque Junín 8 y la posibilidad de participar en el desarrollo del Junín 1, proyecto que prevé la construcción de una refinería en Cabruta en el estado Guárico con capacidad de

junio 2011, p. 12. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

⁴⁸ Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15, junio 2011, p. 13. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

⁴⁹ *China National Petroleum Corporation*

⁵⁰ Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15, junio 2011, p. 13. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

procesamiento de hasta 200 mil barriles diarios de crudo extra pesado. Este proyecto permitirá la extracción de 400 barriles por día»⁵¹.

Además, Silvia Hernández Rada explica que, «Venezuela planea construir al menos tres refinerías en *China* donde procesaría su propio crudo, transportado desde Venezuela por una flota de tanqueros venezolanos que serán construidos con asesoría técnica china. La primera de estas refinerías ha sido aprobada por *el gobierno chino* y estará ubicada en [*el distrito de Huiyang (en chino: 惠来) ciudad de Jiayang (en chino: 揭阳) de*] la provincia (...) Guangdong, se trata de un proyecto conjunto entre PDVSA y CNPC, con una capacidad de refinación de 400 mil de barriles diarios»⁵².

Silvia Hernández Rada también ha indicado que, «está en ejecución el desarrollo del Bloque Junín 4 en Anzoátegui perteneciente a la Faja Petrolífera del Orinoco *que* contempla la constitución de una empresa mixta entre PDVSA y la china CNCP con una inversión de 16.300 millones de dólares que estima una producción inicial, para 2012, de 50

⁵¹ Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15, junio 2011, p. 12. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

⁵² Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15, junio 2011, p. 13. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

mil barriles diarios que irá incrementándose hasta alcanzar la producción de 400 mil barriles diarios para 2016»⁵³.

4.2. Comercio Energético con Brasil

El presidente chino Xi Jinping⁵⁴ realizó una gira por México, Jamaica, Colombia, Venezuela, Brasil y Malta en el febrero de 2009⁵⁵. Como anunció EFE el día 19 de febrero de 2009 en Brasilia, «el 18 de febrero de 2009, el (*entonces*) vicepresidente chino Xi Jinping visitó Brasil. Los Gobiernos de Brasil y China firmaron (...) ocho acuerdos, de los que dos están destinados a abastecer de hasta 160.000 barriles de petróleo brasileño cada día a (*las*) refinerías chinas. / Cuatro de los ocho acuerdos suscritos se refieren al sector energético y abarcan desde electricidad y gas natural hasta recursos renovables y petróleo»⁵⁶.

Por ejemplo, EFE indica que, «la (*empresa*) estatal brasileña Petrobras se *comprometió* (...) a suministrar entre 40.000 y 60.000 barriles de crudo cada día a las refinerías de la *China National Petroleum*

⁵³ Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15, junio 2011, p. 12. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

⁵⁴ En aquél entonces, era el vicepresidente chino.

⁵⁵ Fuente: página web oficial de China Radio Internacional, disponible en: <http://espanol.cri.cn/161/2009/02/06/Zt1s172280.htm>.

⁵⁶ EFE, *Brasil suministrará a China hasta 160.000 barriles de petróleo diarios*, Brasilia, día 19 de febrero de 2009.

Company (CNPC)»⁵⁷, por un año. «En otro convenio, (*Petrobras*) venderá también entre 60.000 y 100.000 barriles cada día a otra refinería propiedad de la compañía china Sinopec»⁵⁸.

EFE sigue explicando que, «Petrobras, Sinopec y el Banco de Desarrollo de China suscribieron además un memorando mediante el cual se establece el estudio de fórmulas para que la entidad financiera china “garantice el abastecimiento” de petróleo acordado»⁵⁹.

EFE indica que, «(según) el presidente de Petrobras, Sergio Gabrielli, (...), ese acuerdo de financiación podría llegar a unos 10.000 millones de dólares (7.800 millones de euros)»⁶⁰ y el suministro pactado hasta 2009 «podrá ser renovado»⁶¹. «Estos acuerdos “demuestran las posibilidades de captación de nuevas fuentes para financiar” las actividades de la petrolera brasileña. En el área energética, la empresa china *Donfang Energy* firmó otro convenio por el que (*se*) comprometió a suministrar 18 turbinas para la presa hidroeléctrica Jirau, que el Gobierno brasileño construye en el río Madeira, fronterizo con Bolivia»⁶².

⁵⁷ EFE, *Brasil suministró a China hasta 160.000 barriles de petróleo diarios*, Brasilia, día 19 de febrero de 2009.

⁵⁸ EFE, *Brasil suministró a China hasta 160.000 barriles de petróleo diarios*, Brasilia, día 19 de febrero de 2009.

⁵⁹ EFE, *Brasil suministró a China hasta 160.000 barriles de petróleo diarios*, Brasilia, día 19 de febrero de 2009.

⁶⁰ EFE, *Brasil suministró a China hasta 160.000 barriles de petróleo diarios*, Brasilia, día 19 de febrero de 2009.

⁶¹ EFE, *Brasil suministró a China hasta 160.000 barriles de petróleo diarios*, Brasilia, día 19 de febrero de 2009.

⁶² EFE, *Brasil suministró a China hasta 160.000 barriles de petróleo diarios*, Brasilia, día 19

IV. ANÁLISIS DE LAS MOTIVACIONES DEL DESARROLLO DEL COMERCIO ENERGÉTICO ENTRE CHINA Y AMÉRICA LATINA

Para analizar las motivaciones del desarrollo de la cooperación energética entre China y otros países de América Latina, me referiré en particular a Venezuela y Brasil. La cooperación entre estos países se debe a tres factores: en primer lugar, este desarrollo está relacionado con la estrategia de la seguridad energética de China; en segundo lugar, está asociado a la política energética de los países latinoamericanos y en tercer lugar, también tiene mucho que ver con el impacto de la actual crisis financiera en estos dos países latinoamericanos.

1. La estrategia de “Seguridad Energética” de China

Con el rápido crecimiento económico chino, el Gobierno chino se ha visto obligado a preparar de nuevo “la estrategia de seguridad energética” de los últimos años⁶³.

de febrero de 2009

⁶³ Liu Qiang, «Zhong Guo Yu La Mei Shi You He Zuo Tan Tao», *Journal of Latin American Studies*, Vol. 27, No.1, Feb., 2005, p25.

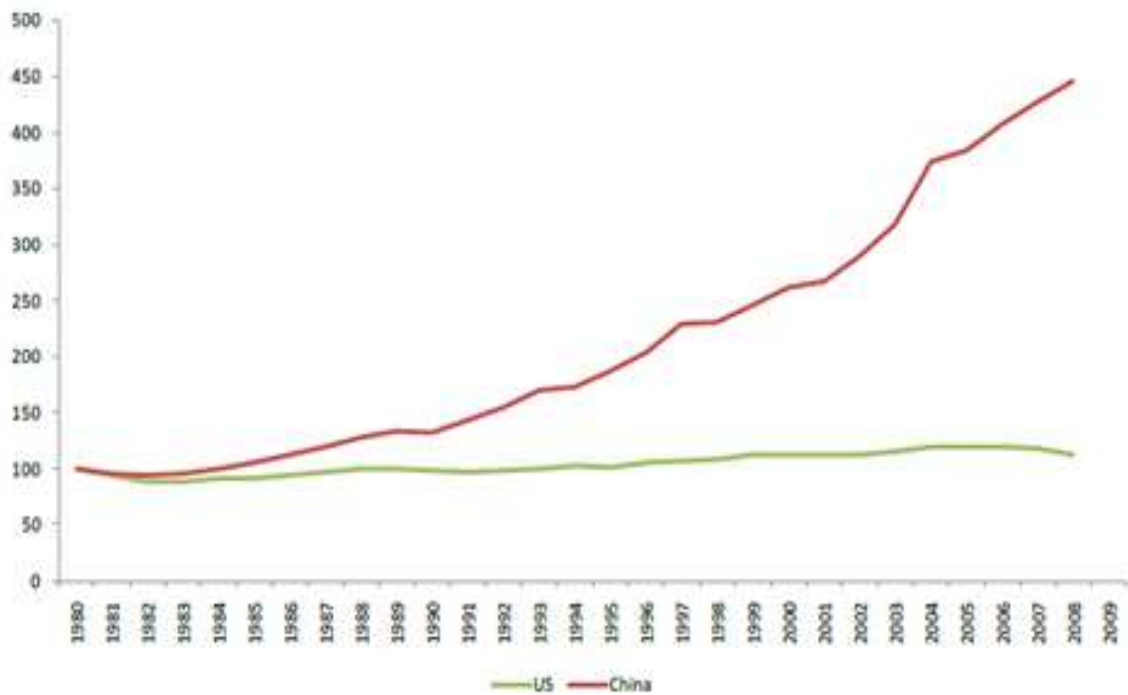
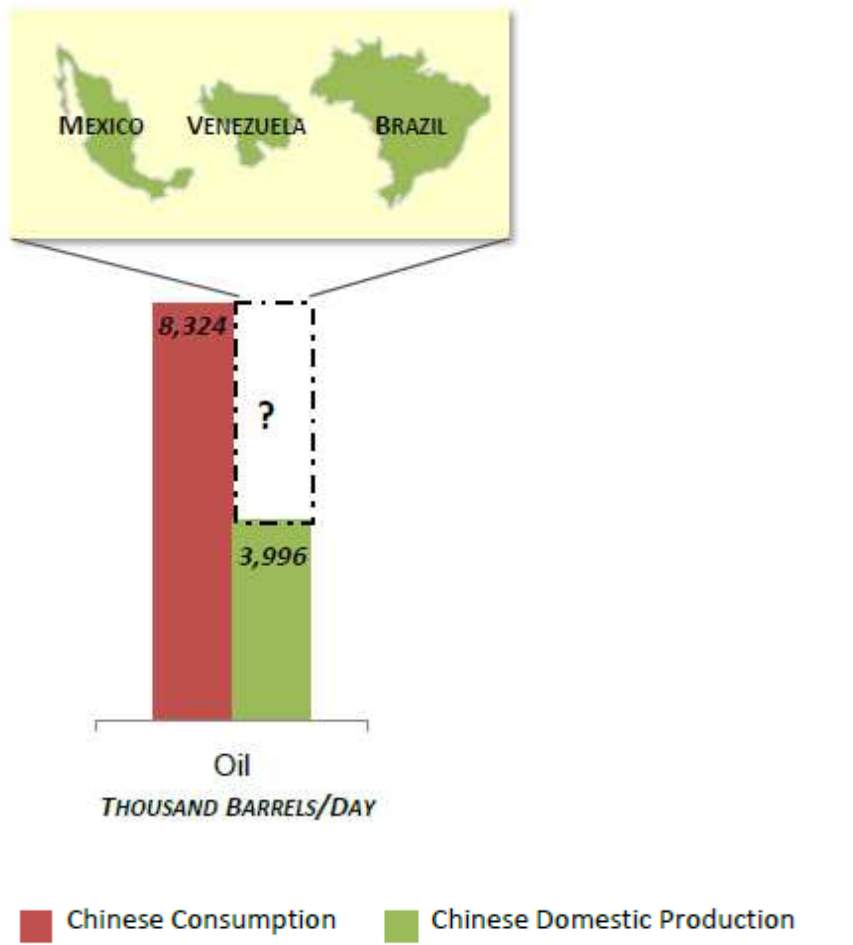


Gráfico 10: Comparación de consumo de petróleo entre China y E.E.U.U. 1980-2009⁶⁴. Fuente: *BP Statistical Review* (citado por SinoLatin Capital)⁶⁵

La brecha entre el consumo energético y la producción energética de China es grande, ¿puede América Latina llenar esta brecha?

⁶⁴ SinoLatin Capital, *Why China and Latin America?*, mayo de 2011, p. 19, disponible en: www.sinolatincapital.cn.

⁶⁵ SinoLatin Capital, *Why China and Latin America?*, mayo de 2011, p. 19, disponible en: www.sinolatincapital.cn.



Cuadro 2: Comparación entre el consumo energético y la producción energética de China⁶⁶. Fuente: SINOLATIN CAPITAL

Como afirma Silvia Hernández Rada, «la seguridad energética de China se ha convertido en un componente esencial de la seguridad nacional del país. La diplomacia energética se concentra sobre el suministro mundial de petróleo y gas natural»⁶⁷.

⁶⁶ SinoLatin Capital, *Why China and Latin America?*, mayo de 2011, p. 26, disponible en: www.sinolatincapital.cn.

⁶⁷ Hernández Rada, Silvia, «Venezuela y China relaciones económicas en el régimen de Hugo Chávez (1999-2011)», *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*, N° 15, junio 2011, p. 4. Accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/rev/china/>.

Como afirma Jennifer Richmond, todo ello con «la estrategia de “salir al exterior” (*de las empresas energéticas chinas, estrategia que*) no era totalmente nueva, pero la crisis financiera reforzó *dichas* políticas de inversión en el extranjero del gobierno (chino) y de las empresas chinas. Los bancos chinos estaban encantados de prestar dinero a *estas empresas energéticas* nacionales cuyos beneficios seguían creciendo, y *el gobierno chino está a favor de que* las empresas *reciban* un tratamiento financiero favorable. *Para sus incursiones en el extranjero, la* prioridad de la estrategia de China de “salir al exterior” era reforzar a sus empresas nacionales, haciendo que fueran competitivas en el ámbito internacional, al tiempo que la economía y la influencia de China seguían creciendo a escala mundial. Este objetivo económico también se veía reforzado por un objetivo estratégico muy importante: Al aumentar la interdependencia internacional de China y habida cuenta de que su crecimiento interno requería más aportaciones para la sostenibilidad, *el gobierno chino* era muy consciente de su dependencia de las rutas marítimas para el transporte de sus materias primas»⁶⁸.

Jennifer Richmond explica que, «según la Agencia Internacional de la Energía, el consumo de energía mundial de China aumentará del 15,76%

⁶⁸ Jennifer Richmond, «Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global», *Anuario Asia-Pacífico*, 2010, edición 2011, p. 272, disponible en: www.anuarioasiapacifico.es/inc/visit.php?id=280.

en 2007 al 18% en 2015, igualando al de Estados Unidos. Barry van Wyk del *Beijing Axis* afirma acertadamente: “Teniendo en cuenta que el nivel de consumo per cápita de China es solo una tercera parte del promedio de la OCDE, sus perspectivas futuras son inmensas”. El informe *Energy Outlook 2030* de British Petroleum prevé que China supere a Estados Unidos como principal consumidor de petróleo en el horizonte 2030, con un consumo de petróleo de 17,5 millones de barriles al día (aunque esta estimación asume que el consumo de Estados Unidos no aumentará), y que en 2030 consuma un volumen de gas similar al de toda la Unión Europea en la actualidad»⁶⁹.

Jennifer Richmond sigue explicando que, «el impresionante y creciente consumo de energía de China tiene ramificaciones importantes. Además de tener un impacto considerable en la economía nacional y en las estrategias de seguridad de China, su impacto a escala regional y mundial es inmenso. Según el presidente del Banco Popular de China (el banco central), Zhou Xiaochuan, en un discurso en la universidad Tsinghua el 17 de abril de 2011, las reservas de divisas acumuladas de China, que ascienden a 3 billones de dólares, son “excesivas” e hizo un llamamiento a la diversificación del uso de divisas en bienes estratégicos, incluido el petróleo. En un momento en el que el precio mundial del

⁶⁹ Jennifer Richmond, «Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global», *Anuario Asia-Pacífico*, 2010, edición 2011, p. 277, disponible en: www.anuarioasiapacifico.es/inc/visit.php?id=280.

petróleo podría superar los 120 dólares por barril, el crecimiento de las inversiones chinas *puede* disparar todavía más los precios de la energía en el mundo y ejercer una mayor presión en la inflación en el ámbito nacional, que ya amenaza con estar fuera de control»⁷⁰.

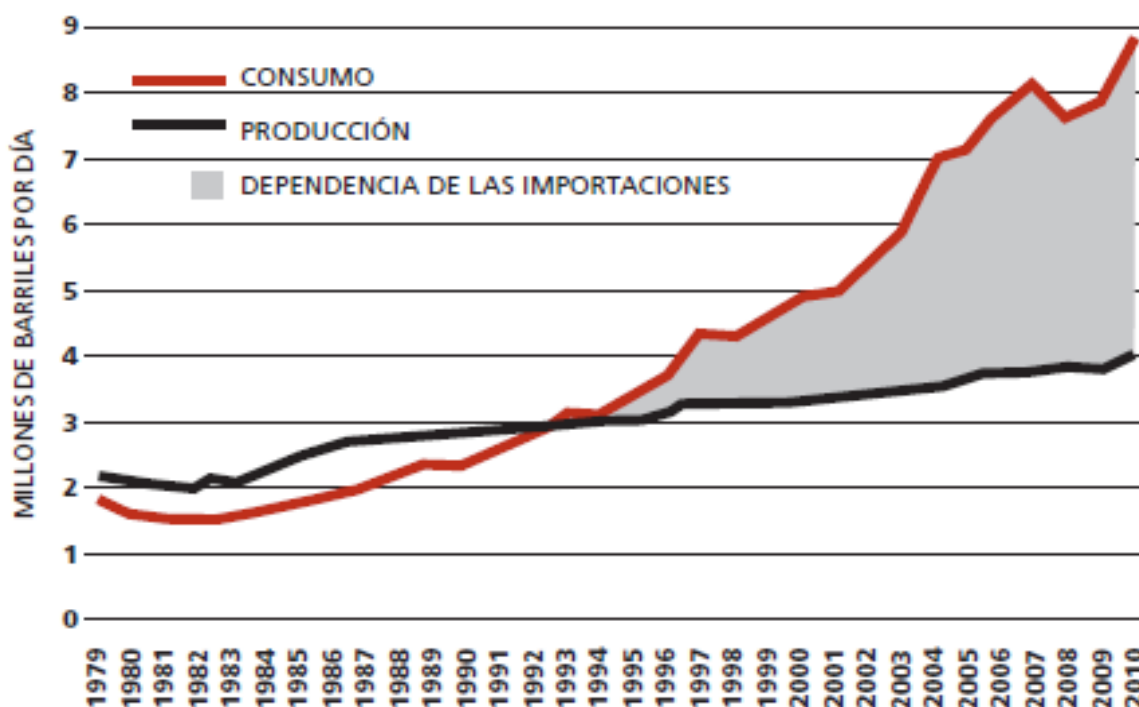


Gráfico 11: Producción y consumo de crudo de China⁷¹. Fuente⁷²: UN Comtrade; Oficina Nacional de Estadística de China; Platts y Strafor.

⁷⁰ Jennifer Richmond, «Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global», *Anuario Asia-Pacífico*, 2010, edición 2011, p. 277, disponible en: www.anuarioasiapacifico.es/inc/visit.php?id=280.

⁷¹ Jennifer Richmond, «Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global», *Anuario Asia-Pacífico*, 2010, edición 2011, p. 277, disponible en: www.anuarioasiapacifico.es/inc/visit.php?id=280.

⁷² Citado por Jennifer Richmond.

Jennifer Richmond explica que, «cuando sube el precio del petróleo, quienes más pierden son los países que no solo deben importar petróleo sino que también están muy industrializados en relación con su economía. (...). El uso intensivo de energía por parte de la industria pesada es especialmente crítico para muchos países asiáticos, en concreto para China, Japón y Corea del Sur, que importan la mayor parte de su petróleo (...) y están muy industrializados. En el plano interno, la rápida industrialización de China se ve afectada de manera crítica por el precio del petróleo. En un momento en el que el precio del petróleo sube, China sigue importando crudo para alimentar a su industria pesada y a los sectores manufactureros exportadores, incapaz de cambiar rápidamente su modelo económico para centrarse más en el consumo interno y en los servicios, al tiempo que intenta aplicar medidas administrativas para limitar los precios en el país. China no puede permitirse que la economía se desacelere sin enfrentarse a un desempleo masivo y a inestabilidad social. Sin embargo, a pesar de que *el gobierno chino* intenta limitar los precios del petróleo y del gas para evitar el malestar popular (que ya está aumentando debido a la inflación), el resultado es una política errática y un aumento de las protestas y tensiones. Sin la sensibilidad necesaria en materia de precios para promover la eficiencia anteponiéndola a inversiones y gastos masivos –inherentes al modelo económico chino–, *el gobierno chino* seguirá engullendo recursos energéticos para alimentar su

economía hasta que se vea forzada a cambiar su política mediante un importante cambio social que podría amenazar seriamente el poder del Partido Comunista Chino»⁷³.

2. Política Energética de Venezuela y Brasil

Como expresa Zhou Zhiwei⁷⁴, el investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Academia China de Ciencias Sociales, los gobiernos latinoamericanos cuentan con unas políticas energéticas abiertas, lo cual ha proporcionado condiciones favorables para la cooperación energética bilateral⁷⁵.

El autor sigue explicando que, aunque Venezuela, Bolivia, Ecuador y otros países de América Latina han fortalecido el control del Estado sobre la industria energética en los últimos años, la apertura de la industria energética aún es Nuela corriente principal de la actual política energética de estos países latinoamericanos. A pesar de que Venezuela, Bolivia y

⁷³ Jennifer Richmond, «Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global», *Anuario Asia-Pacífico*, 2010, edición 2011, pp. 277-278, disponible en: www.anuarioasiapacifico.es/inc/visit.php?id=280.

⁷⁴ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p.2. A continuación, apporto traducción castellano de algunos textos de este artículo.

⁷⁵ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p.2. A continuación, apporto traducción castellano de algunos textos de este artículo.

Ecuador son los tres países latinoamericanos con una reserva energética más importante, han puesto en práctica la nacionalización de las empresas petroleras en los últimos años. El enfoque de estas políticas es aumentar la proporción del gobierno en el reparto de ingresos de petróleo, incrementar el control de participación del gobierno en estas empresas y tener más derecho a seleccionar los países como socios de cooperación. Como el gobierno chino tiene muy buenas relaciones bilaterales con estos tres países, se ofrece un buen entorno para la cooperación energética entre China y ellos⁷⁶.

Además, Zhou Zhiwei explica que, Brasil, México, Perú, Colombia y otros países siguen y mantienen la continuidad de la apertura en las políticas industriales. México y Brasil comenzaron a relajar el control sobre el sector energético y la inversión ya ha sido la clave para la revitalización del sector energético en los dos grandes países de América Latina⁷⁷.

⁷⁶ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2. Aporto traducción castellano de algunos textos de este artículo.

⁷⁷ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2. Aporto traducción castellano de algunos textos de este artículo.

3. La crisis financiera actual y su influencia sobre Venezuela y Brasil

Jennifer Richmond explica que, «tras la crisis financiera, China inició un programa de préstamos por petróleo que aseguró más suministros para alimentar su creciente demanda. Este programa fue especialmente visible en los acuerdos con (...) Brasil y Venezuela. (...) La crisis financiera brindó a China la oportunidad de asegurar recursos en *estos dos* países sin entrar en cuestiones de seguridad que fueran políticamente sensibles»⁷⁸.

La autora sigue explicando que, «desde 2009, China ha firmado numerosos acuerdos de préstamos a cambio de petróleo o de gas en América Latina. Los más destacados son dos acuerdos firmados con Venezuela y uno con Brasil. En febrero de 2009, la CNPC y PetroChina aportaron 4.000 millones de dólares a un fondo de desarrollo conjunto con la empresa nacional de petróleo de Venezuela PDVSA. El contrato garantiza 200.000 barriles al día (200 kb/d) de petróleo. De forma similar, en 2010 la CNPC firmó otro contrato con PDVSA por importe de 10.000 millones de dólares y 70.000 millones de yuan para constituir una *joint venture* para desarrollar el bloque 4 del yacimiento de Junín en Venezuela. El préstamo es reembolsable en petróleo. También en 2009, el

⁷⁸ Jennifer Richmond, «Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global», *Anuario Asia-Pacífico*, 2010, edición 2011, p. 274, disponible en: www.anuarioasiapacifico.es/inc/visit.php?id=280.

Banco de Desarrollo de China firmó con la compañía brasileña Petrobras un crédito a diez años por importe de 10.000 millones de dólares a cambio de 150 k/d de petróleo al día para SINOPEC durante un año y 200 kd/d durante nueve años»⁷⁹.

3.1. Venezuela

El investigador chino Zhou Zhiwei⁸⁰ explica que, la crisis financiera y la caída de precios de la energía asestaron un duro golpe a los países más importantes en el comercio energético de América Latina. Venezuela está afectada por la fuerte caída de los precios internacionales del petróleo, la inflación, la disminución de la inversión privada. Su tasa de crecimiento económico cayó del 8,4% en 2007 al 4,8% en 2008⁸¹.

Según el investigador Zhou Zhiwei, la recesión económica venezolana no sólo limitó el espacio de la “petrodiplomacia” de Hugo Chávez, sino también causó la reducción de ingresos del gobierno. Y, como la política en Venezuela se basa en las políticas sociales, y éstas

⁷⁹ Jennifer Richmond, «Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global», *Anuario Asia-Pacífico*, 2010, edición 2011, p. 274, disponible en: www.anuarioasiapacifico.es/inc/visit.php?id=280.

⁸⁰ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2. Aporto traducción al castellano de algunas partes de su texto con algún comentario personal.

⁸¹ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2.

necesitan muchos ingresos, nos preguntamos, ¿de dónde viene este dinero para mantener el gasto social? Seguramente del sector petrolero, que ocupa las tres cuartas partes de las exportaciones de Venezuela, la mitad de los ingresos del gobierno y un tercio de PIB, por lo tanto, el nivel de desarrollo del sector petrolero afecta directamente a la estabilidad del régimen⁸².

Además, como es sabido, «la política energética de Venezuela es una atribución del Poder Ejecutivo, quien se encarga de diseñarla y coordinarla por medio de sus diferentes órganos administrativos. Venezuela es uno de los principales productores de energía del mundo, posee las reservas de petróleo más grandes del hemisferio occidental, además de importantes reservas de gas y carbón, así como un potencial de producción de energía hidroeléctrica. Es el noveno productor mundial de petróleo y el sexto exportador de esa fuente de energía»⁸³.

Como es sabido, el mandato venezolano está en contra de los E.E.U.U., entonces, se ve obligado a buscar un socio diferente al campamento de los EE.U.U., por lo cual China es una buena opción de socio para la cooperación estratégica.

⁸² Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2.

⁸³ http://es.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica_energ%C3%A9tica_de_Venezuela.

Destacaba Xulio Ríos⁸⁴ que «Chávez *aseguraba* que la alianza con China tiene “la solidez de la *Gran Muralla*”, aunque la distancia que les separa es un handicap importante para que China pueda convertirse en el principal destino de su petróleo. No obstante, en el Palacio de Miraflores *se ha requerido* acelerar el paso, como *señaló* Chávez durante su estadía en China en abril de 2009, aplicando más inversiones, más esfuerzo, y más tecnología»⁸⁵.

China mantiene muy buenas relaciones bilaterales con los países de izquierdas de América Latina, sobre todo, Venezuela, Ecuador, Cuba, etc. En caso de Venezuela, bajo el régimen de Hugo Chávez, las relaciones bilaterales, no sólo políticas sino también comerciales entre Venezuela y la República Popular China se incrementaron notablemente.

Afirma Xulio Ríos que, «en 2008, el volumen de intercambio comercial total entre China y Venezuela ascendió a 9.850 millones de dólares, alcanzando el nivel más alto en la historia con un incremento del 68,2% respecto al monto de 2007. En 1998, el intercambio comercial giraba en torno a los 200 millones de dólares. En 2008, el superávit favorable a Venezuela fue de 3.441 millones de dólares. En lo que va d

⁸⁴ Xulio Ríos es director del Observatorio de la Política China, véase en: Xulio Ríos, “China y Venezuela: una amistad con reparos”, *Observatorio de la Política China*, 2009.

⁸⁵ Xulio Ríos, “China y Venezuela: una amistad con reparos”, *Observatorio de la Política China*, 2009, p. 8.

2009 se ha rebasado la cifra de los 10.000 millones de dólares»⁸⁶. Como se muestra en la *Tabla 3: Intercambio Comercial de Venezuela- China 1995-2011*, Xulio Ríos concluye que «en apenas diez años de gobierno venezolano, el incremento de la balanza comercial se acerca al 5.000%»⁸⁷.

Intercambio Comercial Venezuela China 1995-2011				
Años	Intercambio comercial total	Exportaciones	Importaciones	Balance
1995	84.4	15.7	68.7	-53.0
1996	77.7	25.3	52.4	-27.1
1997	154.5	35.5	119.0	-83.5
1998	182.9	12.5	170.4	-157.9
1999	188.4	27.7	160.7	-133.0
2000	351.3	94.8	256.5	-161.7
2001	589.1	145.8	443.3	-297.5

⁸⁶ Xulio Ríos, “China y Venezuela: una amistad con reparos”, *Observatorio de la Política China*, 2009, p. 1.

⁸⁷ Xulio Ríos, “China y Venezuela: una amistad con reparos”, *Observatorio de la Política China*, 2009, p. 1.

2002	477.7	145.0	332.7	-187.7
2003	741.4	542.2	199.2	343.0
2004	1,333.4	737.9	595.5	142.4
2005	2,142.0	1,234.1	907.9	326.2
2006	4,336.0	2,638.0	1,698.0	940.0
2007	5,856.8	3,023.9	2,832.9	191.0
2008	9,664.3	6,552.8	3,111.5	3,441.4
2009	7,141.7	4,330.6	2,811.2	1,519.4
2010	10,272.0			
2011	18,000.0			

Tabla 11. Intercambio Comercial de Venezuela- China 1995-2011⁸⁸ (en millones de dólares de EE.UU.).

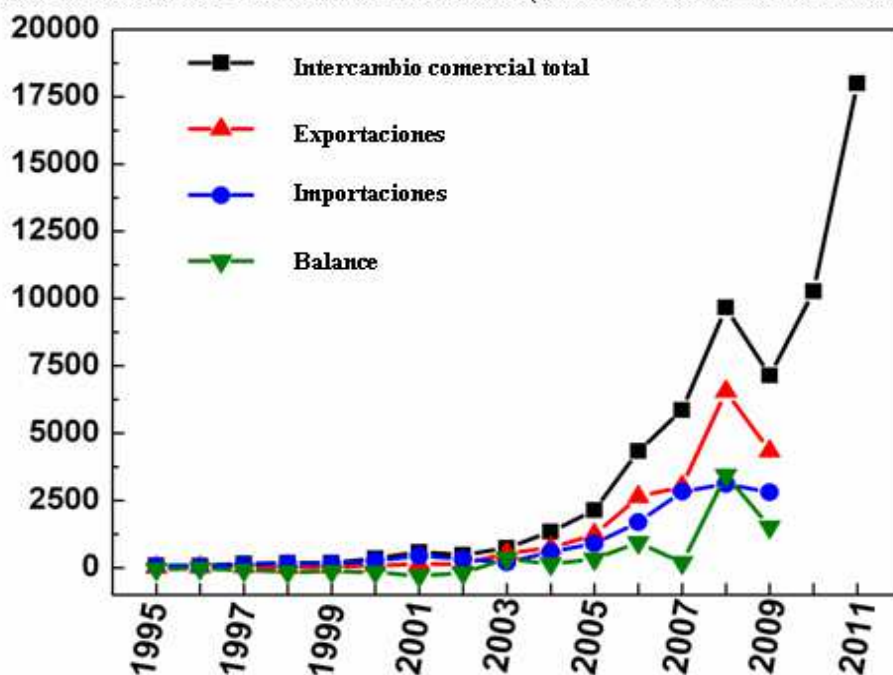
Fuente:

⁸⁸ «Cuadro N° 36 Comercio Venezuela China 1995-2008», *Relaciones económicas entre América Latina y el Caribe y la República Popular China. Construcción de una alianza*, Reuniones Regionales sobre las Relaciones Económicas Externas entre la República Popular China, República de la India y la Federación de Rusia con los países de América Latina y el Caribe, Caracas, Venezuela 20, 21 y 22 de julio de 2009, SP/RRREE-CHINA-INDIA-RUSIA-ALC/DT N° 2-09, p. 72. Los datos de 1995-2007 son de este cuadro.

1. «Uncomtrade database: <http://comtrade.un.org/de>», datos 1995-2007 (citado por *Relaciones económicas entre América Latina y el Caribe y la República Popular China. Construcción de una alianza*, p. 72)⁸⁹;
2. Buró de Aduanas de la República Popular China, datos 2008-2009; [http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo-3322684-comercio-entre-china-y-venezuela-alcanzo-los-us18000-millon](http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo-3322684-comercio-entre-china-y-venezuela-alcanzo-los-us18000-millon-e) e, datos 2010;
4. <http://www.eluniversal.com/opinion/120920/venezuela-y-china>, datos 2011.

⁸⁹ *Relaciones económicas entre América Latina y el Caribe y la República Popular China. Construcción de una alianza*, Reuniones Regionales sobre las Relaciones Económicas Externas entre la República Popular China, República de la India y la Federación de Rusia con los países de América Latina y el Caribe, Caracas, Venezuela 20, 21 y 22 de julio de 2009, SP/RRREE-CHINA-INDIA-RUSIA-ALC/DT N° 2-09, p. 72.

Intercambio Comercial Venezuela China 1995-2011 (en millones de dólares de EE.UU.)



Gráfica 12. Intercambio Comercial de Venezuela- China 1995-2011⁹⁰ (en millones de dólares de EE.UU).

Fuente:

1. «Uncomtrade database: <http://comtrade.un.org/de>», datos 1995-2007 (citado por *Relaciones económicas entre América Latina y el Caribe y la República Popular China. Construcción de una alianza*, p. 72)⁹¹;

⁹⁰ «Cuadro N° 36 Comercio Venezuela China 1995-2008», *Relaciones económicas entre América Latina y el Caribe y la República Popular China. Construcción de una alianza*, Reuniones Regionales sobre las Relaciones Económicas Externas entre la República Popular China, República de la India y la Federación de Rusia con los países de América Latina y el Caribe, Caracas, Venezuela 20, 21 y 22 de julio de 2009, SP/RRREE-CHINA-INDIA-RUSIA-ALC/DT N° 2-09, p. 72. Los datos de 1995-2007 son de este cuadro.

⁹¹ *Relaciones económicas entre América Latina y el Caribe y la República Popular China. Construcción de una alianza*, Reuniones Regionales sobre las Relaciones Económicas Externas entre la República Popular China, República de la India y la Federación de Rusia con los países de América Latina y el Caribe, Caracas, Venezuela 20, 21 y 22 de julio de 2009, SP/RRREE-CHINA-INDIA-RUSIA-ALC/DT N° 2-09, p. 72.

2. Buró de Aduanas de la República Popular China, datos 2008-2009;

<http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo->;

3.322684-comercio-entre-china-y-venezuela-alcanzo-los-us18000-millon e, datos 2010;

4.<http://www.eluniversal.com/opinion/120920/venezuela-y-china>, datos 2011.

3.2. Brasil

A continuación, vamos a estudiar el caso de Brasil. En el año 2007, «Brasil descubrió un gigantesco yacimiento de petróleo en el mar, *que* cuenta con unos 8.000 millones de barriles según datos preliminares *y por lo cual Brasil* pasaría a ser uno de los que más reservas *poseen* en el mundo»⁹². Pero, como explica el investigador chino Zhou Zhiwei, tras este descubrimiento, la empresa Petroobra encargada de su explotación se enfrentó a los desafíos de transporte y de tecnología, así como con los problemas económicos, lo cual demandaría una inversión de \$ 128 mil millones⁹³.

Zhou Zhiwei indica que, como hoy en día la industria petrolera juega un papel cada vez más importante en la economía brasileña, el 3% del

⁹² Noticias de prensa, «**Gran reserva de petroleo descubierto en Brasil**», *Iberistas*, disponible en: <http://unioniberica.forogratias.es/viewtopic.php?f=2&t=1153&view=next>. En este sentido, véase en: <http://secretoscuba.cultureforum.net/forum>

⁹³ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2. Aporto traducción al castellano de algunas partes de este artículo.

PIB en 1998 y el 12% en 2007, la tarea más importante y crucial para el gobierno brasileño es lograr la financiación externa para desarrollar su sector petrolero⁹⁴.

Por las razones arriba mencionadas, como el investigador chino Zhou Zhiwei explica⁹⁵, la entrada de las empresas petroleras chinas al mercado brasileño no le ha atraído al pueblo brasileño la sensación de crisis sino de “oportunidad”, según las prensas brasileñas. El Ministro brasileño de Relaciones Exteriores consideró China como un socio muy importante en el momento de la crisis actual y considera los contratos de préstamo de China como una “oportunidad” para la industria energética y la economía brasileña, que necesitan con urgencia fondos y recursos financieros⁹⁶.

En este sentido, Sun Hongbo⁹⁷, el investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Academia China de Ciencias Sociales,

⁹⁴ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2. Aporto traducción al castellano de algunas partes de este artículo.

⁹⁵ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2. Aporto traducción al castellano de algunas partes de este artículo.

⁹⁶ Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p. 2. Aporto traducción al castellano de algunas partes de este artículo.

⁹⁷ Sun Hongbo, «Relaciones de trascendencia global», *Pueblo en línea* (spanish.peopledaily.com.cn), fecha: el día 27 de mayo de 2011, disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/7393164.html>; y «Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil», *infobae*, el día 30 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.infobae.com/2011/05/30/1026117-ventajas-y-riesgos-la-relacion-china-brasil>.

expresa el siguiente: «desde el establecimiento de la asociación estratégica bilateral en 1993, especialmente desde el comienzo del nuevo siglo, los lazos entre China y Brasil se han desarrollado rápidamente, con intercambios frecuentes en diversos niveles y la maduración de diversos mecanismos de diálogo. Ambos países también han hecho nuevos progresos en el impulso a la cooperación económica y *el comercio* bilateral y han mantenido continuamente comunicaciones y coordinación fluidas en una variedad de temas globales»⁹⁸.

El autor explica que, «Brasil está desempeñando un papel de pionero en el desarrollo del subcontinente sudamericano, al igual que China y la India en Asia»⁹⁹.

Este investigador chino sigue explicando que, «la crisis financiera internacional ha impulsado la cooperación económica y comercial entre China y Brasil, y ha acentuado sus intereses estratégicos comunes en la promoción de la cooperación multilateral. Los dos países han compartido posturas en variados temas internacionales, que abarcan desde la Ronda

⁹⁸ Sun Hongbo, «Relaciones de trascendencia global», *Pueblo en línea* (*spanish.peopledaily.com.cn*), fecha: el día 27 de mayo de 2011, disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/7393164.html>; y «Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil», *infobae*, el día 30 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.infobae.com/2011/05/30/1026117-ventajas-y-riesgos-la-relacion-china-brasil>.

⁹⁹ Sun Hongbo, «Relaciones de trascendencia global», *Pueblo en línea* (*spanish.peopledaily.com.cn*), fecha: el día 27 de mayo de 2011, disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/7393164.html>; y «Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil», *infobae*, el día 30 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.infobae.com/2011/05/30/1026117-ventajas-y-riesgos-la-relacion-china-brasil>.

de Doha - la actual ronda de negociaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC) - a la reforma del sistema financiero internacional, al cambio climático y los esfuerzos para conseguir una mejor gobernanza global. / Por su parte, China ha sido el mayor socio comercial de Brasil desde 2009. Es también el principal receptor de exportaciones brasileñas y la segunda mayor fuente de importaciones para Brasil. Estadísticas de las aduanas de China indican que Brasil fue el noveno socio comercial de China en 2010 y que los volúmenes de intercambio bilateral ascendieron a \$62.550 millones, para un aumento del 47,5 por ciento con respecto al año anterior. Los volúmenes comerciales con Brasil abarcan 34,18 por ciento del valor comercial de China con todos los países sudamericanos. / China y Brasil también han mantenido comunicaciones activas y fluidas dentro de algunos organismos multilaterales globales y regionales, como por ejemplo Naciones Unidas, la OMC, el G20 y los BRICS»¹⁰⁰.

Roberto Mansilla, el analista del Instituto Galego de Análisis y Documentación Internacional (o Instituto Galego de Análise e Documentación Internacional, en abreviatura: IGADI)¹⁰¹ señala que,

¹⁰⁰ Sun Hongbo, «Relaciones de trascendencia global», *Pueblo en línea* (spanish.peopledaily.com.cn), fecha: el día 27 de mayo de 2011, disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/7393164.html>; y «Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil», *infobae*, el día 30 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.infobae.com/2011/05/30/1026117-ventajas-y-riesgos-la-relacion-china-brasil>.

¹⁰¹ Fuente de la información: Roberto Mansilla Blanco, «Sinología: Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China», *China Files, Reports from China*, día 2014-06-05, disponible en: <http://china-files.com/es/link/39180/sinologia-asimetrias-y-convergencias-en-las-relaciones-b>

«como modelo de cooperación Sur-Sur y de vertebración de un sistema mundial de carácter multipolar y multilateral, las relaciones bilaterales entre Brasil y China recibieron un impulso decisivo durante la presidencia de Lula da Silva (...), especialmente en materia comercial y de concreción de intereses geopolíticos»¹⁰².

El autor indica que, «Brasil y China consolidan una relación gracias a la concreción de intereses de carácter geopolítico, a través del mantenimiento de posiciones conjuntas en diversos foros globales (BRIC, OMC, ONU), emanados de una visión multipolar que, paralelamente, determina e ilustra el paulatino declive del tradicionalmente hegemónico eje euroatlántico»¹⁰³.

A continuación, vamos a analizar las bases de la relación estratégica entre China y Brasil. Ante todo, veamos las estadísticas de la relación estratégica entre China y Brasil. Como explica Roberto Mansilla Blanco,

[rasil-china](#); y *Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China (2003-2011)*, 2º Simposio electrónico internacional sobre política china 2012, p. 1, disponible en: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1331112002M3_Roberto_Mansilla.pdf.

¹⁰² Roberto Mansilla Blanco, «Sinología: Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China», *China Files, Reports from China*, día 2014-06-05, disponible en: <http://china-files.com/es/link/39180/sinologia-asimetrias-y-convergencias-en-las-relaciones-brasil-china>; y *Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China (2003-2011)*, 2º Simposio electrónico internacional sobre política china 2012, p. 1, disponible en: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1331112002M3_Roberto_Mansilla.pdf.

¹⁰³ Roberto Mansilla Blanco, «Sinología: Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China», *China Files, Reports from China*, día 2014-06-05, disponible en: <http://china-files.com/es/link/39180/sinologia-asimetrias-y-convergencias-en-las-relaciones-brasil-china>; y *Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China (2003-2011)*, 2º Simposio electrónico internacional sobre política china 2012, p. 1, disponible en: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1331112002M3_Roberto_Mansilla.pdf.

en el año «(...) 2009, China se convirtió en el primer socio comercial de Brasil, (...), *China* absorbió el 13,2% de las exportaciones brasileiras y originó el 12,5% de las importaciones de *Brasil*»¹⁰⁴. Mientras que según las estadísticas de hace nueve años, «el peso chino en la economía brasileira era sólo del 2%»¹⁰⁵.

Según los datos económicos e informaciones del Departamento Económico y Comercial de la Embajada de la República Popular de China acreditada en Brasil¹⁰⁶, en el año pasado (el año 2011)¹⁰⁷, entre todos los destinos de exportación de los productos brasileños, las exportaciones brasileñas hacia Asia han crecido 36,3% y China se ha convertido el mayor comprador de productos brasileños, la exportación brasileña hacia China fue 44.300 millones de dólares, con un aumento del 43,9%, seguido por los Estados Unidos, cuya importación desde Brasil fue 25.900 millones de dólares, con un crecimiento el 33,3%¹⁰⁸, como se

¹⁰⁴ Roberto Mansilla Blanco, «Sinología: Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China», *China Files, Reports from China*, día 2014-06-05, disponible en: <http://china-files.com/es/link/39180/sinologia-asimetrias-y-convergencias-en-las-relaciones-brasil-china>; y *Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China (2003-2011)*, 2º Simposio electrónico internacional sobre política china 2012, p. 2, disponible en: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1331112002M3_Roberto_Mansilla.pdf.

¹⁰⁵ Roberto Mansilla Blanco, «Sinología: Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China», *China Files, Reports from China*, día 2014-06-05, disponible en: <http://china-files.com/es/link/39180/sinologia-asimetrias-y-convergencias-en-las-relaciones-brasil-china>; y *Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China (2003-2011)*, 2º Simposio electrónico internacional sobre política china 2012, p. 2, disponible en: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1331112002M3_Roberto_Mansilla.pdf.

¹⁰⁶ Disponible en: <http://br.mofcom.gov.cn/aarticle/ztdy/201202/20120207977294.html>

¹⁰⁷ Como esta tesina se realizó en el año 2012, aquí se refiere al año 2011.

¹⁰⁸ Datos económicos e informaciones del Departamento Económico y Comercial de la

muestra en la *Tabla 4: Los principales socios comerciales de Brasil en 2011.*

Exportaciones	
Países	Importe
China	44,300.0
E.E.U.U.	25,900.0
Argentina	22,700.0
Países Bajos	13,600.0
Japón	9,500.0
Importaciones	
Países	Importe
E.E.U.U.	34,200.0
China	32,800.0
Argentina	16,900.0
Alemania	15,200.0

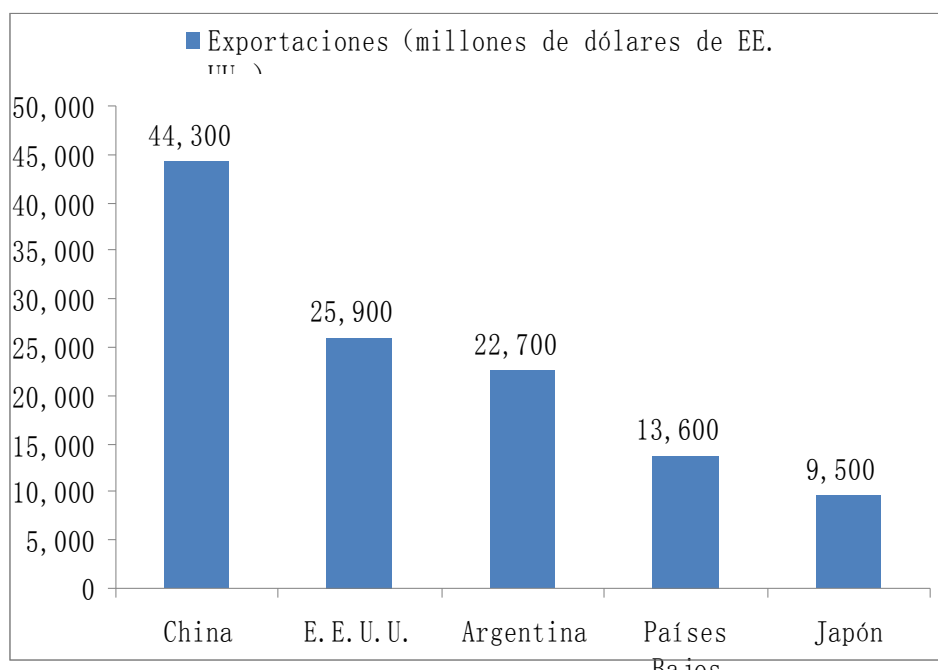
Embajada de la República Popular de China acreditada en Brasil, disponible en: <http://br.mofcom.gov.cn/aarticle/ztdy/201202/20120207977294.html>. Ofrezco la traducción al castellano de estas informaciones.

Korea del sur	10,100.0
----------------------	----------

Tabla 12: Los principales socios comerciales de Brasil en 2011¹⁰⁹(en millones de dólares de EE. UU.) Fuente: Embajada de República Popular

China en Brasil,

<http://br.mofcom.gov.cn/aarticle/ztdy/201202/20120207977294.html>

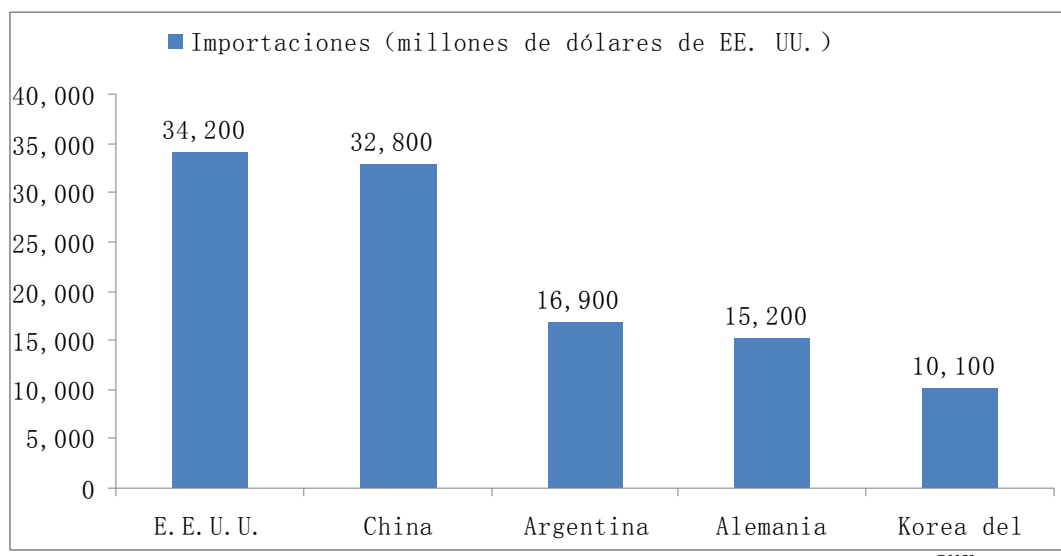


Gráfica 13. Los principales socios comerciales de Brasil en 2011(en millones de dólares de EE.UU.). Fuente: Embajada de República Popular

China en Brasil,

<http://br.mofcom.gov.cn/aarticle/ztdy/201202/20120207977294.html>

¹⁰⁹ Fuente: Embajada de República Popular China en Brasil,
<http://br.mofcom.gov.cn/aarticle/ztdy/201202/20120207977294.html>



Gráfica 14. Los principales socios comerciales de Brasil en 2011(en millones de dólares de EE.UU.). Fuente: Embajada de República Popular China en Brasil,

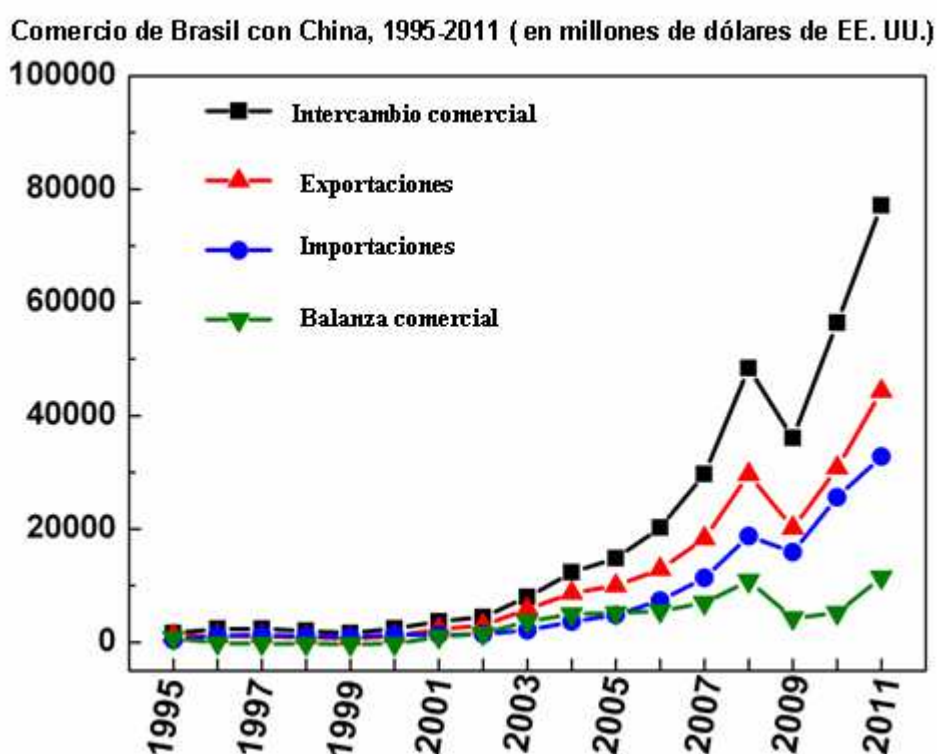
<http://br.mofcom.gov.cn/aarticle/ztdy/201202/20120207977294.html>

Años	Intercambio comercial total	Exportaciones	Importaciones	Balanza comercial
1995	1,621.5	1,203.6	417.9	785.7
1996	2,369.1	1,113.6	1,255.5	-141.9
1997	2,380.2	1,087.9	1,292.3	-204.4
1998	2,051.5	904.5	1,147.0	-242.5

1999	1,618.9	675.8	943.1	-267.3
2000	2,435.8	1,085.0	1,350.8	-265.8
2001	3,698.2	2,347.3	1,350.9	996.4
2002	4,469.4	3,003.0	1,466.4	1,536.6
2003	7,985.6	5,842.3	2,143.3	3,699.0
2004	12,347.0	8,672.9	3,674.1	4,998.8
2005	14,819.7	9,992.5	4,827.2	5,165.3
2006	20,289.6	12,909.5	7,380.1	5,529.4
2007	29,711.7	18,339.4	11,372.3	6,967.1
2008	48,418.5	29,643.9	18,774.6	10,869.3
2009	36,100.0	20,191.0	15,911.0	4,280.0
2010	56,400.0	30,800.0	25,600.0	5,200.0
2011	77,100.0	44,300.0	32,800.0	11,500.0
Enero-junio de 2012	41,000.0	25,500.0	15,500.0	10,000.0

Tabla 13: Comercio de Brasil con China, 1995-2012 (en millones de dólares de EE. UU.). Fuente: ALADI, <http://www.aladi.org>, 1995-2000;

Uncomtrade database, <http://comtrade.un.org/db>, 2001-2008; Embajada de República Popular China en Brasil, <http://br.china-embassy.org/chn/>, 2009, 2010 y enero- junio de 2012.



Gráfica 15: Comercio de Brasil con China, 1995-2012 (en millones de dólares de EE. UU.). Fuente: ALADI, <http://www.aladi.org>, 1995-2000; Uncomtrade database, <http://comtrade.un.org/db>, 2001-2008; Embajada de República Popular China en Brasil, <http://br.china-embassy.org/chn/>, 2009, 2010 y enero- junio de 2012.

V. REFLEXIONES FINALES Y COROLARIO

Tanto en Brasil como en Venezuela, como indica el investigador chino Sun Hongbo, «hay *gente preocupada* por la “competencia que plantea China” y algunos incluso se pliegan al temor a “la amenaza de China”. (...) (*Ellos*) también se quejan de la tasa de cambio del yuan»¹¹⁰ que está siendo intervenida por parte del gobierno chino a través del control del tipo de cambio con el dólar norteamericano y, por ende, del tipo de cambio cruzado con las monedas de América Latina. El autor sigue explicando que, «al mismo tiempo, la inversión creciente de China en Brasil en estos últimos años ha generado preocupación»¹¹¹. En cuanto a dicha preocupación, podemos afirmar que, esto ocurrió lo mismo en Venezuela. Como podemos ver, se trata de preocupaciones que tienen de fondo un sustrato político-económico. Ahora bien, con la presente investigación trataré de despertar la consciencia de la importancia del conocimiento mutuo a fin de aportar seguridad jurídica. Aunque se trate de un objetivo a largo plazo, esta seguridad jurídica constituye el más

¹¹⁰ Sun Hongbo, «Relaciones de trascendencia global», *Pueblo en línea* (*spanish.peopledaily.com.cn*), fecha: el día 27 de mayo de 2011, disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/7393164.html>; y «Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil», *infobae*, el día 30 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.infobae.com/2011/05/30/1026117-ventajas-y-riesgos-la-relacion-china-brasil>.

¹¹¹ Sun Hongbo, «Relaciones de trascendencia global», *Pueblo en línea* (*spanish.peopledaily.com.cn*), fecha: el día 27 de mayo de 2011, disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/7393164.html>; y «Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil», *infobae*, el día 30 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.infobae.com/2011/05/30/1026117-ventajas-y-riesgos-la-relacion-china-brasil>.

valioso remedio a las cuestiones que puedan suscitar las relaciones comerciales entre China y América Latina.

Ofrezco, para terminar este capítulo, cuatro reflexiones finales sobre las relaciones comerciales entre China y América Latina y, finalmente, unas conclusiones que nos llevarán a buscar en el ámbito jurídico la mejor vía de mejora de dichas relaciones y aprovechamiento mutuo y global de los recursos económicos de los distintos países.

1. Reflexiones finales

Recientemente, en noviembre de 2014, el Gobierno de Méjico ha rescindido un importante contrato con la empresa *China Railway Construction Corporation* del Gobierno chino, alegando motivos de falta de transparencia en el proceso de adjudicación del proyecto a dicha empresa¹¹². El contrato tenía por objeto el desarrollo por parte de China de la construcción de una vía férrea para tren de alta velocidad que uniría Ciudad de Méjico con el centro industrial de Querétaro. El primer ministro de China pidió al gobierno mejicano que tratase bien a las empresas chinas y alegó que el resultado de la licitación fue

¹¹² La prensa mejicana ha publicado que la mujer del Presidente mejicano habría cobrado por la adjudicación a la empresa china de dicho proyecto. También véase en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/11/10/actualidad/1415637362_407817.html

completamente justo¹¹³. Este caso constituye una buena muestra de lo que quiero expresar en estas reflexiones finales y en la conclusión a este primer capítulo, punto de partida de la tesis que se presenta.

1.1. Desafíos detectados para China en el comercio con América Latina

Xu Shicheng, investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Academia China de Ciencias Sociales, ha expuesto una perspectiva de los posibles desafíos que para China tiene el actual desarrollo comercial con América Latina¹¹⁴.

En primer lugar, Xu Shicheng afirma que «E.E.U.U. (...) trata de monopolizar el mercado de América Latina a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) y el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)»¹¹⁵.

En segundo lugar, señala que «la Unión Europea también intenta ocupar el mercado latinoamericano a través de la concertación de tratados

¹¹³ Véase en:

<http://noticaribe.com.mx/2014/11/11/lamenta-china-revocacion-de-licitacion-de-tren-mexico-queretaro-indemnizacion-seria-de-590-mdp/>

¹¹⁴ Citado por Marco A. Gandásegum h.; «China: Relaciones comerciales con América Latina», *ALAI, América Latina en Movimiento*, el día 28 de julio de 2005, disponible en: <http://alainet.org/active/8813&lang=pt%3Cfont%20color=>.

¹¹⁵ Citado por Marco A. Gandásegum h.; «China: Relaciones comerciales con América Latina», *ALAI, América Latina en Movimiento*, el día 28 de julio de 2005, disponible en: <http://alainet.org/active/8813&lang=pt%3Cfont%20color=>.

de libre comercio con varios países u organizaciones de integración sub-regional»¹¹⁶.

Para enfrentar estos desafíos, explica el investigador Zhou Zhiwei¹¹⁷, quien también es investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Academia China de Ciencias Sociales, desde una perspectiva estratégica, el Gobierno chino y las empresas chinas tienen que darse cuenta y tomar las siguientes soluciones (Aporto traducción al castellano de los textos más representativos, si bien se trata –a la vez- de una síntesis, a los efectos que aquí interesan, con algún pequeño comentario personal):

1ª. La cooperación energética debe ser “despolitizada”¹¹⁸. A mi juicio, esta es una línea de actuación importante y, como trataré de explicar en los siguientes capítulos, el Derecho es la herramienta necesaria para ello, pues a mayor seguridad jurídica en el marco comercial, mayor libertad e independencia del poder político, mayor incremento del volumen de negocios y mayor rendimiento económico para todos.

¹¹⁶ Citado por Marco A. Gandásegum h.; «China: Relaciones comerciales con América Latina», *ALAI, América Latina en Movimiento*, el día 28 de julio de 2005, disponible en: <http://alainet.org/active/8813&lang=pt%3Cfont%20color=>.

¹¹⁷ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹¹⁸ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

El autor Zhou Zhiwei explica que la cooperación energética entre China y los países latinoamericanos ha estimulado el nervio sensible de los E.E.U.U., por lo cual E.E.U.U. incluso emitió las declaraciones de lo que en China llaman la “defensa del patio trasero” y la “alerta de la expansión política de China”. Sin duda alguna, EE.UU. tiene muchas más demandas de intereses geoestratégicos en América Latina que China. Por lo tanto, la cooperación “despolitizada” tiene muchas ventajas¹¹⁹. A mi juicio, puede estimular a E.E.U.U. y Europa para competir con China ofreciendo mejores condiciones a los países de América Latina y, como afirma Zhou Zhiwei, puede evitar las presiones que posiblemente se aplicarán por parte de terceros¹²⁰.

2ª. El autor sigue explicando que, el Gobierno chino debe tener una correcta comprensión de las relaciones inter-regionales en América Latina¹²¹. A mi juicio, es muy importante tener en cuenta la complejidad de este continente y las diferencias entre los países latinoamericanos. La

¹¹⁹ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹²⁰ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹²¹ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

investigación que ahora presento pretende constituir una aportación en este sentido, al facilitar el mutuo conocimiento de la trayectoria histórica, cultural, económica y -especialmente- jurídica, como veremos a continuación.

Por ejemplo –sigue diciendo el autor-, actualmente, los principales países latinoamericanos de cooperación energética con China son Venezuela y Brasil, pero los dos países representan dos modos diferentes de cooperación energética y efectivamente hay algunas diferencias entre ellos. A juicio del autor citado, en su cooperación energética con América Latina, el Gobierno chino tiene que realizar una evaluación exhaustiva de las principales fuerzas latinoamericanas en diferentes regiones, a fin de evitar las disputas internas en América Latina¹²².

3ª. El autor señala que, el Gobierno chino tiene que hacer más investigaciones, juzgar y predecir las tendencias de las políticas de los países latinoamericanos en la cooperación energética¹²³.

4ª. Zhou Zhiwei indica que, para mejorar la cooperación práctica y, sobre todo, para resolver las disputas energéticas, las empresas

¹²² Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹²³ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

energéticas chinas tienen que conocer las medidas y la práctica común de las empresas europeas y estadounidenses y los países latinoamericanos en la resolución de las disputas que surgen entre ellos, y aprender a desarrollar planes adecuados de contingencia con antelación como las empresas europeas y estadounidenses¹²⁴. Por esta razón, es importante la tesis que ahora se presenta, que pretende precisamente ofrecer esa perspectiva de unión o aproximación.

5ª. Por último, este investigador chino concluye que, las empresas chinas tienen que acostumbrarse a las condiciones propias tanto jurídicas como sociales de estos países latinoamericanos. Es decir, las empresas chinas tienen que adaptarse a esta tierra desconocida, con la aplicación de la gestión y administración correspondiente a su país, cumplir las leyes y regulaciones del país, y tomar la responsabilidad social corporativa en esta región¹²⁵.

A la vista de las líneas de actuación descritas por los investigadores chinos, como Zhou Zhiwei¹²⁶, etc., es posible afirmar que se hace

¹²⁴ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹²⁵ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹²⁶ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China*

necesario un estudio comparativo de las relaciones comerciales entre China y América Latina¹²⁷, que –como el que ahora se presenta- tenga como objetivo prioritario despertar el interés por el conocimiento mutuo de los sistemas jurídicos y de solución de controversias entre estos países.

1.2. Previsión sobre las relaciones comerciales de China con Venezuela y Brasil

Seguramente las empresas chinas seguirán intentando conseguir los derechos de exploración y utilización de nuevos bloques petroleros en América Latina, como la investigadora china Guo Delin indica que las empresas chinas deben seguir intentando conseguir los derechos de exploración y utilización de nuevos bloques petroleros en Venezuela¹²⁸. Atendiendo al mercado venezolano, que es uno de los dos principales socios de China en la cooperación energética, los investigadores chinos Guo Delin y Yang Bo explican que¹²⁹, hay tres posibilidades de futuro

(www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹²⁷ Zhou Zhiwei (周志伟), «Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re? (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?)», *Economía de China* (www.ce.cn), abril de 2009, p. 4, disponible en: http://www.ce.cn/cysc/ny/gjny/200904/08/t20090408_18740544_2.shtml.

¹²⁸ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, p. 30.

¹²⁹ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, p. 30; Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1, 2005, pp. 14-19.

que son las siguientes: 1. Impulsadas por la profundización y exploración del mercado de servicios técnicos petroleros de Venezuela, las empresas chinas van a promover y desarrollar la exportación de maquinaria y equipos chinos para yacimientos petroleros¹³⁰; 2. Tomar Venezuela como el eje del mercado en América Latina y ampliar los servicios técnicos petroleros y las exportaciones de maquinaria y equipos chinos para yacimientos de petróleo a sus países vecinos¹³¹; y, 3. Participar activamente en el desarrollo y la utilización de productos más elaborados de petróleo crudo y gas natural venezolanos, en busca de posibilidad de cooperación en el sector petroquímico con Venezuela¹³².

En el caso del mercado brasileño, el investigador chino Sun Hongbo explica que, «la estrategia de “salida a ultramar” de las empresas en *China y Brasil*, su diligencia en promover el aumento estructural industrial y su esfuerzo por desarrollar algunas nuevas industrias, también proporcionarán más oportunidades económicas y comerciales para la cooperación bilateral. / Por tanto, se impone que ambos países refuercen

¹³⁰ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, p. 30; Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1 , 2005, pp. 14-19. Aporto en esta tesis la traducción al castellano del texto original en chino de los autores.

¹³¹ Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, p. 30; Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1 , 2005, pp. 14-19. Aporto en esta tesis la traducción al castellano del texto original en chino de los autores.

¹³² Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, p. 30. Aporto en esta tesis la traducción al castellano del texto original en chino de esta autora.

su cooperación tecnológica en áreas de alto potencial, como (...) nuevas energías, biología, (...), fabricación de equipos y otros sectores de alta tecnología, de modo de que se incremente la calidad de la cooperación económica bilateral y se promueva el crecimiento económico de ambas partes»¹³³.

Ahora bien, nos preguntamos, ¿seguirá el buen ambiente de relaciones entre China y América Latina? Como afirma el investigador chino Zhou Zhiwei, del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Academia China de Ciencias Sociales, desde que las fuerzas de izquierdas latinoamericanas empezaron a desarrollarse (*y los líderes políticos de izquierdas tomaron sus poderes*) en América Latina, las relaciones chino-latinoamericanas han entrado en una nueva etapa con un desarrollo rápido, por lo cual se puede decir que las relaciones chino-latinoamericanas del momento actual se encuentran en el mejor período de la historia. La actitud amistosa que tienen los países latinoamericanos hacia China seguramente ayudará a promover la cooperación energética chino-latinoamericana¹³⁴.

¹³³ Sun Hongbo, Sun Hongbo, «Relaciones de trascendencia global», *Pueblo en línea* (spanish.peopledaily.com.cn), fecha: el día 27 de mayo de 2011, disponible en: <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/7393164.html>; y «Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil», *infobae*, el día 30 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.infobae.com/2011/05/30/1026117-ventajas-y-riesgos-la-relacion-china-brasil>.

¹³⁴ Zhou Zhiwei, Zhou Zhiwei (周志伟), *Zhong La Neng Yuan He Zuo Shi Ru Kuai Che Dao, He Zuo Yuan He Qu Re?* (中拉能源合作驶入快车道, 合作缘何趋热?), véase en: *Economía de China* (www.ce.cn), día 8 de abril de 2009, p.4. Aporto traducción castellano de algunos

1.3. El papel de España en las relaciones comerciales entre China y América Latina

Para terminar, conviene destacar el papel estratégico de España en la inversión china en América Latina. Como afirma Rafael Domingo: «Es imprescindible que España utilice su enorme influencia en América Latina (...), ofreciéndose como el interlocutor válido ante la creciente influencia china en el mercado latinoamericano. / El vertiginoso desarrollo de China no ignora la experiencia comunitaria europea. En efecto, Europa siempre ha sido una zona de especial referencia para China y se ha convertido en el socio comercial número uno de China»¹³⁵. En sentido semejante, un informe de ESADE destaca que China considera a España como una plataforma que puede soportar indirectamente las empresas chinas para entrar en América Latina¹³⁶.

En la práctica, China tiende a constituir empresas o agencias intermediarias en España para sus relaciones comerciales con América

textos de este artículo en la tesis.

¹³⁵ Rafael Domingo, *China, el Dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 39.

¹³⁶ «China also sees Spain as a platform that can indirectly support its firms entry into Latin America...». Ivana Casaburi, ESADE China Europe Club, *Chinese investment in Europe 2014*, p. 67.

Latina (por ejemplo, la figura jurídica de los ETVE¹³⁷ permite eludir impuestos en España).

Por otra parte, en las relaciones comerciales entre China y América Latina, España ha jugado un papel muy importante como intermediario en cuanto a los servicios jurídicos, asesoría, etc. En cuanto a los servicios jurídicos, cabe destacar la firma de abogados Uría Menéndez¹³⁸, cuyo nombre en chino es 乌利亚¹³⁹ 律师事务所¹⁴⁰ (pronunciación: *Wu Li Ya¹⁴¹ Lv Shi Shi Wu Suo¹⁴²*). Desde el establecimiento de su oficina en Pekín, la capital de China, Uría Menéndez ha acompañado a numerosas empresas chinas a invertir en América Latina y desarrollar sus negocios.

Como se muestra en la presentación de la página web de su oficina en Pekín, «La oficina de Uría Menéndez en Pekín es la primera representante de un despacho ibérico en esa ciudad. Está integrada por abogados con experiencia en operaciones de fusiones, adquisiciones y financiaciones en Europa y en Latinoamérica. / La práctica de nuestra oficina de Pekín se concentra en el asesoramiento a empresas chinas en sus inversiones en España, Portugal y, muy especialmente, en Latinoamérica, donde disponemos de cinco oficinas desde hace más de

¹³⁷ Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE)

¹³⁸ La página web de esta firma de abogados es <http://www.uria.com>, tiene varias versiones de diferentes idiomas, incluido el chino.

¹³⁹ Traducción de Uria al chino.

¹⁴⁰ Traducción de firma de abogados al chino.

¹⁴¹ Pronunciación de la traducción china de Uria.

¹⁴² Pronunciación de la traducción china de firma de abogados.

una década, con experiencia en el asesoramiento a la inversión extranjera y con una capacidad de ejecución única, motivos que han permitido que Uría Menéndez sea considerada la mejor red de abogados en ese continente./ Nuestra oficina de Pekín también asesora a inversores extranjeros en Derecho español, portugués, comunitario y chino. En el asesoramiento en Derecho chino trabajamos integradamente con los mejores despachos locales, con los que hemos desarrollado una intensa práctica profesional»¹⁴³. La página web citada sostiene que «desde su establecimiento en China en el año 2008 esta firma ibérica ha desarrollado rápidamente un sólido flujo de operaciones *inbound* y *outbound*. La firma es particularmente visible en operaciones que incluyen un componente latinoamericano o español». Y destaca entre sus comentarios el siguiente: *El servicio al cliente de la firma es excelente. Son receptivos, proactivos y capaces (Chambers Asia-Pacific, 2013)*¹⁴⁴.

¹⁴³ Véase en: <http://www.uria.com/es/oficinas/pekin>. Para su versión en chino, véase en <http://www.uria.com/zh/oficinas/pekin>: «我们设在北京的代表处是北京第一家也是唯一一家来自伊比利亚半岛的律师事务所。代表处的执业律师在欧洲和拉丁美洲的并购与投融资方面具有丰富的经验。

北京代表处的业务重心，是为中国企业在西班牙、葡萄牙，尤其是在拉丁美洲的投资方面提供顾问、咨询服务。我们在拉美设有5家办事处，有超过十年的外商投资顾问、咨询经验。卓越的独立执行能力让我所被公认为拉丁美洲最好的律师网络。

北京代表处还为外国投资商提供西班牙、葡萄牙、欧盟和中国法律的顾问、咨询服务。在中国，我们与最优秀的当地律师事务所联手，开展了深入的业务合作。».

¹⁴⁴ Véase en <http://www.uria.com/zh/oficinas/pekin>: «自2008年投入中国起，该伊比利亚律所已迅速积累了强大的境内和境外交易流量。该律所在涉及拉丁美洲或西班牙成分的交易中特别活跃。某些来源强调：“该律所拥有非常卓越的客户服务。他们有责任心、积极主动以及能干”。钱伯斯亚洲太平洋2013版».

1.4. La aproximación entre China y América Latina en el ámbito académico

En relación con los estudios latinoamericanos en China, cabe destacar el Instituto de América Latina¹⁴⁵ (en adelante: IAL) de la Academia China de Ciencias Sociales [en chino: 中国社会科学院拉丁美洲研究所; en inglés: *Institute of Latin American Studies (ILAS) of Chinese Academy of Social Sciences (CASS)*, página web: ilas.cass.cn/], que es la mayor institución de investigación sobre América Latina y el Caribe en China¹⁴⁶. Este Instituto se fundó el 4 de julio de 1961. Al principio estaba subordinado a la Dirección de Filosofía y Ciencias Sociales de la Academia Nacional de China de Ciencias y luego pasó a pertenecer al Ministerio de Enlace del Partido Comunista de China en 1964. En la actualidad forma parte de la Academia China de Ciencias Sociales¹⁴⁷. Este Instituto abarca las Divisiones especiales sobre los estudios de la economía, la política, la sociedad y cultura y las relaciones internacionales de América Latina y el Caribe. Aparte de esto, este Instituto también cuenta con la primera y única revista especializada en el estudio latinoamericano en China, llamada *Revista de Estudios Latinoamericanos*, que constituye la mayor fuente de las publicaciones

¹⁴⁵ A mi juicio, es mejor traducir el nombre al español como: Instituto de Estudios Latinoamericanos.

¹⁴⁶ Página web oficial de este IAL. ilas.cass.cn/

¹⁴⁷ Página web oficial de IAL: <http://ilas.cass.cn/ens/>.

científicas sobre América Latina y el Caribe¹⁴⁸, relativas a «la economía, política, relaciones internacionales, ciencia y tecnología, cultura y educación, religión, pensamiento social de América Latina, etc»¹⁴⁹.

Aparte del IAL, hay otros centros de estudios latinoamericanos establecidos en las universidades o institutos chinos, como el Centro de Estudios Latinoamericanos del Instituto de estudios asiático-pacíficos de la Universidad de Pekín¹⁵⁰; el Centro de Estudios sobre América Latina¹⁵¹ de la Universidad de Estudios Extranjeros de Tianjin¹⁵²; el Instituto de estudios sobre América Latina de la Universidad Suroeste de Ciencias y Tecnología¹⁵³; el Instituto de Estudios Latinoamericanos de Institutos Chinos de Relaciones Contemporáneas Internacionales¹⁵⁴; etc.

Aunque actualmente hay muchos centros de estudios latinoamericanos en China, el investigador Wu Guoping¹⁵⁵ ha señalado que, la actualidad del estudio latinoamericano en China todavía no era

¹⁴⁸ Página web oficial de IAL: <http://ilas.cass.cn/ens/>.

¹⁴⁹ Página web oficial de IAL: <http://ilas.cass.cn/ens/>.

¹⁵⁰ En inglés: *Asia-Pacific Research Institute of Peking University*; en chino: 北京大学亚太研究院; Su página web oficial es www.apri.pku.edu.cn

¹⁵¹ La página web de este centro es: <http://xibu.tjfsu.edu.cn/lamei/>.

¹⁵² La página web de esta universidad es: <http://www.tjfsu.edu.cn/>, su versión en español es: <http://www.tjfsu.edu.cn/xindex/index.shtml>.

¹⁵³ En inglés: *Institute of Latin American Studies of Southwest University of Science and Technology*. La página web de este instituto es: <http://ilacs.swust.edu.cn/>.

¹⁵⁴ En inglés: *Institute of Latin-American Studies of China Institutes of Contemporary International Relations*. La página web es: <http://www.cicir.ac.cn/english/organView.aspx?cid=375>.

¹⁵⁵ Investigador del Instituto de América Latina (IAL) de la Academia China de Ciencias Sociales y director del Instituto de estudios sobre América Latina de la Universidad Suroeste de Ciencias y Tecnología.

suficiente para el desarrollo rápido de las relaciones entre China y América Latina. Los estudios realizados sobre América Latina por algunas universidades se han centrado más en la historia de América Latina, si bien las instituciones chinas dedicadas a los estudios latinoamericanos empiezan a crecer cada vez más¹⁵⁶. Por otra parte, a nivel mundial, cabe destacar las investigaciones de la CEPAL (Comisión Económica Para América Latina y el Caribe), con dos sedes en México, D.F. y Puerto España, y fundada en 1948¹⁵⁷.

Por último, si introducimos “relaciones comerciales entre China y América Latina” en Google, sale aproximadamente 8.710.000 resultados (0,33 segundos)¹⁵⁸, lo cual indica el alto índice de interés que actualmente ofrece la materia objeto del presente estudio.

2. Corolario: Necesidad de seguridad jurídica

A la vista de lo anterior, la política es el eje de las relaciones comerciales entre China y América Latina. Sin embargo, a mi juicio, el

¹⁵⁶

Véase

en

http://www.chinatoday.com.cn/ctchinese/chinaworld/article/2013-02/26/content_520465.htm.

¹⁵⁷ Véase en la página web oficial de la CEPAL: www.cepal.org/, como muestra esta página web, la CEPAL «fue establecida por la resolución 106 (VI) del Consejo Económico y Social, del 25 de febrero de 1948, y comenzó a funcionar ese mismo año. En su resolución 1984/67, del 27 de julio de 1984, el Consejo decidió que la Comisión pasara a llamarse Comisión Económica para América Latina y el Caribe».

¹⁵⁸ Día 2014-08-24.

Derecho y no la política, así como el conocimiento mutuo, constituyen la vía para mejorar las relaciones comerciales entre China y América Latina, con beneficio para todos. Se hace necesario avanzar en la construcción de un marco de seguridad jurídica en el Derecho de contratos.

La anterior reflexión, derivada de la conclusión del que fue trabajo de mi tesina, constituye a la vez el punto de partida de la presente tesis, línea de investigación que pretende contribuir a la mejora de las relaciones comerciales entre China y América Latina.

Como veremos a continuación, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de las Naciones Unidas (1980; CISG) constituye una referencia ineludible como vía de aproximación a ese objetivo¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Si bien es cierto que pudiera dudarse si el comercio de energías queda fuera del ámbito de la CISG (artículo 2.f), también lo es que el texto tan sólo excluye de la aplicación de la misma a la compraventa de electricidad y que los comentarios más importantes al texto claramente la incluyen (John O. Honnold, *Uniform Law for International Sale of Goods*, Kluger Law International, 2009, *Comment to article 2.f*: Se dice que la exclusión de la compraventa de electricidad es explícita y claramente escueta, p. 54). Por otra parte, el objeto de la presente tesis es el comercio en general, y por consiguiente no puede ni debe prescindir de la CISG como herramienta de estudio en la construcción de soluciones.

Capítulo 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO RESPUESTA AL DESAFÍO DE LA GLOBALIZACIÓN DEL MERCADO

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización del mercado reta al Derecho con un gran desafío. La influencia del fenómeno de la globalización sobre el Derecho, se refleja no sólo en el diseño del sistema jurídico del Derecho del comercio internacional, sino también a nivel interno, en la aportación que la comparación entre sistemas produce en el propio Derecho privado. A la vez, se produce un auto-ajuste para adaptarse a los Tratados comerciales internacionales. De este modo, el Derecho internacional afronta la tarea de solucionar el conflicto entre la tendencia a la unificación del Derecho privado de contratos y la diversidad de culturas jurídicas.

Por esta razón, resulta de la mayor importancia realizar –como punto de partida- una revisión histórica: En lo que a la tesis que se presenta comporta, habrá -en primer lugar- que presentar y comparar la situación actual del Derecho contractual de China, España e Iberoamérica.

Este trabajo, que –como ya se ha dicho- tiene como objetivo presentar el primer estudio comparativo sobre el Derecho contractual moderno en China, España y América Latina, aporta una revisión histórica, no sólo del Derecho de contratos chino, -desde el legalismo y el confucianismo del periodo de las Primaveras y Otoños, pasando por los intentos de codificación por el emperador de la Dinastia Qing y el Gobierno republicano, hasta la actualidad-, sino también una aproximación a la historia del Derecho de contratos español y latinoamericano, a fin de mejorar el conocimiento mutuo. Las fuentes consultadas para construir este estudio comparativo incluyen los estudios recientes publicados por autores iberoamericanos, chinos y españoles que comprenden la información más actualizada.

Tomaré como referencia el contrato de compraventa pues, como se ha dicho: «El contrato de compraventa es el más frecuente de cuantos se desarrollan en la práctica comercial, hasta el punto de considerarse como el prototipo de los contratos. Esta trascendencia, además, se manifiesta tanto en el ámbito interno como en el internacional»¹⁶⁰.

Como es sabido, el mercado internacional se desarrolla a velocidad vertiginosa en nuestros días, lo que origina que los grandes organismos

¹⁶⁰ Carlos Esplugues Mota, Daniel Hargain y Guillermo Palao Moreno (Directores); *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*; EDISOFER, Euros Editores y B de F; Madrid, Buenos Aires y Montevideo, 2008, p. 3.

internacionales desarrollen medidas dirigidas a regular, facilitar y controlar este creciente comercio. Así, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (Convención de Viena, CISG), o bien, los Principios UNIDROIT.

Como veremos, estos textos constituyen, junto con otros, la más importante referencia en la modernización del actual Derecho de contratos.

II. PERSPECTIVA CONCEPTUAL COMPARADA COMO PUNTO DE PARTIDA: LOS CONCEPTOS BÁSICOS DE CIVIL LAW, LA OBLIGACIÓN Y EL CONTRATO

Los conceptos más importantes con los que vamos a trabajar son los siguientes: ¿Qué se entiende por *Civil Law*? Y, en particular, ¿qué se entiende por obligación y contrato en los sistemas chino y latinoamericano?

Por constituir el objeto de este trabajo las relaciones comerciales entre China y América Latina el estudio de estos conceptos básicos no requiere mayor justificación que la necesidad de comprender el lenguaje que

estamos utilizando en uno y otro contexto, a fin de comprobar si hablamos o no de una misma cosa.

Para el Derecho chino, la evolución histórica de los conceptos del Derecho civil, obligación y contrato fue un proceso de recepción del Derecho extranjero, lo cual fue en todo caso complicado, pues siempre existían conflictos y debates sobre ello.

Los conceptos fundamentales del Derecho civil chino se originan en las tradiciones del Derecho Romano y del Derecho continental moderno, como sucede con los conceptos del Derecho Civil de España y de América Latina. Tienen pues el mismo origen. Sin embargo, algunas veces estas tradiciones jurídicas se mezclan en China con el pensamiento jurídico tradicional (China Antigua y Moderna, y/o socialista), y la mentalidad jurídica china. Lo mismo sucede a los conceptos del Derecho Civil de España y América Latina: Ellos también han recibido muchas influencias por la tradición del Derecho europeo y latinoamericano, respectivamente.

A continuación, se expondrá el origen, la evolución histórica y la situación actual de estos conceptos en el Derecho Civil chino, español y latinoamericano. Para ello conviene aclarar, en primer lugar, que todos estos sistemas se entroncan en el gran sistema del *Civil Law*, si bien reciben actualmente –en mayor o menor medida– la influencia del

Common Law, como veremos más adelante, debido a que el proceso de la globalización ha supuesto un influjo mutuo entre *Civil Law* y *Common Law*.

1. La pertenencia al *Civil Law* como nota común a los sistemas chino, español y latinoamericano¹⁶¹

Todo estudio de Derecho comparado debe basarse en un conocimiento previo de la terminología jurídica empleada en los diversos sistemas. Como ha expresado Eduardo Vázquez de Castro, «en primer lugar, conviene hacer una matización en cuanto a la nomenclatura que usamos. En lo que se ha venido denominando derecho comparado, la terminología usada por los autores que se han ocupado de realizar los estudios y análisis comparativos entre ordenamientos jurídicos ha variado dependiendo de su nacionalidad. Es decir, la terminología varía dependiendo del punto de vista desde el cual se posicione la persona que realiza la comparación. En un principio, cuando el contraste de sistemas jurídicos provenía de autores europeos se distinguía entre el Derecho

¹⁶¹ véase en: Eduardo Vázquez de Castro, “Los contratos ilegales en el *Common Law*”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fasc. I, enero-marzo, 2002, p. 116; José María de Eizaguirre, “*Civil law*: la vigencia de una categoría convencional”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. II, 2012, p. 535.

inglés y el Derecho continental»¹⁶². Actualmente solemos hablar de *Common Law* y *Civil Law*, respectivamente.

Como afirma el profesor José María de Eizaguirre, «la noción del Derecho civil (en inglés: *Civil law*) caracteriza a la manifestación o formulación del Derecho en el ordenamiento español, de igual modo que en el continente europeo, América Latina y China. En todos estos ámbitos geográficos el juez resuelve con arreglo a la ley escrita. Ello diferencia al llamado Derecho continental del Derecho anglosajón guiado por el precedente». El autor explica que la denominación *Civil law* resulta de la contraposición del régimen jurídico propio de la Europa continental, respecto del sistema jurídico angloamericano conocido como *Common law*; por lo que forma parte de la dicotomía en la que tradicionalmente se han venido dividiendo los ordenamientos jurídicos del mundo¹⁶³.

Es sobradamente conocido, en España y Latinoamérica, su pertenencia al sistema del *Civil Law*. Veamos a continuación, con mayor detalle, la pertenencia también del sistema chino a esta gran familia del Derecho civil continental, haciendo alusión a sus orígenes.

¹⁶² Eduardo Vázquez de Castro, “Los contratos ilegales en el *Common Law*”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fasc. I, enero-marzo, 2002, p. 116.

¹⁶³ José María de Eizaguirre, “*Civil law*: la vigencia de una categoría convencional”, ADC, tomo LXV, 2012, fasc. II, Madrid, 2012, p. 535.

1.1. El concepto del Derecho Civil en Asia: la recepción del Derecho continental europeo

Como veremos a continuación, el concepto de Derecho civil en Asia coincide con el español y latinoamericano, pues –como ellos- es resultado de la influencia del Derecho continental europeo.

En la literatura jurídica china, hay dos términos que corresponden al término *jus civile* del Derecho romano: “民律 (*Min Lv*)” y “民法 (*Min Fa*)”. De acuerdo con la investigación china, el término “民律 (*Min Lv*)” fue de creación propia china. En el año 1880, el profesor de francés Bi Ligan (毕利干, *Bi Ligan*) del Instituto Tongwen Guan tradujo el *Code Civil* francés como “法国律例 (*Fa Guo Lv Li*)¹⁶⁴: 民律 (*Min Lv*)”; La otra forma de traducción: “民法 (*Min Fa*)”, fue introducida de la traducción japonesa del mismo *Code Civil* francés. Desde los finales del siglo XIX hasta los principios del siglo XX, los dos términos: “民律 (*Min Lv*)” y “民法 (*Min Fa*)” se utilizaron de la misma manera y ambos significaban el “Derecho civil” en español. El *Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing* (大清民律草案, *Da Qing*¹⁶⁵ *Min Lv Cao An*¹⁶⁶) y el *Anteproyecto del Código Civil Republicano* (民国民律草案, *Min Guo*¹⁶⁷ *Min Lv Cao An*¹⁶⁸) emplearon el término “民律 (*Min Lv*)”,

¹⁶⁴ Significa Derecho francés.

¹⁶⁵ 大清 (*Da Qing*) significa la Dinastía Qing.

¹⁶⁶ 草案 (*Cao An*) significa anteproyecto.

¹⁶⁷ 民国 (*Min Guo*), igual que 中华民国 (*Zhong Hua Min Guo*), significa la República de China.

mientras que el *Código Civil Republicano* (*中华民国民法典*, *Zhong Hua Min Guo*¹⁶⁹*Min Fa Dian*¹⁷⁰) de 1930 empleó el término “*民法 (Min Fa)*”. Desde entonces, el término “*民律 (Min Lv)*” comenzó a desaparecer poco a poco hasta que se ha convertido hoy en día en un término muerto en la historia jurídica china¹⁷¹.

Por otra parte, al hablar de la evolución histórica del concepto del Derecho Civil en el régimen jurídico chino, no podemos dejar de mencionar la influencia que el Derecho japonés ha tenido en China.

En primer lugar, conviene destacar el proceso de recepción del Derecho en Japón¹⁷², que por los conflictos de intereses políticos y económicos, también fue bastante complicado¹⁷³. «Hasta la traducción del Código civil francés por el jurista japonés Mitsukuri, la sociedad japonesa no contaba con la palabra que equivaldría a “derechos” ni “deberes” del concepto occidental. Como es lógico, la traducción constituía una parte fundamental en el proceso de recepción de Derechos extranjeros, aunque sin ser fenómeno de la aculturación ya que la incorporación del Derecho

¹⁶⁸ 草案 (*Cao An*) significa anteproyecto.

¹⁶⁹ 中华民国 (*Zhong Hua Min Guo*) significa la República de China.

¹⁷⁰ 典 (*Dian*) significa Código.

¹⁷¹ Liang Huixing, *El Derecho civil chino: ¿De dónde viene y adónde va?*, se ve en <http://www.privatelaw.com.cn>, el 3 de mayo de 2006.

¹⁷² Traducción de Francisco Barberán, Rafael Domingo, *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, p. 27 y ss.; Etsuko Asami, *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, tesis doctoral de la Universidad Complutense, p.126.

¹⁷³ Traducción de Francisco Barberán, Rafael Domingo, *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, p.27.

extranjero no significó imposición ni deterioro de la cultura propia de Japón. Este proceso de recepción consistió en tres fases, la selección del Derecho extranjero más conveniente, la traducción al japonés y la aplicación de la misma. / Verdaderamente la traducción al japonés fue la base de la conversión o transformación del Derecho extranjero en el Derecho japonés»¹⁷⁴. A su vez, el Derecho japonés utiliza un concepto de Derecho civil derivado del Derecho holandés (*Burgerlijkregt*)¹⁷⁵.

Por consiguiente, el término “Derecho civil” que se traduce a la lengua mandarín es “民法 (*Min Fa*)”. Esta es una noción prestada y exótica para la población china, porque no existe el término “Derecho civil” en toda la historia de nuestro país.

¹⁷⁴ Etsuko Asami, *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, tesis doctoral de la Universidad Complutense, p. 126 y nota 218. Según explican los juristas españoles Francisco Barberán y Rafael Domingo, la traducción del *Code* «se inició en 1869 cuando el Ministro de Justicia Shimpei Eto (江藤新平, 1834—1874), condenado cuatro años después a la pena capital, encomendó al intelectual Rinsho Mitsukuri (其作麟祥, 1846-1897) la traducción al japonés del Código penal francés. Contento con la labor realizada por el traductor, le encargó la compleja traducción del *Code civil*».

Por otra parte, la autora ha señalado la importancia de la traducción de los conceptos jurídicos: «Generalmente cuando la traducción conlleva nuevos conceptos ajenos o bien incorpora un término completamente desconocido podría producirse una distorsión o abrir la brecha entre el texto original y la traducción, a no ser que se encuentre algún modo de conciliación. Este fue el caso de la palabra “Derecho” inexistente antes de la Restauración Meiji».

¹⁷⁵ En 1868, el jurista japonés Mamichi Tsuda tradujo el término holandés “*burgerlykregt*” como “民法” en japonés. También hay otra versión del origen de la noción “民法” en Japón: Antes que la traducción del *Code Civil* francés de Rinshō Mitsukuri, en 1868, el estudioso jurídico japonés Mamichi Tsuda tradujo el término holandés “*burgerlykregt*” como “民法” en japonés.

Podemos concluir que el concepto actual de “Derecho Civil” en China coincide hoy con el europeo: el *bürgerliches* del «*bürgerliches Gesetzbuch*» en alemán, el *civile* del «*jus civile*» en latín, el *burgerlijk* del «*Burgerlijkregt*» en holandés, el *civile* de francés y el *civil* en español. Con todo, internamente, en China se ha puesto de manifiesto algún matiz crítico¹⁷⁶.

2. El concepto de obligación

¹⁷⁶ Aunque el jurista japonés tradujo la noción del “Derecho civil” como “*民法, (Min Fa)*”, la teoría jurídica japonesa explica que el Derecho civil es la ley de la sociedad ciudadana, lo cual es significa “*市民法, (Shi Min Fa)*”. Durante el proceso de la legislación china de la dinastía Qing, los juristas japoneses fueron invitados a China para la elaboración de las leyes, de esta manera, ellos introdujeron la traducción de la noción del Derecho civil: “*民法, (Min Fa)*”, a la sociedad china.

Hay otra versión del origen de la noción del Derecho civil a China: Después de que el estudioso japonés Mita Rinsho tradujo el *Code Civil* francés a “*民法, (Min Fa)*”, Huang Zunxian (黄遵宪, el abril de 1848- el marzo de 1905), el diplomático y político chino de la dinastía Qing, mediante su obra “Mentalidad Japonesa” (en chino, «*日本国记, Ri Ben Guo Ji*») introdujo esta traducción japonesa en China en 1887 y esta traducción se afirmó por Liang Qichao. Luego esta noción se desarrolló rápidamente en China.

Durante la dinastía Qing, los legisladores habían realizado pequeñas modificaciones de la noción de “*民法, (Min Fa)*” a la de “*民律 (Min Lv)*”, y utilizaron esta noción cuando se elaboró el “*大清民律草案, Da Qing Min Lv Cao An*” (*Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing*) en el agosto de 1911.

Muchos juristas chinos han propuesto algunos análisis señalando la distinción entre “*民法, (Min Fa)*” y “*民律 (Min Lv)*”, especialmente entre “*法, Fa*” y “*律, Lv*”. Algunos juristas expresan que esta distinción no tiene mucho sentido. A mi juicio, tampoco es necesario hacer esta comparación y distinción: A los ojos de una gran parte de los juristas chinos a principios de la República China, “*民法, (Min Fa)*” y “*民律 (Min Lv)*”, especialmente “*法, Fa*” y “*律, Lv*” son equivalentes; La única diferencia consiste en que se utilizaba en diferentes épocas (la noción del “*民律 (Min Lv)*” se utilizaba en la dinastía Qing, mientras que la noción del “*民法, (Min Fa)*” se utilizaba en la historia después de la dinastía Qing).

El concepto de obligación, que –tanto en Europa como en América Latina– hunde sus raíces en el Derecho romano, llega a China a través de la recepción del Derecho Civil europeo. Desde el punto de vista de la filología, explicaré a continuación algunos aspectos interesantes para avanzar en el conocimiento mutuo de nuestros correspondientes sistemas jurídicos, así como de su evolución (en muchos casos paralela).

2.1. El concepto de obligación recibido en el Derecho civil chino

El concepto jurídico de “obligación” fue una noción extraña para los juristas chinos antes de la introducción del Derecho de los países occidentales al final de la dinastía Qing¹⁷⁷. Los juristas chinos tradujeron la noción “obligación” por el término “债” o “責” de la lengua china (“债” es la forma de escritura moderna de la lengua china, mientras que “責” es su forma de escritura antigua). Estos términos chinos sólo se corresponden parcialmente con la noción jurídica de “obligación” del Derecho occidental, ya que ésta abarca tanto el deber como el derecho, mientras que en el lenguaje chino este concepto tan completo no existe, sino sólo referido al deber o aspecto pasivo.

¹⁷⁷ Aquí se refiere al Siglo XIX. La introducción del Derecho occidental se realizó después de la Guerra del Opio (1840-1842), véase en: He Qinhua (何勤华), «Nacimiento y desarrollo del Derecho civil y mercantil contemporáneo chino (中国近代民商法学的诞生与成长)», *Studies in Law and Business*, enero de 2004. La dinastía Qing empezó el año 1636 y terminó el año 1912, duró 296 años.

En la lengua china, “债” o “賁” significa préstamo del dinero o de cosa consumible. En el *Libro Han. Biografía de Huai Yang Xian Wang Qin, de la dinastía Han*, se contempla la definición expresa de la noción “债”:

“债，谓假贷，人财务，未偿者也。”¹⁷⁸

Su traducción es: “债 (Obligación), significa que se debe el dinero, o la cosa; que todavía no se ha devuelto. Según el *Diccionario de lengua china moderna*, “债” (Obligación) significa deuda de dinero (o cosa). De acuerdo con el *Diccionario moderno español-chino, chino-español*: “债” (zhai) tiene diverso significado según de qué concepto vaya acompañado¹⁷⁹:

还债 (*huan zhai*): pagar la deuda;

借债 (*jie zhai*): pedir un préstamo;

欠债 (*qian zhai*): deber;

债务 (*zhai wu*): deuda; pasivo.

La introducción del término “债” supuso intensos debates sobre el uso o la adaptación de la noción “债” en el Derecho civil chino: los

¹⁷⁸ “Huan Yang Xian Wang Qin Zhuan”, *Han Shu, Shi Gu Zhu*. (en chino: 汉书. 淮扬宪王钦传, 师古注)

¹⁷⁹ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, 1991, Beijing, p. 545.

juristas contrarios a la recepción de este concepto opinaban que esta noción era extranjera y extraña, y que tenía un significado diferente al significado propio de su correspondiente traducción en chino; su admisión en el Derecho civil chino llevaría a usar una misma noción para referirse a dos cosas diferentes, provocando malentendidos y confusión¹⁸⁰. Sin embargo, actualmente está admitida y generalizada. De este modo, actualmente en China (como sucede en España) convive el concepto común de obligación o deuda (socialmente entendido como deber) con el concepto jurídico de obligación o deuda (que comprende tanto el lado pasivo como el activo; es decir, la deuda y el derecho).

2.2. La huella de la Obligatio del Derecho romano y su posterior evolución

El concepto de obligación que, en Europa y Latinoamérica, se hereda del Derecho romano, está sometido hoy a revisión en algunos países, tras la influencia que —a través de la CISG— ha dejado el concepto de obligación procedente del Derecho anglosajón.

Como afirma el jurista Luis Díez-Picazo, «El concepto de obligación (*obligatio*) procede del Derecho Romano»¹⁸¹. José Luis Lacruz Berdejo y

¹⁸⁰ Shi Jichun (史际春), “Guan Yu Zhai De Gai Nian He Ke Ti De Ruo Gan Wen Ti (关于债的概念和客体的若干问题)”, *Chinese Journal of Law (法学研究)*, No. 3, 1985, pp. 11-13.

¹⁸¹ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones*

otros autores explican que «la etimología más aceptada hace derivar el vocablo *obligación* de *ob* (alrededor) *ligare* (atar). El verbo latino *obligarse* es antiguo; pero el sustantivo jurídico *obligatio* es relativamente tardío; surge a fines de la República (s. I a. de C.); pero el instituto romano de la obligación es muy anterior, designado con el verbo *oportere*; el término *obligatio* es el adoptado por la primera jurisprudencia clásica para designar la relación patrimonial sancionada con una acción *in personam* (D'ORS)»¹⁸².

El jurista Luis Díez-Picazo explica que «En las fuentes romanas la *obligatio* se define como *vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*»¹⁸³. En este sentido, José Luis Lacruz Berdejo y otros autores explican que esta definición fue incluida por Justiniano en sus Instituciones que FERRINI atribuye a Florentino y KÜBLER a Papiniano¹⁸⁴, y «en cualquier caso, la opinión dominante la considera clásica»¹⁸⁵.

obligatorias, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, pp. 66-67.

¹⁸² José Luis Lacruz Berdejo y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Quinta Edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 4.

¹⁸³ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, p66 y p67. José Luis Lacruz Berdejo y otros autores expresan como «*obligatio est iuris vinculum quod necessitate adstringimur, alicuius solvendi rei, secundum nostrae civitatis iura* (3.13, pr.)», véase en José Luis Lacruz Berdejo y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Quinta Edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 4.

¹⁸⁴ José Luis Lacruz Berdejo y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de*

Luis Díez-Picazo sigue explicando que «*la obligatio* ha sido, pues, originariamente un *vinculum*. Esta palabra ha ido perdiendo con los siglos su fuerza primitiva»¹⁸⁶. Así, deja de ser un poder que alcanzaba incluso la esfera física de la persona, permitiendo al acreedor vender o incluso matar al deudor que no paga.

El autor sigue explicando que, «en este momento inicial la idea de *obligatio* es independiente de la idea de *debere*. Se puede deber y no estar *obligatus* y al revés se puede estar *obligatus* y no deber. Es incluso posible que fuera normal que las ideas de *debere* y de *obligatio* se presentaran separadamente. El *obligatus* no es un deudor, sino una persona dada o entregada como rehén para asegurar que el deudor cumplirá aquello que debe. El *debere*, por sí mismo, es inexigible e irrealizable si no es por la voluntad de quien debe. En cambio, la *obligatio* confiere, como antes decíamos, un poder de naturaleza física o cuasi física. El *debere* lo asume, por ejemplo, un *pater familias*, pero *obligatus* resulta una de las personas sometidas a la potestad de aquél, a quien entrega como rehén o una persona que se coloca voluntariamente

Obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato. Quinta Edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 4.

¹⁸⁵ José Luis Lacruz Berdejo y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Quinta Edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 4.

¹⁸⁶ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, p. 66.

en dicha situación para asegurar el cumplimiento»¹⁸⁷. Porque el deudor puede quedar liberado de este modo, «la *solutio* primitiva no es en rigor el cumplimiento de un deber, sino el rescate de la propia libertad»¹⁸⁸.

José Luis Lacruz Berdejo (y otros autores) sigue explicando que «el Digesto, recogiendo un texto atribuido a Paulo (pero que los romanistas, casi unánimemente —SCHULZ, KASER, MARCHI, etc.—, tienen por elaboración post-clásica), traza el siguiente parangón entre obligación y derecho real: *obligationum substantiam non in eo consistit, ut, aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel prestandum* (44, 7,3, pr.). POTHIER combinó ambos fragmentos para formular, con referencia a los jurisconsultos romanos, la definición de obligación: “un lazo de derecho que nos constriñe a dar a otro alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal o cual cosa”»¹⁸⁹.

En el mismo sentido que los autores anteriores, Morales Moreno ha explicado que, la teoría de las obligaciones tuvo su origen en «el modelo romano de obligación unilateral»¹⁹⁰ y logró la plenitud de su desarrollo

¹⁸⁷ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, pp. 66-67.

¹⁸⁸ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, pp. 66-67.

¹⁸⁹ José Luis Lacruz Berdejo y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Quinta Edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 4.

¹⁹⁰ Antonio Manuel Morales Moreno, *Evolución del concepto de obligación en Derecho*

en el Derecho romano, de donde pasó a los sistemas latinos¹⁹¹. «Justiniano la contempla en sus Instituciones 3, 13 pr.¹⁹², cuyo texto dice lo siguiente: / La obligación es un vínculo jurídico, por el cual somos compelidos a pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad»¹⁹³.

Volviendo al Derecho civil chino, a juicio del autor chino Chen Gengsheng, si comparamos la palabra “债” en la tradición china antigua con la “obligatio” del Derecho romano, podemos llegar a la siguiente conclusión: Hay algo en común entre las dos palabras, pero también hay diferencias. La diferencia principal consiste en que la palabra china “债” sólo expresa la responsabilidad (deuda), mientras que el concepto romano justiniano significa -a la vez- el derecho y la obligación, es decir, se contempla la obligación desde el punto de vista de la relación jurídica¹⁹⁴. Sin embargo, a mi juicio, el concepto original chino de obligación sí coincide con la noción “obligatio” del Derecho romano; Lo que sucede es que el concepto de obligación en Europa ha evolucionado por la

español, de *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 21.

¹⁹¹ Antonio Manuel Morales Moreno, *Evolución del concepto de obligación en Derecho español*, de *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 21.

¹⁹² Citado por el autor: «tomada probablemente de las Instituciones de Florentino, jurista que vivió en el s. II d.C.».

¹⁹³ Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 21.

¹⁹⁴ Chen Gengsheng (陈庚生), “El Derecho civil chino debe emplear el concepto de la obligación (我国民法应当使用债的概念)”, *Chinese Journal of Law (法学研究)*, No. 2, 1986, pp. 44-46.

influencia del Derecho anglosajón, ampliándose (la obligación se contempla como deber de prestación pero, a la vez, como garantía de satisfacción del interés del acreedor), razón por la cual podemos encontrar divergencias entre el concepto de obligación recibido originariamente en China del Derecho europeo y el actual concepto revisado de obligación en Europa.

Ahora bien, en la medida en la que el Derecho chino también ha evolucionado, modernizándose, es posible afirmar que el moderno Derecho español y el Derecho chino coinciden actualmente en la noción de obligación, como tendremos ocasión de comprobar. En cuanto al Derecho latinoamericano, el proceso parece ir más lento pero probablemente en la misma dirección.

Diríase que la huella de la “*obligatio*” romana, heredada por los sistemas español (europeo), chino y latinoamericano, se ha desdibujado parcialmente (ampliándose el concepto) en algunos de estos sistemas (europeos y chino), por el oleaje del Derecho anglosajón sobre el moderno *Civil Law*.

Esta evolución la ha explicado magistralmente el jurista español, Morales Moreno¹⁹⁵:

¹⁹⁵ Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006.

Heredado el concepto de obligación del Derecho romano (es decir, de la relación unilateral), el Derecho civil continental define la obligación como «un vínculo jurídico que impone deberes de conducta (deuda): el deber de prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa)»¹⁹⁶. Aquí, la vinculación contractual se refiere al cumplimiento de los deberes de conducta¹⁹⁷. Sin embargo, el Derecho anglosajón utiliza un concepto más amplio de la obligación: «Afirmar que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento de deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato»¹⁹⁸.

En el sistema clásico codificado de Derecho civil continental o *Civil Law* –heredero del Derecho Romano- la obligación se concibe como deber de prestación del deudor (así, por ejemplo, el deudor debe entregar la cosa al acreedor). Si se produce la entrega de la cosa, en principio, hay cumplimiento¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 19.

¹⁹⁷ Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 19.

¹⁹⁸ Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 19.

¹⁹⁹ Carmen Jerez Delgado; *Los remedios frente al incumplimiento contractual en el moderno*

El jurista chileno Álvaro Vidal Olivares ha explicado las circunstancias que en aquella época romana y posterior justificaron la construcción de ese concepto de obligación. Él sostiene que «a la época de emisión del Código Civil, el modelo de obligación imperante era la obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto, ello como una consecuencia de la realidad de la economía de ese tiempo. En tal modo, la satisfacción del interés del acreedor, que es el fin del contrato según se ha explicado, se logra sólo con la entrega de esa especie y no otra, simplemente porque no la había. Esta circunstancia explica la preeminencia del cumplimiento específico como remedio primario y la indemnización como secundario, o la satisfacción se producía *in natura* o en equivalente, pues no había otra posibilidad»²⁰⁰.

Como veremos, esta evolución del concepto de obligación afecta actualmente al concepto de incumplimiento del contrato. El nuevo concepto de incumplimiento, abarca todo supuesto de insatisfacción del interés contractual del acreedor. El deudor garantiza la satisfacción del interés del acreedor en el contrato. La deuda deja de ser el mero deber de

Derecho de obligaciones, trabajo inédito (conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá, 25 noviembre 2013).

²⁰⁰ Álvaro Vidal Olivares, “La noción de “incumplimiento esencial” en el Código Civil”, pp. 495-496.

realizar la prestación y pasa a ser una garantía de satisfacción del interés contractual del acreedor, aproximándose así a la noción anglosajona²⁰¹.

En este sentido, el profesor español Antonio Manuel Morales Moreno al que siguen los autores antes citados (Jerez Delgado/ Vidal Olivares) sostiene que «la relación obligatoria es, primariamente, un vínculo jurídico que impone deberes de conducta (deuda): el deber de prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa, art. 1088 CC) y, junto a él, otros deberes accesorios. El cumplimiento de la obligación es la ejecución de la conducta debida. Esta idea la expresa el artículo 1091 CC en estos términos: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen *fuerza de ley* entre las partes contratantes y *deben cumplirse* al tenor de los mismos». Pero el contenido vinculante de la relación obligatoria no se agota en el deber de conducta del deudor. La relación obligatoria puede implicar, también, la garantía, a cargo del deudor, de satisfacción de un determinado interés del acreedor; es decir, la garantía de ese resultado»²⁰².

El término de la “obligación”, como veíamos, siempre ha sido un término que causa confusión, dada la diferencia entre el lenguaje vulgar o

²⁰¹ Carmen Jerez Delgado; *Los remedios frente al incumplimiento contractual en el moderno Derecho de obligaciones*, trabajo inédito (conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá, 25 noviembre 2013), pp. 7-8.

²⁰² Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 19.

común y el jurídico o técnico. Por esta razón, a veces, los juristas emplean expresiones tales como “la relación jurídica obligacional” o “relación obligacional”²⁰³ para referirse a su uso jurídico.

En sentido semejante, el jurista José Puig Brutau recuerda que «la palabra “obligación” se utiliza con distintos sentidos, tanto en el lenguaje vulgar y corriente como en el de las leyes. Muchas veces se emplea como equivalente a deber, y concretamente a “deber jurídico”, que en realidad es un concepto más amplio que el de obligación. El “deber jurídico” significa la necesidad de respetar las leyes, y de manera más determinada es la necesidad, impuesta por el ordenamiento legal, de observar determinado comportamiento frente a otras personas. Es la adaptación de la conducta libre a un mandato superior, en interés de la convivencia social»²⁰⁴.

En el manual de Derecho Civil coordinado por Rodrigo Bercovitz se dice que «es la obligación una relación jurídica que vincula al sujeto pasivo –el deudor- con el sujeto activo de la misma –el acreedor. La conducta de un sujeto queda vinculada a la voluntad de otro. De ahí que se pueda hablar de la existencia de un vínculo entre ambos. El acreedor o sujeto activo tiene el derecho (poder) de exigir al deudor o sujeto pasivo

²⁰³ José Luis Lacruz Berdejo y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Quinta Edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 3.

²⁰⁴ José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Volumen II, Cuarta edición, Derecho General de las Obligaciones*, BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1988, p. 5.

una determinada conducta y éste último tiene el deber de cumplirla. El acreedor es titular de un derecho de crédito mientras que el deudor es titular de una deuda; también se utiliza frecuentemente el término obligación como equivalente de deuda o de derecho de crédito. Esa conducta exigible y debida respectivamente constituye el objeto de la obligación, consistente en una prestación de hacer o de no hacer. / La prestación tiene normalmente un contenido de valor patrimonial. Incluso en aquellos supuestos en los que la prestación carece de un valor económico propio directo, no hay que olvidar que el deudor responde patrimonialmente (art. 1911 CC) del cumplimiento de la obligación»²⁰⁵.

El jurista Manuel Albaladejo explica que «vulgarmente *obligación* equivale a deber, pero, en el sentido que importa ahora, *obligación* significa vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender y poder exigir tal prestación. / El deudor queda sujeto de tal forma que si voluntariamente no *cumple como debe* (o sea si no realiza la prestación o la realiza inexactamente) puede ser constreñido a hacerlo, y en última

²⁰⁵ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Pilar Álvarez Olalla y otros autores, *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, Tercera Edición, BERCAL, S.A., Madrid, 2011.

instancia *responde* con sus bienes del incumplimiento (responder con ellos es que estén sometidos a las resultas de las consecuencias jurídicas del incumplimiento) (art. 1911 CC). Lo que constituye una garantía para el acreedor»²⁰⁶.

Vemos así cómo es posible afirmar que en el moderno Derecho español cabe el concepto anglosajón de obligación: A diferencia del Derecho romano y del Derecho civil continental clásico, el Derecho anglosajón define la obligación como una “garantía”, que asegura que el resultado de la prestación pueda satisfacer el «determinado interés del acreedor»²⁰⁷. Por lo tanto, cualquier desviación que insatisface este interés del acreedor, puede constituir un incumplimiento de la obligación. Más adelante volveré sobre el tema del incumplimiento. De momento, baste concluir que el moderno concepto de obligación (de corte anglosajón) parece que irá implementándose progresivamente en los sistemas de *Civil Law*.

Según afirma el jurista español Luis Díez-Picazo, «a lo largo del siglo XIX y a principios del XX, la doctrina ha hecho objeto de crítica a la concepción tradicional de la obligación tal y como ha quedado expuesta en líneas anteriores, como correlación entre un derecho

²⁰⁶ Manuel Albaladejo, *Derecho civil II Derecho de obligaciones*, Duodécima edición, EDISOFER, S.L., Madrid, 2004, pp. 15-16.

²⁰⁷ Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligaciones en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, p. 19.

subjetivo que tiene como contenido la persona del deudor y un deber jurídico que consiste en la adopción de un determinado comportamiento. Esta crítica se ha movido en torno a varios hilos conductores que han permanecido inalterables a lo largo del tiempo. En síntesis, estos hilos conductores han dado lugar a una polémica que, esquemáticamente, puede describirse así. Hay en primer lugar una polémica en torno a la idea de deber jurídico, que trata de determinar hasta qué punto puede hablarse rigurosamente de un deber jurídico del deudor. Hay, en segundo lugar, una polémica en torno a la idea de derecho de crédito que intenta puntualizar hasta qué punto puede hablarse de un auténtico derecho subjetivo del acreedor y cuál es el alcance de este derecho subjetivo. Hay finalmente una polémica en torno al fin o interés que constituye el sustrato de la obligación, que busca establecer en qué medida en la obtención de ese fin y en la satisfacción de ese interés está la meta de la obligación y, por consiguiente, en qué medida condiciona los derechos y los deberes»²⁰⁸.

3. El concepto del contrato

Del estudio comparado podemos deducir que el concepto del contrato presenta rasgos comunes en Derecho chino, español y

²⁰⁸ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson CIVITAS, Navarra, 2008, p. 111.

latinoamericano, pudiendo definirse como el acuerdo de voluntades que crea vínculos jurídicos entre los contratantes. Este mismo concepto lo encontramos en Derecho anglosajón²⁰⁹.

Sin embargo, existen también algunas diferencias, pues China, en cuanto heredera del Derecho continental europeo, es más deudora de Alemania que de Francia, mientras que España y Latinoamérica lo son del Código Civil francés en este punto. Esto marca alguna diferencia en lo que se refiere a los elementos del contrato y, en particular, a la causa del contrato, propia del sistema francés.

Ahora bien, la causa del contrato, bien entendida, siempre está de algún modo presente, y muestra de ello es la doctrina anglosajona de la consideración²¹⁰.

²⁰⁹ «We talk about a contract as a meeting of the minds of the parties, and thence it is inferred in various cases that there is no contract because their minds have not met; that is, because they have intended different things or because one party has not known of the assent of the other». Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, *110 Harvard Law Review*, 457, 1897, pp. 99 y ss.

²¹⁰ «Los jurisconsultos ingleses han adoptado la siguiente definición del contrato: el contrato es una convención fundada sobre una causa suficiente, por la cual una o varias personas se obligan respecto de otra u otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa (..)». (François Frédéric Poncelet, William Amos Scarborough Westoby, *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, traducciones y Prólogo a cargo de Eduardo Pardo Unanua; Edición, revisión de la traducción y notas adicionales a cargo de María Encarnación Gómez Rojo, Zaragoza, 2000)

Aunque es frecuente asociar el concepto de contrato en Derecho anglosajón al solo acuerdo de las partes, cabe afirmar que esto no sería absolutamente exacto, pues hay que tener en cuenta en particular la doctrina de la “*consideration*” (que se aproxima al la causa del contrato). (John Cartwright, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyers*, Hart Publishing, 2007, p. 85 y ss.)

3.1. El concepto del contrato en el Derecho romano

El profesor Lacruz explica que la autonomía de la voluntad, como fuente de efectos jurídicos, es fruto de la evolución del Derecho de contratos: «En Roma el ordenamiento no presta su fuerza coactiva más que a un *numerus clausus* de contratos, fuera del cual las convenciones podrán tener validez social, pero no tutela jurídica. La voluntad de los contratantes no tiene fuerza para crear un vínculo de obligación entre ellos si no se vierte en el molde predeterminado de uno de los tipos de contratos admitidos y protegidos por el ordenamiento»²¹¹.

Como explica el jurista Luis Díez-Picazo, «originariamente, la voz *contractus* no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico. Etimológicamente, *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*, por lo cual designa genéricamente “lo contraído”. Lo contraído es un negocio o, más exactamente, una obligación (*negotium contractum obligatio contracta*). *Contractus* es, pues, aquella situación

En relación con el Derecho norteamericano, el profesor Antonio Manuel Morales Moreno ha destacado, el *Restatement (Second) Section 1* que define el contrato del siguiente modo: «A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty». (Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 22).

²¹¹ José Luis LACRUZ BERDEJO y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen primero, Parte general. Teoría general del contrato*. Quinta edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 325.

que da origen a ese especial *vinculum iuris* en que la *obligatio* consiste (BONFANTE, BETTI)»²¹².

También Lacruz indica que «el propio nombre de *contractus* durante gran parte de la historia de Roma se refiere a cualquier vínculo; a cualquier *obligatio contracta*: se habla, así, de *contrahere sponsalia, crimen, delictum*. Para indicar lo que llamamos ahora “acuerdo de voluntades” o “contrato”, los romanos adoptaron otros términos: *convenio, consensus* y, sobre todo, *pactum, pactio, pactum conventum*» que será ineficaz si no entra dentro de alguna categoría de «contratos prevenidos con el Derecho»²¹³.

3.2. El concepto del contrato en el Derecho civil chino

Aunque después analizaremos la evolución histórica del concepto de contrato en el Derecho civil chino, haremos aquí una breve descripción de dicho concepto a fin de compararla con la propia del Derecho español y latinoamericano.

El artículo 2 del Capítulo I (Disposiciones Generales) de la Ley de Contratos de 1999 de China establece que “el contrato es el acuerdo entre

²¹² Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 134.

²¹³ José Luis LACRUZ BERDEJO y otros autores, *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen primero, Parte general. Teoría general del contrato*. Quinta edición, DYKINSON, Madrid, 2011, p. 325.

personas físicas, personas jurídicas u otras organizaciones, como partes iguales, para establecer, modificar o extinguir los derechos y obligaciones civiles. Los acuerdos relativos a las relaciones personales, como el matrimonio, la adopción, la tutela, etc., se rigen por otras leyes”²¹⁴. Por tanto, los acuerdos relativos a las relaciones personales no son “contratos” en el Derecho Contractual de China y quedan excluidos de la aplicación de la ley.

Cabe mencionar que, aunque el concepto del contrato de la Ley de Contratos contiene los elementos básicos del contrato clásico, (es decir, consentimiento más los derechos y obligaciones), la Ley citada no define el contrato como un “acto jurídico” sino como un “acuerdo”, lo cual es un gran inconveniente según algunos juristas chinos²¹⁵. A su juicio, de esta manera, se separa el contrato del acto jurídico, lo cual producirá un efecto negativo para el estudio del contrato y la práctica judicial. Por lo tanto, la definición de contrato en la Ley de Contrato debería ser: «el contrato es el acto jurídico entre personas físicas, personas jurídicas u otras organizaciones en condición de igualdad para establecer, modificar o

²¹⁴ En inglés: «Article 2 For the purpose of this Law, a contract means an agreement on the establishment, alteration or termination of a civil right-obligation relationship between natural persons, legal persons or other organizations as subjects with equal status. Agreements on establishing such personal relationships as marriage, adoption and guardianship shall be governed by the provisions of other laws». Véase en la página web oficial de la Asamblea Popular Nacional (en chino: 全国人民代表大会) : <http://www.npc.gov.cn/>

²¹⁵ Li Yongjun (李永军), *Derecho de los contratos* (合同法, *He Tong Fa*; en inglés: *Contract Law*), Law Press de China, Beijing, 2004, p. 4.

extinguir los derechos y obligaciones civiles». Esta opinión encaja muy bien con la definición de contrato que encontramos en el europeo DCFR²¹⁶: «Un “contrato” es un acuerdo dirigido a crear una relación jurídica vinculante o producir otro efecto jurídico. Es un acto jurídico bilateral o multilateral». Es más, la definición del DCFR es más completa ya que, además de hablar de acto jurídico, define el contrato como un “acuerdo”, lo que lo distingue de otros actos jurídicos (por ejemplo, de un testamento o del reconocimiento de un hijo).

Li Yongjun²¹⁷ opina que la definición del contrato en la Ley de Contratos de China ha perdido la relación con los Principios Generales de Derecho Civil de China y se ha separado del marco básico del “acto jurídico”. Aunque actualmente China no cuenta con un Código Civil como otros países del Derecho continental, es un sistema integrado por los Principios Generales del Derecho Civil²¹⁸, las leyes especiales civiles y las interpretaciones judiciales. Si los Principios Generales del Derecho Civil de China han empleado la noción del “acto jurídico”, también debería hacerlo la Ley de Contratos. Como es sabido, los “actos

²¹⁶ *Draft Common Frame of Reference [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law] (DCFR)*; En español: el Borrador del Marco Común de Referencia; En adelante: DCFR.

²¹⁷ Li Yongjun, uno de los civilistas más prestigiosos en China, es catedrático de Derecho civil y vicedecano de la Facultad de Derecho civil, mercantil y económico de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (abreviatura en inglés: *CUPL*).

²¹⁸ Véase, más adelante, en la parte III (Perspectiva histórico-comparada del Derecho contractual) de este capítulo.

jurídicos” incluyen contratos, matrimonios y testamentos. A juicio del autor, el contrato es el “acto jurídico” más importante, ya que las características más típicas de los actos jurídicos se reflejan perfectamente en el contrato, razón por la cual la definición de contrato en la Ley de Contratos debería incluir también el concepto de “acto jurídico”.

Aunque ha habido varios intentos de codificación del Derecho Civil Chino desde el principio de la historia moderna (así, el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing de 1911; el Anteproyecto del Código Civil Republicano de 1925; y el Código Civil Republicano de 1930), en la actualidad China todavía no cuenta con un Código Civil²¹⁹, por lo que existe la Ley especial de Contratos en la legislación china.

Con el proyecto planificado del Código Civil chino del futuro²²⁰, cuando esté promulgado el futuro Código Civil chino, la Ley de Contratos de China ya dejará de ser una ley especial, y se incorporará al Código Civil chino en la Parte de fuentes de la obligación.

²¹⁹ El *Código Civil Republicano* se aplicó en las zonas donde estaban bajo el gobernanza del Partido Guomindang durante 20 años, hasta que en el 1949 el Partido Comunista de China emitió una proclama anunciando la abolición de sistema jurídico del Partido Guomindang, incluido el *Código Civil Republicano*. Después de la fundación de la República Popular de China del 1 de octubre de 1949, el *Código Civil Republicano* fue abolido en la zona continental y solamente se aplica en Taiwán.

²²⁰ «Actualmente, China está elaborando un Código Civil cuyo proyecto comenzó en 1998». Véase en: Zhang, Lihong, *Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino*, Revista Chilena de Derecho, vol. 36, No.3, 2009, p. 474.

A juicio del prestigioso jurista de Taiwán, Wang Zejian, el contrato contribuye a reflejar la libertad de la personalidad, satisfacer el deseo de la vida individual y las necesidades de la vida social, y cumple la función económica de la asignación de recursos y la utilización eficaz del valor en la economía de mercado (original en chino: «*契约在于体现人格自由, 满足个人欲望与社会生活的需要, 并在市场经济中具有配置资源有效利用价值的经济功能。*») ²²¹.

3.3. El concepto del contrato en el Derecho civil español

En España, el contrato se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, y consiste en un acuerdo de los contratantes, vinculante para ellos. Así, el artículo 1.254 del Código Civil español establece que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». En su manual, Carlos Lasarte explica que «el contrato, por ende, es un mecanismo de generación de derechos y obligaciones respecto de las partes, quienes se encuentran vinculadas a la realización de su promesa por el mero hecho de haberse comprometido a ello, por haber prestado su consentimiento» ²²². Las normas imperativas intervienen para corregir o

²²¹ Wang Zejian, *Principios del derecho de obligaciones (Zhai Fa Yuan Li)*, la segunda edición, Editorial de la Universidad de Pekín, 2013, Pekín, p. 1.

²²² Carlos Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho civil III, Contratos*, Decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 2.

limitar la autonomía material de las partes, evitando la eficacia de los contratos con causa ilícita (artículos 1275 y 1276 Código Civil español).

El concepto de contrato no es objeto de controversia en la doctrina española. Veamos la definición que dan de él otros autores. Pilar Álvarez Olalla ha definido el contrato de la siguiente forma: «El contrato es el acuerdo de dos o más sujetos (las partes del contrato) por el que se comprometen a una determinada conducta encaminada a proporcionar algún beneficio, o bien a todos, o bien a alguno de ellos, o bien a terceros, cuya consecución les interese. Se trata pues de un pacto o acuerdo para satisfacer intereses de los participantes en él, con un valor económico directo o indirecto. Ese compromiso genera obligaciones para las partes (las de cumplir la conducta acordada), que vienen a constituir reglas que les vinculan. Por ello se dice que el contrato es fuente de obligaciones (arts. 1089 y 1254 CC) y que su contenido, esto es, esas obligaciones, es ley para las partes (arts. 1091 y 1257 CC). De ahí que el contrato constituya el principal exponente de la autonomía privada, y deba ser calificado, por consiguiente, como un negocio jurídico, y, más concretamente, como un negocio jurídico con más de un sujeto, un negocio jurídico bilateral o plurilateral»²²³.

²²³ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Pilar Álvarez Olalla y otros autores, *Manual de Derecho Civil, Contratos*, BERCAL, S.A., Madrid, 2011, p. 21.

El jurista Manuel Albaladejo explica que «El término “contrato” se utiliza (principalmente) en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En el primero, “contrato” significa negocio jurídico bilateral (o plurilateral) consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan cualesquiera efectos jurídicos (pues, éstos, cabe que sean los más diversos). En tal sentido “contrato” es sinónimo de *convenio* o *convención jurídica* y el campo en que puede darse es —en cuanto aquí importa— el de todo el Derecho civil. / (...) / En el segundo sentido, o sentido estricto, el término contrato» se reduce al campo del Derecho de obligaciones, significando, esencialmente, acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones»²²⁴.

El maestro de civilistas españoles, Luis Díez-Picazo, explica: «Nuestro Código Civil dedica el título segundo del Libro IV (arts. 1.254-1.314) a establecer una amplia reglamentación de los contratos. No define, sin embargo, lo que el contrato sea, acaso porque no es, en verdad, función del legislador la de proporcionar definiciones doctrinales y acaso también por presuponer el concepto vigente en el momento de su redacción. Nos suministra, sin embargo, valiosos materiales para poder ensamblar el concepto que del contrato tuvieron los autores del Código:

²²⁴ Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II Derecho de obligaciones*, duodécima edición, EDISOFER, S.L., Madrid, 2004, p. 363.

el art. 1.089 menciona al contrato al enumerar las “fuentes de las obligaciones”; el art. 1.091 afirma que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”; y el art. 1.254 dice que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”²²⁵. Y, así, el autor concluye que de estas tres normas cabe deducir que el concepto de contrato incluye dos características, que son: el «consentimiento común de dos o más personas», y «la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes»²²⁶.

3.4. El concepto del contrato en el Derecho de los países latinoamericanos y en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos

El Derecho latinoamericano recibe, como es sabido, una gran influencia del Código Civil francés, directa o indirectamente. Esto afecta al concepto de contrato, como afectó también al concepto de obligación. En este sentido, por ejemplo, podemos ver que los sistemas latinoamericanos son sistemas causalistas como lo es el español, por ser

²²⁵ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 133.

²²⁶ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 133.

herederos del Derecho francés en este punto. Así, como sostiene el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, «en el libro *De los contratos y obligaciones convencionales* del llamado “Primer Proyecto de Código Civil de Chile”, que Andrés Bello elaboró entre 1833 ó 1834 y 1840, encontramos el siguiente artículo 11: “*Todo contrato supone el consentimiento de las partes y para que este consentimiento sea válido es necesario...: 4º Que tenga una causa lícita*”. Esta disposición recuerda al artículo 1.108 del *Code Civil*: “*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention...: 4º Une cause licite dans l'obligation*”, y, en efecto, es claro que esa norma sirvió a Bello de punto de partida (...)»²²⁷.

Semejante a las definiciones del contrato que encontramos en España, el jurista peruano Aníbal Torres Vasquez da la siguiente: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (obligación) (art. 1351)»²²⁸.

En la actualidad del Derecho latinoamericano, el concepto del contrato comienza a recibir lentamente la influencia de la modernización del Derecho europeo de obligaciones, especialmente la modernización del Derecho de obligaciones de España y los Principios de Derecho

²²⁷ Alejandro Guzmán Brito, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp.197-198. Originalmente publicado en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, 2001), pp. 209-367.

²²⁸ Anibal Torres Vasquez, *Rescisión y resolución del contrato*, www.etorresvasquez.com.pe, p. 1.

Contractual Europeo (PECL). En la investigación de este tema, cabe destacar a dos juristas chilenos: Álvaro Vidal Olivares y Carlos Pizarro Wilson, quienes se esfuerzan por introducir las experiencias europeas (especialmente españolas), promover la modernización del Derecho latinoamericano de obligaciones y la unificación del Derecho de los contratos en Latinoamérica. Ambos juristas tienen la experiencia del estudio en Europa. El jurista chileno Álvaro Vidal Olivares obtuvo su doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y se nota en sus obras que él recibe mucha influencia del gran jurista español Antonio Manuel Morales Moreno; el jurista chileno Carlos Pizarro Wilson cursó su doctorado en la Universidad París II (Panthéon-Assas)²²⁹.

Como el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares sostiene, mirando atrás —desde la tendencia y la actual modernización del Derecho de obligaciones—, el contrato en el vigente Código Civil chileno «deja de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones (art. 1438 Código Civil²³⁰); hoy se impone una noción más

²²⁹ Fuente de información: Introducción de autores de *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010), *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil* (Álvaro Vidal Olivares, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006) y *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012.

²³⁰ El autor se refiere al Código Civil chileno.

realista que atiende sobre todo al interés de las partes»²³¹. Citando a Morales Moreno, el jurista chileno afirma que «el contrato debe ser entendido no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio para organizar los particulares sus propios intereses. Efectivamente, el contrato, primero que todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes. Las partes, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que alcanzarán a través de la ejecución del contrato, propósito que interesa en la medida en que se hubiere incorporado, explícita o implícitamente, a la regla contractual»²³². En relación con el propósito práctico del contrato, cabe apreciar la influencia de la doctrina española²³³.

El citado autor chileno sostiene que, «el fin del contrato es la satisfacción del interés contractual del acreedor, que, (...), precisamente

²³¹ Álvaro Vidal Olivares, «La noción de “incumplimiento esencial” en el Código Civil», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 491.

²³² Álvaro Vidal Olivares, «La noción de “incumplimiento esencial” en el Código Civil», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 491- 492.

²³³ Véase el trabajo de Antonio Manuel Morales Moreno, «“El propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro»», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, No. 4; 1983, pp. 1529-1546.

se dibuja, caso por caso, a partir del propósito práctico incorporado al contrato»²³⁴.

En los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, un artículo del Título II (Del contrato y sus elementos) de la Primera Parte²³⁵ dispone de la siguiente manera: «El contrato es un acuerdo de dos o más partes por el cual crean, modifican o extinguen un vínculo jurídico»²³⁶.

3.5. La concepción del contrato en el Derecho anglosajón y en los sistemas continentales: Contraste²³⁷

Luis Díez-Picazo ha destacado la doctrina del profesor Morales Moreno en relación con la comparación del concepto de contrato entre el Derecho anglosajón y los sistemas continentales, europeos o de *Civil Law*. Por la autoridad de uno y otro autor en la materia, dejemos que sea él mismo quien lo explique:

²³⁴ Álvaro Vidal Olivares, «La noción de “incumplimiento esencial” en el Código Civil», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 494.

²³⁵ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 241.

²³⁶ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 241.

²³⁷ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007, pp. 137-138.

«A.M. Morales Moreno (DÍEZ-PICAZO, *La Compraventa Internacional de Mercadería, Comentario de la Convención de Viena*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág 290) ha destacado, agudamente, cómo, aun procediendo de una originaria matriz romana y romanista, existe alguna diferencia destacable en la forma de concebir el contrato que diferencia los llamados sistemas continentales (latinos o germánicos) frente a la concepción de contrato que es propia del Derecho angloamericano. / En los primeros, entre los cuales evidentemente se incluye el nuestro, el contrato, al menos el contrato obligacional, se crea como un vínculo que genera deberes. La *lex contractus*, es primariamente una norma según la cual tiene que dirigir su conducta el obligado. Este punto de vista, dice A.M. MORALES, determinó una importante consecuencia, como es que la responsabilidad contractual tiende a ser construida con ciertas dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales, y bajo el presupuesto de la culpabilidad, porque se tiende a pensar que todo incumplimiento ha de ser reprochable al deudor. En cambio, en la concepción del Derecho angloamericano, sobre la idea de deberes o de obligaciones prevalece la de garantía de un resultado a cargo del deudor, que es la consecuencia del «compromiso», del cruce de promesas, lo que a su vez determina una serie de notables consecuencias como son una construcción unitaria de la responsabilidad contractual y, sobre todo, la posibilidad de generar vinculaciones sobre hechos o estados de la realidad

presente o futura, que por sí solos son difícilmente concebibles si la vinculación sólo se construye sobre la idea de obligación. En este sentido se puede recordar que “*praestare*” significa precisamente garantizar algo o responder de ello»²³⁸.

Advierta el lector la trascendencia que tienen estas observaciones, ya que nos hablan, a la vez, de la influencia que el Derecho anglosajón está teniendo sobre el Derecho europeo continental, a través de la Convención de Viena especialmente, como el mismo Antonio Manuel Morales Moreno ha dejado claramente explicado en varias de sus obras²³⁹.

Como se verá a lo largo de esta tesis doctoral, no sólo Europa sino también China, ha sido alcanzada por esta influencia, y –como ya Álvaro Vidal explicaba, parece alcanzar también a Latinoamérica, si bien más incipientemente²⁴⁰.

²³⁸ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007, pp. 137-138.

²³⁹ Véase, Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006.

²⁴⁰ Álvaro Vidal Olivares: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (con Carlos Pizarro Wilson), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010; *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, etc.

III. PERSPECTIVA HISTÓRICO-COMPARADA DEL DERECHO CONTRACTUAL

«La historia es émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo porvenir» (El Quijote)²⁴¹.

«El Derecho es, como parte esencial de la cultura, un producto histórico y, como tal, no puede prescindir de su historicidad. El Derecho es un instrumento configurador y ordenador de la sociedad; por ello, no es posible un conocimiento de la sociedad -pretérita o actual- sin la comprensión del fenómeno jurídico. La historia del derecho no sólo nos suministra información sobre la sociedad del pasado, sino que también, al mismo tiempo, nos permite el conocimiento científico del derecho actual» (José Sánchez-Arcilla Bernal)²⁴².

En esta parte, me dedicaré a investigar la diversidad cultural e histórico-jurídica de China, España y América Latina, siendo mi principal

²⁴¹ Citado por Feliciano Barrios Pintado, Juan Carlos Domínguez Nafría, Consuelo Maqueda Abreu, *Textos de Historia del Derecho Español*, Editorial Universitas, S.A., la primera edición, Madrid, 2002, p. 9.

²⁴² José Sánchez-Arcilla Bernal, *Historia del Derecho español*, 2.a edición, Cálamo, Barcelona, 2001, p. 9.

propósito presentar al lector de habla hispana las raíces y desarrollo del Derecho de contratos en China.

Como sabemos, tanto el Derecho privado de España e Ibero-América, como el de China, se basan de manera irrefutable en la tradición del Derecho continental, conocido también como el Derecho civil.

El Derecho continental o Derecho civil (*Civil Law*) se basó en el Derecho romano. Apareció y se desarrolló al principio en el Continente europeo, de donde toma su nombre (Derecho continental europeo). El Derecho continental también es conocido por el nombre del Derecho civil, porque tanto el Código Civil de Francia, a principios del siglo XIX, como el Código Civil de Alemania, a finales del mismo siglo, han promovido de manera fuerte el desarrollo del Derecho Civil.

Hoy en día, el Derecho Civil es uno de los dos grandes sistemas jurídicos que existen. Cubre la mayor parte del mundo, y, entre los países que se rigen por él, se encuentran España, los países de América Latina, China y Taiwán, etc. (es decir, los países objeto de este estudio).

Al hablar del Derecho civil continental, es imposible omitir el concepto de la codificación, que se considera como una de las características más importantes del Derecho civil continental. Aquí voy a emplear la definición de la codificación dada por el jurista chileno Hernán Corral Talciani, del siguiente modo: «La codificación es una

especie de fijación del Derecho que se caracteriza por innovar respecto de la presentación del material normativo y su organización, por establecer un derecho nuevo que se distancia del anterior, y por determinar la pérdida de vigencia de todas las disposiciones jurídicas anteriores, aunque puedan ser compatibles con la legislación codificada»²⁴³.

Francisco Tomás y Valiente, historiador y jurista español, explicó que «la obra más importante en la historia del Derecho romano es, sin duda, la recopilación llevada a cabo por el emperador Justiniano entre los años 528 a 533. Estaba integrada por las *Instituciones* (obra elemental destinada a la enseñanza del Derecho), el *Digesto* o *Pandectas* (ingente recopilación de textos de la jurisprudencia clásica), el *Código* (compilación de constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano) y las *Novelas* (constituciones posteriores al Código). Desde el siglo XII y de modo más definitivo a partir de la edición llevada a cabo en 1585 por Dionisio Godofredo, la obra de Justiniano recibe el nombre de *Corpus iuris civilis*»²⁴⁴.

En el norte de Italia, en el siglo XII (probablemente en el año 1135), se halló el manuscrito del *Corpus Juris Civilis*, que se había perdido a causa de las guerras durante varios cientos de años. Los estudiosos y

²⁴³ Hernán Corral Talciani, *La descodificación del Derecho Civil en Chile*, en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, 2007, pp.641-651. También disponible en la página web: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/descodificacion.pdf>, del formato pdf, p. 2.

²⁴⁴ Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª edición (1983), tecnos, Madrid, 2004, p. 180.

glosadores lo investigaron y realizaron pruebas y comentarios sobre él en la Universidad de Bolonia, formando la Escuela de Bolonia, también conocida como la escuela de los jurisconsultos boloñeses o escuelas de los Glosadores del Derecho Civil.

En aquel entonces, como el *Corpus Juris Civilis* era mucho más avanzado que otras leyes del Continente europeo, se lanzó un movimiento de renacimiento del Derecho romano en el Continente europeo, estudiando y aplicando el Derecho romano. El movimiento del Renacimiento del Derecho Romano provocó que la mayoría de las leyes del Continente europeo siguieran el ejemplo del Derecho romano, formando así el prototipo del Derecho Civil.

1. Precedentes destacados del moderno Derecho civil contractual

Veamos a continuación una breve explicación del papel que los Códigos Civiles europeos más influyentes –el francés y el alemán- han jugado en el desarrollo del Derecho de contratos chino y latinoamericano.

1.1 El Código Civil francés de 1804 como hito común en la Historia del Derecho de Contratos

El Derecho civil se considera como el núcleo del Derecho privado y el Código Civil está considerado como el núcleo del Derecho civil. De aquí podemos concluir la importancia del Código Civil como “núcleo del núcleo” y entender la importancia que ocupa su codificación en la legislación de un país perteneciente a la tradición del Derecho continental. Como expresa el jurista Hernán Corral Talciani, «desde que Bentham inventara el neologismo “codification”, la palabra ha terminado por imponerse para designar el proceso por el cual el Derecho de tradición latino-germánica ha adquirido su forma de presentación actual: los códigos. La idea de que el rol central del código sería neutralizado por la fragmentariedad de una legislación descodificada no parece haber concitado consenso. Por el contrario, la aspiración a codificar como forma de unificación del Derecho a nivel supraestatal indica su subsistencia, como lo demuestran los trabajos para llegar a un código europeo de los contratos»²⁴⁵.

El Código Civil francés de 1804 fue el primer ejemplo conocido universalmente, cuyo prestigio e influencia mundial eran incuestionables. Una de sus características, la generalidad y la interacción de las disposiciones que contiene relativas a un determinado conjunto de

²⁴⁵ Hernán Corral Talciani; Recensión a la obra de Alejandro Guzmán Brito: “La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000; *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fascículo I, enero-marzo, 2002, p. 267.

hechos²⁴⁶, se ha convertido en una de las características de la tradición del Derecho Civil²⁴⁷.

El Código Civil francés probablemente sea el más prestigioso Código Civil por su carácter pionero.

Como ha expresado el jurista francés Pierre Catala, «el bicentenario del Código civil (francés) ha tenido una inmensa resonancia en la mayor parte de los países que han acogido la codificación, cualquiera sea su lengua»²⁴⁸.

El jurista chileno Hernán Corral Talciani, en otro de sus trabajos, explica que el Código Civil francés «inaugura (...) la época de la codificación», en el sentido de «una cultura jurídica determinada y (...) una forma de concebir el régimen político, y la relación entre legislador, juez y ciudadano», por más que «ya con anterioridad se hubieran

²⁴⁶ Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volumen 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, p. 3.

²⁴⁷ Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volumen 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, p. 3.

²⁴⁸ Pierre Catala, *Presentación general del Anteproyecto*, es parte del *Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones (arts. 1101 a 1386 del Código civil) y del derecho de la prescripción (arts. 2234 a 2281 del Código civil) con la presentación general y las exposiciones de motivos. Informe presentado al Ministerio de Justicia*. traducido por Antonio Cabanillas Sánchez, en su trabajo “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, Fascículo II, abril-junio, 2007, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, p. 638.

promulgado Códigos como el prusiano y el bávaro»²⁴⁹. El autor sigue explicando que, «el *Code Civil* es expresión así no sólo de un intento por fijar el Derecho vigente, sino una forma de transformar el sistema jurídico. Ideas como la igualdad de la ley para todos los ciudadanos, la eliminación de las diferencias de regímenes jurídicos entre regiones. La consideración de la ley como expresión máxima de la voluntad general y por ello soberana, la sumisión del juez a aplicar la ley como mero portavoz de dicha voluntad al caso particular, la exposición del material normativo en frases breves, claras, contundentes y de acceso incluso para los no letrados, la aspiración de que todo este nuevo derecho sea una emanación de la simplicidad y llaneza de la razón natural aplicada a las relaciones sociales, son todas ideas que subyacen a la codificación como proceso histórica, político y social»²⁵⁰.

La importancia del Código Civil francés para Asia radica en que, en el proceso de la recepción asiática del Derecho extranjero, comenzando por Japón²⁵¹, se eligió, en primer lugar, el Código Civil francés, frente al

²⁴⁹ Hernán Corral Talciani, “La descodificación del Derecho Civil en Chile”, *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*, Alejandro Guzmán Brito edit., LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 641-651. También disponible en la página web: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/descodificacion.pdf>, del formato pdf, p. 2.

²⁵⁰ Hernán Corral Talciani, “La descodificación del Derecho Civil en Chile”, *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*, Alejandro Guzmán Brito edit., LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 641-651. También disponible en la página web: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/descodificacion.pdf>, del formato pdf, p. 2.

²⁵¹ véase en: Etsuko Asami, *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y*

sistema del *Common Law*, para la traducción a su lengua nativa y posterior adaptación y recepción. La noción del “Derecho Civil” en Japón y China, “民法”, proviene de la traducción del Código Civil francés al japonés por el jurista japonés Rinsho Mitsukuri (其作麟祥, 1846-1897)²⁵². La traducción del Código civil francés al japonés fue la base de la conversión o incorporación del Derecho extranjero al Derecho japonés²⁵³.

1.2. El Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, Código Civil alemán) de 1900 como modelo de Código Civil para Asia

La importancia del Código Civil alemán para Asia consiste en que, el Código Civil de algunos países asiáticos, como China²⁵⁴ y Japón, recibió una gran influencia del Código Civil alemán. Por ejemplo, el Derecho civil japonés heredó del Derecho civil alemán muchos de sus rasgos. Como afirma el jurista japonés, «parece que la factura del nuevo Código es muy próxima a la del Código alemán. He leído frecuentemente afirmaciones en este sentido. Es cierto que tanto el primer como el

europeo desde una perspectiva comparada, tesis doctoral de la Universidad Complutense, p. 125. «En aquella época, la sociedad japonesa no contaba con la palabra derecho ni deberes hasta a finales del siglo XIX cuando se hizo la traducción del Código civil francés».

²⁵² Véase: Etsuko Asami, *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, tesis doctoral de la Universidad Complutense, p. 125 y ss.

²⁵³ Etsuko Asami, *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, p. 126.

²⁵⁴ China tuvo Código Civil antes de la fundación de la República Popular de China (RPC), como se explica a continuación.

segundo proyecto del Código alemán proporcionaron un material muy valioso a la Comisión codificadora y que fueron muy tenidos en cuenta en las deliberaciones de ésta»²⁵⁵.

China tenía casi la misma situación histórica y experiencias similares que Japón durante el proceso de recepción del Derecho extranjero en la Dinastía Qing, y también ha tomado muchas referencias directas del Código Civil alemán tanto en la elaboración del Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing de 1911, como en la del Anteproyecto del Código Civil republicano.

Los tres Códigos Civiles (incluidos dos Anteproyectos del Código Civil y un Código Civil) antes de la fundación de la República Popular de China (en adelante, RPC) [el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing de 1911²⁵⁶, el Anteproyecto del Código Civil republicano²⁵⁷, y el Código Civil republicano²⁵⁸ del 1929] fueron modelados esencialmente sobre la base del Código Civil alemán²⁵⁹.

²⁵⁵ Traducción de Francisco Barberán, Rafael Domingo, *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, pp. 30-32.

²⁵⁶ Fue elaborado por el Gobierno de la dinastía Qing y terminado en el septiembre de 1911.

²⁵⁷ Fue elaborado por el Gobierno de la República de China y terminado en el 1925. El Anteproyecto del Código Civil Republicano también estaba modelado e influido, aparte del Código Civil alemán, por el Código Suizo de las Obligaciones de 1911.

²⁵⁸ También se traduce como el Código Civil de la República de China. Fue elaborado por el Gobierno de la República de China, terminado y entró en vigor en el 26 de diciembre de 1930. «Después de la fundación de la República Popular de China (RPC), en 1949, este primer Código Civil en la historia china fue abolido en la zona continental; de modo que solo se mantuvo en vigencia de Taiwan». Véase en Zhang, Lihong, *Los últimos avances en la codificación del Derecho civil chino*, traducción dirigida por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajal, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 No.3, 2009, p. 468.

Después de la fundación de la RPC, el resultado del primer intento del Gobierno de la RPC para la elaboración de un Código Civil (el Anteproyecto del Código Civil de 1956) fue modelado sobre la base del Código Civil ruso de 1922²⁶⁰, el cual había tomado como referencia el Código Civil alemán. Por lo tanto, podemos concluir que el Anteproyecto del Código Civil de 1956 se heredó indirectamente del Código Civil alemán.

Aparte de los países asiáticos, como China y Japón, el Código Civil de una gran cantidad de países también se ha heredado del Código Civil alemán. Por ejemplo, el Código Civil suizo o el Código Civil italiano, recibieron también su influencia (junto a la francesa).

2. Evolución Histórica del Derecho Contractual de China

Como el gran jurista estadounidense Oliver Wendell Holmes expresó en su famoso ensayo *La ruta de la ley*²⁶¹: «However, if we

«El Código Civil republicano también estaba modelado e influido, aparte del Código Civil alemán, por el Código Suizo de las Obligaciones de 1911». Véase en Zhang, Lihong, *Los últimos avances en la codificación del Derecho civil chino*, traducción dirigida por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 No.3, 2009, p. 468.

²⁵⁹ Zhang, Lihong, *Los últimos avances en la codificación del Derecho civil chino*, traducción dirigida por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 No.3, 2009, p. 468.

²⁶⁰ Zhang, Lihong, *Los últimos avances en la codificación del Derecho civil chino*, traducción dirigida por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 No.3, 2009, p. 469, nota 3.

²⁶¹ La ruta de la ley (en inglés: *The Path of the Law*) es un breve ensayo por Oliver Wendell Holmes, Jr., un jurista estadounidense que sirvió en la Corte Suprema de los Estados Unidos

consider the law of contract, we find it full of history. The distinctions between debt, covenant, and assumpsit are merely historical. The classification of certain obligations to pay money, imposed by the law irrespective of any bargain as quasi contracts, is merely historical. The doctrine of consideration is merely historical. The effect given to a seal is to be explained by history alone»²⁶².

La principal característica del Derecho contractual chino es la incorporación de Derechos extranjeros. A continuación se explica cómo se produce esta paulatina recepción en China.

2.1. El sustrato cultural

El desarrollo del Derecho chino ha estado marcado por dos corrientes de pensamiento: 法 (pinyin: fǎ) 家 (pinyin: jiā) (en español: el Legalismo)²⁶³ y 礼 (pinyin: Lǐ) 家 (pinyin: jiā) (en español: el Confucianismo)²⁶⁴.

desde 1902 hasta 1932. Una piedra angular de su filosofía jurisprudencial fue la teoría de predicción de la ley, creyendo que la ley debe definirse específicamente como una predicción de cómo funcionan los tribunales. En el camino de la ley Holmes argumenta que un criminal no está preocupado por la ética o concepciones del derecho natural; ellos están preocupados por evitar el castigo y cárcel.

²⁶² Oliver Wendell Holmes, Jr. , “The Path of the Law”, *110 Harvard Law Review*, 457, 1897, pp. 99 y ss.

²⁶³ Según Rafael Domingo (ED.); *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 79: 法 (pinyin: fǎ), «término chino usado ancestralmente para referirse a lo que se denomina en español como

El periodo de las Primaveras y Otoños²⁶⁵ representa una era en la Historia China²⁶⁶. Es un tiempo de eruditos y de desarrollo cultural. Igual que la antigua filosofía griega es la fuente del desarrollo de la filosofía occidental, la doctrina de los filósofos pre-Qin es la fuente de la cultura china, antes de su encuentro con la cultura occidental. Durante este periodo, coexistieron dos líneas de pensamiento distintas y contrarias: el legalismo y el confucianismo.

2.1.1. El Legalismo

El Legalismo, como escuela filosófica en China, se caracterizó por su visión materialista del mundo, contraria al confucianismo. Representó

derecho positivo, lo que se tradujo en el establecimiento de un régimen legal que debía ser estrictamente obedecido bajo la amenaza de severos castigos.» En China, 法 (*pinyin*: fǎ) significa tanto el Derecho como la ley.

²⁶⁴ Rafael Domingo (ED.), Martín Santiváñez, Nicolás Zambrana, Aparicio Caicedo, Arturo Miranda y Steven Ngo; *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 79.

²⁶⁵ El periodo de las Primaveras y Otoños (en chino: 春秋时代, *pinyin*: Chūn qiū shí dài) representó una era en la historia china entre el 722 a. C. y el 481 a. C. Este periodo toma su nombre de los Anales de primavera y otoño, una crónica del periodo cuya autoría se atribuía tradicionalmente a Confucio. Durante el periodo de las Primaveras y Otoños, el poder se descentralizó. Este periodo estuvo plagado de batallas y las anexiones de unos 170 pequeños estados. El lento progreso de la nobleza resultó en un aumento en la alfabetización; el incremento en la alfabetización animó la libertad de pensamiento y el avance tecnológico. Esta era fue seguida por el periodo de los Reinos Combatientes. http://es.wikipedia.org/wiki/Primaveras_y_Otoños.

²⁶⁶ 722 a.C.- 481 a.C.

el interés de los grandes terratenientes y del Gobierno frente a los confucianos, plasmándose en la máxima *El hombre vence al cielo*²⁶⁷.

Los partidarios del Legalismo argumentaron que la ley es base del desarrollo social y defendieron el concepto de la propiedad privada. El Derecho o la ley escrita es un instrumento para organizar la sociedad.

Los principales representantes del Legalismo fueron los siguientes²⁶⁸:

1.- Shang Yang: «Shang consideraba que el ser humano se inclina por naturaleza al mal y, por ende, debe ser contenido por normas impersonales. La norma escrita era concebida como un freno ante la arbitrariedad del poder. En muchos aspectos, esta doctrina se asemeja al positivismo jurídico inspirado en la necesidad de un poder absoluto, propugnado por Hobbes, que impidiera la violencia a la que está sometido el hombre en el estado de naturaleza»²⁶⁹.

2.- Han Fei: «De la lectura de uno de los más destacados ideólogos del legalismo, Han Fei (233 a.C.), se desprende un radicalismo legalista: «el código de leyes debe ser redactado claramente y ser visible para el público. Todas las personas deben ser iguales ante la ley. Las leyes deben

²⁶⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Legalismo>.

²⁶⁸ Véase en: Rafael Domingo (ED.), Martín Santiváñez, Nicolás Zambrana, Aparicio Caicedo, Arturo Miranda y Steven Ngo; *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 79-80.

²⁶⁹ Rafael Domingo (ED.), Martín Santiváñez, Nicolás Zambrana, Aparicio Caicedo, Arturo Miranda y Steven Ngo; *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 79.

considerar incentivos para quienes las cumplen y castigos para quien las viola. De esta manera se garantiza que las acciones tomadas sean previsibles. Adicionalmente, es el sistema de leyes el que debe gobernar al Estado, no el gobernante. Si la ley es aplicada con éxito, hasta el gobernante débil será fuerte»²⁷⁰.

2.1.2. El confucianismo y su influencia en el contexto jurídico

Como expresa el jurista chino Junwei Fu, «es imposible entender la historia del Derecho civil de China sin el conocimiento del confucianismo. Habiendo dominado el pensamiento chino desde hace casi 2.500 años, el confucianismo ha influido fuertemente en todos los sectores de la sociedad china»²⁷¹.

Aunque en hoy día, el confucianismo ya se ha perdido su función religiosa, es considerada como una filosofía de vida. En la China Antigua, el Confucianismo jugó un papel muy importante en el desarrollo del Derecho chino. De hecho, en su prestigioso estudio de Derecho comparado, Zweigert / Kötz explican que en el Derecho chino las

²⁷⁰ Rafael Domingo (ED.), Martín Santiváñez, Nicolás Zambrana, Aparicio Caicedo, Arturo Miranda y Steven Ngo; *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 79-80.

²⁷¹ «It is impossible to understand Chinese civil law history without any knowledge of Confucianism. Having dominated Chinese thought for almost 2,500 years, Confucianism has strongly influenced all sectors of Chinese society». Junwei Fu, *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011.

relaciones sociales constituyen una parte del Orden natural y que esta perspectiva se encuentra en la doctrina del Confucianismo, lo que ayuda a comprender por qué en el Lejano Este se rigieron poco por leyes y tribunales en la solución de conflictos²⁷².

El Confucianismo es la doctrina filosófica de las enseñanzas de Confucio. Confucio nació el 551 a. C., en el país Lu, de la parte este de China, que actualmente es la ciudad Qufu de la provincia Shandong. Confucio dedicaba toda su vida al estudio y la enseñanza de las culturas tradicionales de la China Antigua y luchar en contra del desorden social de la Dinastía Zhou. Confucio cree en la bondad del ser humano y prescinde de la idea de control social mediante leyes estrictas.

2.2. De la tradición del Derecho en la Antigua China a la modernización del Derecho de China

Durante toda la historia jurídica china, antes de la reforma del sistema jurídico imperial de la dinastía Qing, la tradición jurídica de la Antigua China se caracteriza por los siguientes aspectos:

²⁷² Zweigert, K. / Kötz, H.; *An introduction to Comparative Law*, Third Edition, Oxford, 1998, p. 288.

En primer lugar, al referirse al Derecho chino, se trata de una combinación, o mezcla de todas las leyes, civiles, penales, etc, sin independencia entre ellas.

En segundo lugar, las autoridades prestan más énfasis al Derecho penal, y mucho menos al Derecho civil. El Derecho es, por tanto, eminentemente sancionador.

2.2.1. La reforma del sistema jurídico imperial de la Dinastía Qing y el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing como primer paso de la modernización

Antes de las Guerras del Opio (1834-1860), ocurridas durante la dinastía Qing, el Derecho moderno de China se había ido germinando, y son los misioneros religiosos occidentales quienes por primera vez introdujeron los pensamientos y teorías jurídicos occidentales a la Antigua China. Las Guerras del Opio y la derrota de la dinastía Qing en estas guerras jugaban un papel acelerador del desarrollo del Derecho moderno chino, porque tras ellas el Imperio se vio obligado a liberalizar el comercio con los países extranjeros y a entregar puertos estratégicos al capitalismo anglosajón, dando ocasión de advertir el evidente contraste entre Occidente y China en el ámbito jurídico. Así fueron introduciéndose

y desarrollándose poco a poco el pensamiento y teorías jurídicos occidentales en la Antigua China.

La población china toma la iniciativa de explorar el pensamiento y teorías del Derecho civil occidental.

Al final de la Dinastía Qing, había muchos debates sobre si introducirían el Derecho occidental a la entonces China antigua o no. Se distinguen dos escuelas: una defendía la tradición propia jurídica de la China antigua, encabezada por Zhang Zhidong²⁷³; la otra era favorable a introducir las experiencias extranjeras jurídicas para adaptar la tradición propia de la antigua China a la occidental, encabezada por Shen Jiaben²⁷⁴. Tras varios años de debates, por fin ganó esta última escuela.

En el año 1907, el emperador de la decadente dinastía Qing decidió elaborar una legislación civil, comisionando a Shen Jiaben²⁷⁵ al que nombra Ministro de Justicia, además de a Yu Liansan e Ying Ruichong, para la reforma del sistema jurídico imperial. Shen Jiaben es considerado como el artífice del establecimiento de las modernas escuelas de Derecho²⁷⁶.

²⁷³ En chino: 张之洞 (1837-1909)

²⁷⁴ En chino: 沈家本 (1840-1913)

²⁷⁵ En la tradición china, igual que la japonesa, la gente antepone los apellidos, o el apellido, al nombre. Aquí, para no confundirlo, sigo la tradición china y antepongo sus apellidos, o apellido, al nombre.

²⁷⁶ Rafael Domingo (ed.), *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2007, p. 81.

Durante todo el proceso de esta reforma, Shen Jiaben invitó al jurista japonés Yoshimasa Matsuoka, del sector de Derecho civil, como asesor para dirigir la elaboración del Código Civil imperial de la dinastía Qing. También permitió que profesores japoneses curtidos en la modernización jurídica de la restauración Meiji fueran invitados a China a dictar seminarios y a dirigir la reforma²⁷⁷.

Como el asesor y dirigente de la elaboración de este Código, Yoshimasa Matsuoka introdujo la teoría del Derecho civil japonés a la legislación de este Código.

Matsuoka Yoshimasa redactó las tres primeras partes de este Código Civil, el resto fue redactado por cuatro graduados chinos de las universidades extranjeras: Zhang Zongyuan, Zhu Xianwen, Gao Zhong y Chen Lu, entre los cuales, uno volvió de Francia, uno de E.E.U.U. y los otros dos se graduaron en las universidades japonesas.

Desde el punto de vista biográfico de sus redactores y asesores, el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing está influenciado profundamente por el Código Civil Japonés de 1898²⁷⁸; Como este último

²⁷⁷ Rafael Domingo (ed.), *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2007, p. 81.

²⁷⁸ Véase en: Francisco Barberán, Rafael Domingo, *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, p. 25: «El código civil japonés de 1898 es paradigma del cambio jurídico protagonizado por el archipiélago nipón durante la restauración Meiji (1868-1912). En un congreso internacional celebrado en San Luis (estado de Missouri) a los pocos años de su entrada en vigor, uno de sus tres redactores- Nobushige Hozumi (en chino: 穗积陈重, 1855-1926)-calificó el Código como «un fruto de la ciencia del Derecho comparado».

se deriva del Código Civil alemán, podemos deducir que el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing también tiene los antecedentes de Alemania.

Los juristas españoles Francisco Barberán y Rafael Domingo opinan que «con él (el Código civil japonés de 1898), el Derecho japonés se había emancipado de la familia jurídica china a fin de incorporarse a la romana)»²⁷⁹. Después de este periodo, comienza la influencia del Derecho europeo en el Derecho chino, vía Japón.

El Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing fue terminado en el septiembre de 1911, constaba de cinco Libros [I. Disposiciones Generales; II. De obligaciones; III. De los Derechos reales; IV. De la familia; V. De la sucesión], con la misma estructura del *BGB* alemán (en total, 36 capítulos y 1596 artículos). La influencia del Derecho alemán en cuanto a los contenidos se produce –sin embargo- sólo en las tres primeras partes.

El Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing fue el primer anteproyecto de código civil en la Historia china, tomando referencia y basándose –como ya se ha dicho- en el *BGB* alemán y el Código Civil

²⁷⁹ Citado por Francisco Barberán y Rafael Domingo, *Código civil japonés*, nota 4, p. 25: Hozumi, The New Japanese pg.19: «With the introduction of Western civilization, the Japanese civil law passed from the Chinese family to the Roman family of Law». En la segunda edición revisada del texto, sustituyó la expresión «Roman family» por la de «European family».

japonés, ambos de la naturaleza capitalista. Este Anteproyecto marcó el primer paso de la codificación y modernización del Derecho civil chino.

El Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing pone énfasis en las reglas básicas del Derecho civil continental europeo, heredando los principios del Derecho civil de Francia y Alemania. Por ejemplo, el principio de los derechos privados, el principio de la libertad contractual, el principio de la indemnización por negligencia; etc.

2.2.2. El Anteproyecto del Código Civil Republicano

Al principio de la República (1911-1949) de China, los legisladores elaboraron el Anteproyecto del Código Civil Republicano con el modelo del Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing y las costumbres civiles, siguiendo el modelo de las cinco partes del Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing, y también tomaron la mayor parte del contenido de dicho Anteproyecto. Este Anteproyecto fue terminado en el 1925 por el Gobierno de la República de China.

«El Gobierno nacionalista se inclinaría por las instituciones provenientes del derecho japonés y alemán. Sun Yat-Sen, padre de la

República y fundador del Kuomintang, tenía contactos en el Japón y muchos de los altos líderes nacionales estudiarían en Japón»²⁸⁰.

Como los redactores del Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing, casi la mitad de los redactores del Anteproyecto del Código Civil Republicano también son graduados de las universidades japoneses. Por lo tanto, el Anteproyecto del Código Civil Republicano también estaba influenciado profundamente por el Código Civil japonés y por ende, también por el *BGB* alemán. Podemos decir que el Anteproyecto del Código Civil Republicano fue modelado esencialmente sobre la base del Código Civil alemán.

Las experiencias legislativas acumuladas durante las elaboraciones tanto del Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing, como del Anteproyecto del Código Civil Republicano, ofrecieron la base sólida para la siguiente elaboración del Código Civil Republicano chino.

2.2.3. El Código Civil republicano²⁸¹

Antes de la promulgación del Código Civil Republicano, podemos decir que el Derecho civil tradicional chino se mantuvo bajo la forma de

²⁸⁰ Rafael Domingo (ED.); *China, el dragón rampante: panorama político, económico y jurídico*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 82.

²⁸¹ También se traduce como el Código Civil de la República de China, que se utiliza en “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino” (Zhang, Lihong, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009).

derecho consuetudinario²⁸². El Código Civil Republicano fue el primer código civil en la Historia china. Fue terminado en el año 1931 por el Gobierno Nacional de Nanjing²⁸³. Junto al Código Civil Republicano, el Gobierno también redactó el Código Constitucional, el Código Penal, el Código de Procedimiento Civil, etc., formando un sistema jurídico completo y marcando el fin exitoso del proceso de modernización del Derecho chino.

El Código Civil Republicano se aplicó en las zonas gobernadas por el Partido Guomintang durante 20 años, hasta que en el 1949 el Partido Comunista de China emitió una proclama anunciando la abolición de sistema jurídico del Partido Guomintang, incluido el Código Civil Republicano. Después de la fundación de la República Popular de China del 1 de octubre de 1949, el Código Civil Republicano fue abolido en la zona continental y solamente se aplica en Taiwán.

El Código Civil Republicano tuvo, como los Anteproyectos anteriores, los antecedentes y modelos, principal y esencialmente, del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) y el Código Suizo

²⁸² Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 468.

²⁸³ En diciembre de 1928, después del establecimiento del órgano legislativo del Gobierno Nacional de Nanjing, dicho órgano comenzó la redacción del Código Civil Republicano.

de las Obligaciones de 1911²⁸⁴, si bien estuvo notablemente inspirado en el Código Civil alemán²⁸⁵.

En conclusión, podemos decir que, en los tiempos modernos, con la introducción de la teoría del Derecho civil extranjero, se inspiró e inició la exploración difícil de los sistemas continentales europeos, (desde el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing, pasando al Anteproyecto del Código Civil Republicano, hasta el Código Civil Republicano), con influencia particular del Código Civil alemán.

2.2.4. Los intentos de codificación desde la fundación de la República Popular de China (RPC) de 1949 hasta la Reforma y Apertura de China de 1978

Desde la fundación de la República Popular de China (RPC) de 1949 hasta la Reforma y Apertura de China de 1978, el Gobierno de la República Popular de China realizó dos intentos de elaboración de un Código Civil: en 1954 y en 1962.

Después de la fundación de la RPC, «se inicia un nuevo proceso de transplante de leyes, esta vez privilegiando a la Unión Soviética, en

²⁸⁴ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 468.

²⁸⁵ Rafael Domingo, *China, el dragón rampante. Panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 82.

detrimento del molde occidental. En la práctica, los principios, las leyes, los términos e incluso los manuales de estudio soviético fueron copiados y enseñados en el foro chino. Instituciones como las Cortes, las fiscalías y la profesión jurídica fueron reformadas tomando como modelo la Unión Soviética. Se iniciaron los trabajos para la promulgación de un nuevo Código civil y otro penal. Las leyes económicas tenían por objeto la planificación quinquenal del modelo comunista»²⁸⁶.

Zhang Lihong explica que «el primer intento de elaboración de un Código Civil empezó en 1954 y terminó dos años después con un anteproyecto modelado sobre la base del Código Civil ruso, el cual distribuía 500 artículos en cuatro partes: (1) Disposiciones Generales; (2) Propiedad; (3) Obligaciones; (4) Sucesiones. / El segundo intento de elaboración de un Código Civil se inició en 1962 y se acabó dos años después, con el resultado de un anteproyecto compuesto por tres partes, con 252 artículos: (1) Disposiciones Generales; (2) Propiedad; (3) Transmisión de las Propiedades. En este Anteproyecto, el legislador chino por primera vez no tomó referencia de ningún Código Civil extranjero desde los principios de la Historia moderna china, por supuesto,

²⁸⁶ Rafael Domingo, *China, el dragón rampante. Panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 82.

este Anteproyecto “prácticamente estuvo desprovisto de disposiciones jurídicas y, en su lugar, fue integrado por eslóganes políticos”»²⁸⁷.

A juicio de este jurista chino, «debido tanto al fortalecimiento de la escuela de pensamiento llamada del “*nihilismo legal*”²⁸⁸ como al resultado de algunos movimientos políticos (los llamados “*Contra el Derecho*” y “*Tres Saltos*”, de 1956 a 1960; así como la Revolución Cultural, de 1965 a 1975)»²⁸⁹, el poder legislativo chino «no pudo codificar *el Derecho Civil*»²⁹⁰ por fin.

²⁸⁷ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 469, nota 3.

²⁸⁸ Véase en China, el Dragón Rampante, p84: «El nihilismo legal de la revolución cultural denotaba, en cierta forma, un horror a la ley. Las normas legales se politizaron totalmente, las leyes existentes fueron derogadas y no se promulgaron nuevas que las reemplazaran. El Congreso del Pueblo prácticamente suspendió su labor legislativa. Las escuelas legales y los institutos de investigación fueron cerrados. Los abogados, los jueces, el personal de los juzgados y los profesores de derecho fueron enviados al campo para ser reeducados, es decir, para ser sistemáticamente eliminados si no abjuraban de su defensa del Estado de Derecho. Se clausuraron los juzgados implantándose una dictadura de masas en la que los castigos eran administrados por la Guardia Roja. Esta selecta vanguardia revolucionaria no dudaba en arrestar sin orden judicial y ejecutar sin juicio previo».

²⁸⁹ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 469.

²⁹⁰ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 469.

2.2.5. Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil Chino²⁹¹

China todavía no cuenta con un Código Civil, aunque existió en su día y por tanto la codificación del Derecho civil tiene historia desde la Dinastía Qing, con el Anteproyecto del Código Civil de la Dinastía Qing²⁹². En todo caso, como antes se explicó, en China rigen los *Principios Generales de Derecho civil* (en chino:«民法通则»), de 1986²⁹³; y la *Ley de Contratos* (en chino:«合同法») de 1999. El cuerpo del Derecho civil lo constituyen, junto a los textos anteriores, la *Ley de Matrimonio* (en chino:«婚姻法»), de 1980²⁹⁴; la *Ley de la Responsabilidad Civil Extracontractual* (en chino:«侵权责任法»), de

²⁹¹ Zhang Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 473 y ss.

²⁹² En este sentido, véase en: Li Yongjun(李永军), *Derecho de los contratos (合同法, He Tong Fa; en inglés: Contract Law)*, Law Press de China, Beijing, 2004, pp. 18-19:«在我国,情况就极为特殊。其实,在我国自近代开始是有法典历史的,但是,我国大陆至今仍然没有民法典,所以,我国立法中有单独的合同法就不足为怪。».

²⁹³ Los PGDC fueron promulgados en la cuarta sesión del Comité Permanente de la sexta Asamblea Popular Nacional del 12 de abril de 1986 y entró en vigor el 1 de enero de 1987. Datos de www.wikipedia.org.

²⁹⁴ Aquí se refiere a la nueva Ley de matrimonio de 1980. La vieja Ley de matrimonio entró en vigor el 1 de mayo de 1950, fue la primera ley promulgada después de la fundación de la República Popular de China. Luego, la nueva Ley de matrimonio fue promulgada en la tercera sesión del Comité Permanente de la quinta Asamblea Popular Nacional del 10 de septiembre de 1980 y entró en vigor el 1 de enero de 1981, mientras que la vieja Ley de matrimonio de 1950 fue derogada simultáneamente. La nueva Ley de matrimonio fue modificada por el documento titulado “Decisión sobre la modificación de la “*Ley de matrimonio de la República Popular de China*””, emitido en la XXI sesión del Comité Permanente de la novena Asamblea Popular Nacional del 28 de abril de 2001. Después, el Tribunal supremo de China emitió la interpretación judicial más reciente el 12 de agosto de 2011.

2009²⁹⁵, la *Ley sobre Derechos Reales* (en chino:«物权法»), de 2007²⁹⁶, etc.

Muchos juristas chinos han explicado por qué no hay un Código Civil en China hasta la fecha. La codificación del Derecho civil de China siempre ha sido un sueño para los civilistas chinos de varias generaciones. Para lograr este sueño, se han realizado varios intentos, que detallaré a continuación:

1º.- *Los intentos antes de la Reforma y Apertura de China*: Antes hemos citado al jurista chino Zhang Lihong, explicando que, antes de la Reforma y Apertura de China en 1978, el Gobierno realizó dos intentos de alcanzar un Código Civil en China (1954 y 1962). La escuela de pensamiento del “*nihilismo legal*” supuso sin embargo un obstáculo para ello, junto a otros, tales como algunos movimientos políticos (entre los que el autor cita a modo de ejemplo, los llamados “*Contra el Derecho*” y “*Tres Saltos*”, de 1956 a 1960; y la Revolución Cultural, de 1965 a 1975)²⁹⁷.

2ª.- *El Derecho civil chino actual y el Código Civil en futuro*: Como

²⁹⁵ En inglés: *Tort Liability Law of the People's Republic of China*, fue promulgada en la duodécima sesión del Comité Permanente de la undécima Asamblea Popular Nacional del 26 de diciembre de 2009 y entró en vigor el 1 de julio de 2010.

²⁹⁶ En inglés: *Real Right Law of the People's Republic of China*, fue promulgada por la quinta sesión del Comité Permanente de la décima Asamblea Popular Nacional del 16 de marzo de 2007 y entró en vigor el 1 de octubre de 2007.

²⁹⁷ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 469.

explica el jurista chino Zhang Lihong, «*actualmente*, China está elaborando un Código Civil cuyo proyecto comenzó en 1998»²⁹⁸. Existen numerosas publicaciones sobre la investigación del proceso legislativo, cuyo contenido sintetizaré a continuación.

El día 13 de enero de 1998, el responsable de la legislación del Código Civil chino, el Vicepresidente de la Comisión Permanente de la Asamblea Popular Nacional, Wang Hanbin, invitó a los juristas y académicos a tratar este tema. Los invitados fueron: Wang Jiafu (en chino: 王家福), Jiang Ping (en chino: 江平, Catedrático emérito de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho), Wang Shengming (en chino: 王胜明, director en aquél entonces de la oficina de Derecho civil del Consejo Legislativo del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional de China), Wang Baoshu (en chino: 王保树, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tsinghua de China), Liang Huixing (en chino: 梁慧星, investigador del Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia China de Ciencias Sociales) y Wang Liming (Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Renming y Vicerrector de esta Universidad)²⁹⁹.

²⁹⁸ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No. 3, 2009, p. 474.

²⁹⁹ En este sentido, véase en: Yan Ge, Chen Lei, “Fa Xue Jie Li Tui Zhong Guo Min Fa Dian Chong Zhuang Shang Zhen”, *Fa Zhi Zhou Mo*, día 7 de noviembre de 2012. Y otras obras.

«Con el propósito de armonizar las leyes civiles existentes y sus interpretaciones judiciales, así como con el de garantizar su correcta y eficiente aplicación, el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional decidió, en 1998 (...)»³⁰⁰, los pasos que debían seguirse «para lograr la codificación del Derecho Civil chino (...)»³⁰¹.

Desde que el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional de China³⁰² (en chino: 全国人民代表大会常务委员会, o, 全国人大常委会 como abreviatura) revisó el Anteproyecto del Código Civil chino por primera vez el 17 de diciembre de 2002, han pasado más de diez años sin que este órgano lo revisara otra vez. Durante esta década, la buena noticia y avance hacia este sueño, y que se considera como un hito importante en el proceso legislativo del Código civil chino fue la promulgación de la Ley de Derechos Reales de China (*Real Right Law of the People's Republic of China*), por la quinta sesión del Comité Permanente de la décima Asamblea Popular Nacional del 16 de marzo de 2007 (la ley entró en vigor el 1 de octubre de 2007).

³⁰⁰ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, No. 3, 2009, p. 474.

³⁰¹ Zhang, Lihong, “Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, No. 3, 2009, p. 474.

³⁰² También se traduce como Congreso Nacional del Pueblo de China.

2.3. Evolución del régimen jurídico del contrato³⁰³

Describiré a continuación unas breves pinceladas del contrato en las distintas etapas históricas del Derecho chino.

2.3.1. Los contratos en la Antigua China (antes de la fundación de la República Popular de China del 1 de octubre de 1949)

Algunas características del régimen jurídico del contrato en la Antigua China son las siguientes: En cuanto a la forma, el documento público (título de propiedad de vivienda o de la tierra), el documento privado y el acuerdo oral constituyen las formas básicas de los contratos comerciales la Antigua China. Antes de que la República Popular de China se fundase (el 1 de octubre de 1949), la gente usaba el acuerdo oral, y no el contrato por escrito, para las transacciones de productos y propiedad simples, es decir, no de mucho valor. Sólo cuando se trataba de un gran negocio, o de la transferencia de bienes inmuebles, se firmaba un contrato por escrito³⁰⁴.

³⁰³ En este apartado, para presentar esta historia a los lectores con más exactitud, he seleccionado un trabajo muy representativo, del autor Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, pp. 35-36. Aporto la traducción, síntesis y resumen de algunos textos más representativos (originales en chino) al castellano en la tesis.

³⁰⁴ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

Para solucionar las disputas del incumplimiento contractual, se acudía normalmente a los mediadores (personas con prestigio por su buena fe y sentido de la justicia). Sólo cuando la disputa se hace dura, se acudía al funcionario para resolver el litigio³⁰⁵.

2.3.2. Los contratos desde la fundación de la República Popular de China hasta la Reforma y Apertura de China (desde el 1 de octubre de 1949 hasta el 18 de diciembre de 1978)

Después de la fundación de la República Popular de China (el 1 de octubre de 1949), el Gobierno chino comenzó a implementar el sistema de contrato económico³⁰⁶ y asumió el monopolio en la gestión y administración de los contratos.

En el año 1950, la Comisión Económica del Consejo de Estado de aquel entonces, emitió un documento llamado “*Medidas provisionales de la formación de contrato por los órganos gubernamentales y empresas*”

³⁰⁵ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

³⁰⁶ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

El contrato económico es un concepto chino que alude a los contratos controlados por el Gobierno.

estatales y cooperativas”³⁰⁷. De esta forma, el Gobierno comenzó a controlar e intervenir en la administración y gestión de los contratos.

En el mismo año, en la mayor parte del país, las empresas estatales y privadas, y las cooperativas estatales de oferta y comercialización, sometieron sus disputas al sistema de administración y gestión del Gobierno. Por ejemplo, los contratos para los negocios comerciales se clasifican en contratos de préstamos, del comercio de bienes, del trueque, de transporte, de préstamos hipotecarios, etc ³⁰⁸. y, en caso de incumplimiento, no pueden ser resueltos entre los particulares sino acudiendo al Gobierno.

Después del año 1956, como la economía planificada china creció gradualmente, el sistema del contrato económico se mejoró. En las unidades industriales y comerciales y en las zonas rurales de todo el país se acude al contrato intervenido por el Gobierno para adquirir una variedad de productos agrícolas y materias primas. Sin embargo, durante 1966-1976, desafortunadamente el órgano de gestión de contratos fue revocado y la administración se interrumpió³⁰⁹, con la consiguiente inestabilidad o inseguridad jurídica.

³⁰⁷ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

³⁰⁸ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

³⁰⁹ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji*

2.3.3. Desde la Reforma y Apertura de China

En 1979, el Gobierno chino emitió un documento llamado “*Requisitos provisionales de las condiciones básicas de los contratos económicos en las empresas industriales, comerciales y agrícolas*”, restaurando el sistema de gestión del contrato económico³¹⁰.

Con la política de reforma y apertura de China, que se inició en la III Sesión Plenaria del XI Comité Central del Partido Comunista de China en 1978, la economía China ha experimentado un importante crecimiento y su Poderío Nacional Integral³¹¹ ha registrado un notable aumento.

La Reforma y Apertura de China ha supuesto necesariamente cambios y reajustes en las actividades económicas, comerciales y sociales, que afectan a las cuestiones jurídicas, sobre todo a los contratos.

La envergadura del cambio económico y social, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, contrastaba con la anterior inmadurez y falta de garantía de soporte jurídico. Este ya no era conforme al avance económico y social, y así, se vio claramente la urgencia del lanzamiento del proceso legislativo para perfeccionar el soporte jurídico.

Zhou Kan, No. Z2, 2005, p. 35.

³¹⁰ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

³¹¹ Conocido en Europa como Producto Interior Bruto (PIB).

Las razones de esta urgencia son varias: Se trataba del desarrollo económico, comercial y social que chocaba más vivamente con el viejo sistema jurídico, y esa contradicción planteaba múltiples problemas inmediatos a la hora de aplicar la norma.

En el año 1978, después de que el líder político Deng Xiaoping realizó una visita oficial a E.E.U.U., comenzó la Reforma y Apertura de China, incluida la reforma legislativa, cuyo foco consistía en la reforma económica.

Desde el comienzo de la Reforma y Apertura de China del 18 de diciembre de 1978, la atención del Gobierno de China se ha desplazado al desarrollo económico, frente a la vitalidad fuerte de la economía de mercado, el Gobierno tenía la necesidad urgente y se vio obligado a realizar la normalización y la legalización de las actividades sociales más básicas, tales como el comercio de productos, etc.

Así que el Gobierno chino prestó mucha atención a la legislación de contratos y se promulgaron varias leyes sobre contratos sucesivamente, entre las cuales destacaron las siguientes: En primer lugar, la Ley de Contratación Económica (o Comercial)³¹² de la República Popular de

³¹² También se traduce como *Ley Económica de Contratación*. véase en: Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajal, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 474.

China (en chino: «*中华人民共和国合同法*») de 1981³¹³. Con esta norma, las actividades comerciales -individuales y colectivas- quedaron garantizadas legalmente.

En Segundo lugar, la *Ley de Contratación Económica Exterior*³¹⁴ (en chino: «*涉外经济合同法*») del año 1985. En tercer lugar, se revisó la parte titulada *Contrato de los Principios Generales de Derecho Civil* (en adelante: PGDC; en inglés: *General Principles of Civil Law, GPCL*; en chino: «*民法通则*»), de 1986. En cuarto lugar, se promulgó la *Ley de Contratos de Tecnología* (en chino: «*技术合同法*») del año 1987³¹⁵.

Por último, y no por ello menos importante, se publicó la *Ley de Contratos* (en chino: «*合同法*») de 1999. Estas actividades legislativas proporcionaron una base jurídica sólida para el sistema socialista de la economía de mercado³¹⁶, según veremos a continuación.

Para explicar la evolución del sistema ofrezco la valoración que el autor chino Li Meng hizo de estas reformas del régimen jurídico de

³¹³ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

³¹⁴ También se traduce como *Ley Económica de Contratación relativa a Intereses Extranjeros*, véase en: Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 474.

³¹⁵ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

³¹⁶ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, p. 35.

contratos hasta llegar finalmente a la Ley del Contratos de China de 1999 (o *Ley de Contratos*):

“至此我国合同法体系呈现出以《民法通则》为基本法，《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》三足鼎立，辅之以著作权法等单行法中的合同规范，加上许多规范合同关系的条例、实施细则、办法、规定，以及司法解释的格局。”³¹⁷

Traducido al castellano, el autor dice que tras los primeros cambios legislativos, el sistema de Derecho contractual de China se estructuraba sobre la base de los PGDC, que servían como Ley fundamental o norma básica; mientras que las otras tres leyes (la Ley Económica de Contratación, la Ley de Contratación Económica Extranjera y la Ley de Contratos de Tecnología) servían como tres pilares o soportes sobre los que se apoya esa base, complementados por otras leyes que pueden contener normas especiales en material de contratos, así como reglamentos, normas administrativas de aplicación y requisitos del Gobierno para control de las relaciones contractuales, así como las interpretaciones judiciales, etc.

El autor sigue explicando que, la *Ley de Contratación Económica*, la *Ley de Contratación Económica Extranjera* y la *Ley de Contratos de*

³¹⁷ Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, pp. 35-36. Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en el texto de la tesis.

Tecnología se habían actualizado y estuvieron aplicándose durante 12 años –sigue explicando el jurista-, hasta que finalmente, la *Ley de Contratos* de la República Popular de China entró en vigor el 1 de octubre de 1999, con la abolición de las tres normas anteriores, que fueron sustituidas por esta última norma general³¹⁸.

Para que los lectores entiendan bien su contexto, cito a un libro titulado “*China Transformed: Historical Change and the Limits of European Experience*” y ofrezco una traducción del texto original en inglés al castellano, donde el autor Roy Bin Wang contextualiza estos cambios en un marco de influencia soviética durante esta etapa: «Siguiendo un modelo soviético de planificación del Gobierno el control sobre el desarrollo que hizo hincapié en la industria pesada, como una economía centralmente planificada, China socialista confió poco en la dinámica del mercado y rechazó a fondo las instituciones financieras capitalistas y las prácticas empresariales burguesas»³¹⁹.

³¹⁸ Ofrezco la traducción al castellano del texto original en chino en el texto de la tesis, el texto original en chino es el siguiente: «在此后 12 年的时间里，三法都经过了修改和更新，直到 1999 年 10 月 1 日，“中华人民共和国合同法”正式实施，三法终于划上了圆满的句号，告别国人。». Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, pp. 35-36.

³¹⁹ Roy Bin Wong, *China Transformed: Historical Change and the Limits of European Experience*, Cornell University Press, 1997, p. 67. Ofrezco una traducción al castellano en el texto de la tesis, el texto original en inglés es el siguiente: «Following a Soviet model of centralized government planning and control over development that stressed heavy industry (...) as a centrally planned economy, socialist China relied little on market dynamics and thoroughly rejected capitalist financial institutions and bourgeois business practices».

A continuación, vamos a analizar detalladamente las leyes antes citadas, ya que tuvieron bastante importancia durante la primera década de la Reforma y Apertura de China.

2.3.3.1. La Ley Económica de Contratación

El 13 de diciembre de 1981, el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional de la República Popular de China procedió a la promulgación de la *Ley de Contratación Económica*, la cual entró en vigor el 1 de julio de 1982.

El jurista chino Zhang Lihong explica que, «bajo la fuerte influencia de la famosa Teoría del Derecho Económico de Pashukanis, de acuerdo a la cual todas las relaciones económicas en un país socialista deben estar regidas por el Derecho Económico, en los comienzos de 1980, la Ley de Contratación de China fue denominada “Ley Económica”, y se dividió en dos partes: Ley Económica de Contratación, de 1981, y Ley Económica de Contratación relativa a Intereses Extranjeros, de 1985. En oposición a esta Teoría del Derecho Económico, la mayoría de los profesores de Derecho Civil alegaron que las relaciones económicas entre sujetos de igual condición debían ser reguladas por el Derecho Civil; calificando las leyes económicas como el derecho que rige solo el manejo económico del

Gobierno y las relaciones económicas entre el Estado y las empresas»³²⁰.

Al respecto, conviene tener en cuenta que hasta la nueva Ley de Contratos de 1999, el Gobierno controlaba directamente la actividad comercial. Este sistema, ha ido perdiendo cierta rigidez más recientemente. Quizás por esta razón, la expresión más correcta para referirse a la negociación comercial no es Derecho Mercantil (que tiene tintes más liberales) sino otra distinta, como por ejemplo Derecho Económico (como encontramos traducida en ocasiones la expresión china “*经济法*”). Por tanto, mencionaremos la Ley citada como Ley Económica de Contratación (aludiendo a la ley que regula la contratación en desarrollo de los planes económicos del Estado).

La Ley Económica de Contratación de 1981 se divide en siete capítulos cuyos títulos describo en inglés³²¹ y español):

- (1) General principles / Disposiciones generales;
- (2) The establishment and performance of contracts / El establecimiento y la ejecución de los contratos;

³²⁰ Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajal, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, cita 5, p. 469.

³²¹ Las traducciones en inglés de los títulos de capítulos son de Junwei Fu, *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 16.

- (3) Changing and terminating contracts / Cambio y extinción de los contratos;
- (4) Violations of contractual duties / Violaciones de los derechos contractuales;
- (5) Contractual disputes, mediation and arbitration / Disputas contractuales, la mediación y el arbitraje;
- (6) Supervision of contracts / Supervisión de los contratos;
- (7) Supplementary provisions / Disposiciones complementarias.

Influenciada por la Ley económica de la Unión Soviética, la *Ley de Contratación Económica (o Comercial)* de 1981 hizo hincapié en que el establecimiento y la ejecución de los contratos económicos deben estar en conformidad con los planes nacionales, y que la gestión administrativa tiene el poder de afirmar y declarar resuelto el contrato³²². En aquel entonces, «la doctrina rusa dominaba todo el Derecho Civil chino. Y, por ello, la teoría soviética del Derecho Económico provocó un fuerte debate

³²² Ofrezco en el texto de la tesis una traducción del autor Junwei Fu, el texto original en inglés es lo siguiente: *Influenced by the economic law of Soviet Union, the law stressed that the establishment and performance of economic contracts must be in accordance with national plans, and that the administrative management has the power to affirm and avoid the contract.* Junwei Fu, *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 16.

sobre los diferentes ámbitos de acción del Derecho Civil y del Económico»³²³.

Como ha expresado los juristas chinos Li Lichun y Sun Congcong³²⁴:

《经济合同法》作为我国建国以来颁布的第一部合同法，但其毕竟是我国计划经济时代的产物，其虽有商品经济的气息，但正如《经济合同法》的起草者所言：《经济合同法》是保障国家计划实施的有力工具。它以计划为根本价值取向，堪称为计划性的合同价值——规范体系的典范。但是它结束了行政法规一统天下的局面，是合同领域第一次实现了真正意义上的有法可依，为今后的合同立法奠定了良好的基础³²⁵。

Los autores explican que, la Ley Económica de Contratación³²⁶ de 1981 jugó un papel bastante importante en la Historia del Derecho contractual de China, porque fue la primera ley de contratos promulgada desde la fundación de la República Popular de China. Como se promulgó durante el período de la economía planificada de China, obviamente fue

³²³ Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 469.

³²⁴ Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry (现代商贸工业)*, No. 05, 2009.

³²⁵ Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry (现代商贸工业)*, No. 05, 2009.

³²⁶ También llamado como *Ley Económica de Contratación*. véase en: Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 474.

el producto de esta era y se destacó por las características de la economía planificada, aunque la economía mercantil introduciría ligeras influencias sobre esta ley. Como los redactores de la *Ley Económica de Contratación* manifestaron: “la *Ley Económica de Contratación* es una herramienta fuerte para garantizar y proteger la ejecución y aplicación de los planes del Gobierno”³²⁷.

Los mismos autores indican lo siguiente:

它以计划为根本价值取向，堪称为计划性的合同价值——规范体系的典范。但是它结束了行政法规一统天下的局面，是合同领域第一次实现了真正意义上的有法可依，为今后的合同立法奠定了良好的基础³²⁸。

Es decir, explican que la *Ley de Contratación Económica* de 1981 tomó el plan del Gobierno y la economía planificada como bases y orientación de valor fundamental. Aun así, la importancia que tuvo esta ley consistió en acabar con la dominación total de los reglamentos administrativos del Gobierno, y por primera vez, es una ley (y no la decisión política arbitraria) la que aporta un soporte legal en sentido

³²⁷ Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry* (现代商贸工业), No. 05, 2009.

³²⁸ Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry* (现代商贸工业), No. 05, 2009.

estricto para los contratos, sentando una buena base para la futura legislación de contratos³²⁹.

2.3.3.2. *La Ley Económica de Contratación Extranjera de 1985*

El 21 de marzo de 1985, el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional de la República Popular de China procedió a la promulgación de la *Ley Económica de Contratación Extranjera*, que entró en vigor el 1 de julio de 1985.

La *Ley Económica de Contratación Extranjera* de 1985 contenía siete capítulos³³⁰: (1) Disposiciones generales (*General principales*); (2) La formación de contratos (*The establishment of contracts*); (3) El cumplimiento de contratos y la responsabilidad frente al incumplimiento de contratos (*The performance and breach of contracts*); (4) La transferencia de contratos (*Transfer of contracts*); (5) La modificación, extinción y rescisión de contratos (*Modification, termination and dissolution of contracts*); (6) La resolución de conflictos (*Dispute*

³²⁹ Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry* (现代商贸工业), No. 05, 2009.

³³⁰ Los nombres traducidos al español son traducciones de la autora, los nombres ingleses son de Junwei Fu, *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 16.

resolution); y (7) Disposiciones complementarias (*Supplementary provisions*)³³¹.

Al principio de la redacción de la *Ley de Contratación Económica*, el poder legislativo se dio cuenta de la necesidad de redactar una regulación económica y comercial extranjera para complementar la insuficiencia y la realidad de que la *Ley de Contratación Económica* no podía jugar el necesario papel en el sector del comercio exterior y relaciones económicas ni podía ajustarse a ellos.

El 19 de octubre de 1987, la Corte Popular Suprema de China emitió un documento titulado “*Interpretación de la Corte Popular Suprema en Varios Dictámenes sobre la aplicación de la Ley de Contratación Económica Exterior*”, en el que se establecen las directrices sobre el ámbito de aplicación de la *Ley de Contratación Económica*, la aplicación jurídica del contrato, la determinación de nulidad de los contratos internacionales y las responsabilidades del incumplimiento del contrato, etc.

A mi juicio, este documento es suficientemente significativo de la necesidad de un régimen jurídico normativo en el ámbito de la contratación internacional.

³³¹ www.npc.gov.cn, página web del Congreso Popular Nacional de la República Popular de China, véase en: http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4455.htm.

Como la CISG entró en vigor el 1 de enero de 1988 en China, antes de su entrada en vigor, el 10 de diciembre de 1987, la Corte Popular Suprema de China remitió el aviso del Ministerio de Comercio Exterior³³², titulado “*Advertencia sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*”, que sirvió como pauta para la interpretación judicial de la *Ley de Contratación Económica Exterior*³³³. La *Ley de Contratación Económica Exterior* y sus interpretaciones judiciales constituían el primer grupo normativo sobre el comercio exterior con objeto de ajustarse a las relaciones contractuales exteriores.

Como la *Ley de Contratación Económica Exterior* está destinada al comercio exterior, percibe menos influencia de la planificación del Gobierno, y por tanto manifiesta más los requisitos inherentes al desarrollo de la economía de mercado. Su promulgación indica que China tiene un sistema legal diferenciado para los contratos internos y los exteriores.

³³² El nombre completo es Ministerio de Comercio Exterior y Cooperación Económica, en inglés: *Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation, MOFTEC*. Se sustituyó por el Ministerio de Comercio en el marzo de 2003.

³³³ Shiyuan Han, Informe de China de *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Franco Ferrari (Ed.), Sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 71.

2.3.3.3. *Los Principios Generales de Derecho Civil (PGDC, China, 1987)*

En la cuarta sesión de la Sexta Asamblea Popular Nacional de China del 12 de abril 1986, se aprobaron los Principios Generales de Derecho Civil (PGDC), que entraron en vigor a partir del 1 de enero de 1987.

«Aunque no fueron un Código Civil, los PGDC, con sus nueve partes y 156 artículos, estatuyeron los más importantes principios jurídicos e instituciones. Esto se verificó gracias a la adopción de muchos conceptos jurídicos e instituciones del Derecho Romano y del Derecho continental: como la persona jurídica, el *Rechtsgeschäft* (negocio jurídico), la limitación de acciones, la responsabilidad civil y otros. Además, en China, tal como en Italia, el Derecho Civil y el Derecho Comercial fueron unificados legislativamente; y, en consecuencia, los PGDC también son directamente aplicables en el campo mercantil, excepto si existe una ley especial en este área. / En términos de Derecho positivo, aparte del derecho consuetudinario, las actuales normas de Derecho Civil (y Comercial) en China se componen esencialmente de tres partes: los PGDC, las leyes especiales, civiles y comerciales, y las interpretaciones judiciales. / Los PGDC son el origen de la legislación civil china y, a la vez, la única norma civil fundamental del Congreso Popular Nacional. Son el estatuto supremo del Derecho Civil y, por tanto, cualquier

disposición especial de Derecho Civil o Comercial que pugne con los PGDC es inválida. En suma, los PGDC constituyen el marco de interpretación de todo el Derecho Civil de China»³³⁴.

Más tarde, el autor explica que «las normas actuales del Derecho Civil chino provienen de los PGDC de 1986, como un marco de interpretación para el Derecho Civil; al igual que de varias distintas leyes especiales y de interpretaciones judiciales»³³⁵.

Los GPCL de 1986 contenían nueve capítulos³³⁶: (1) Disposiciones generales (*General principles*); (2) Ciudadanos (personas físicas) [*Citizens (natural persons)*]; (3) Las personas jurídicas (*Legal persons*); (4) Actos jurídicos civiles y la agencia (*Civil juristic acts and agency*); (5) Los derechos civiles (*Civil rights*); (6) De responsabilidad civil (*Civil liability*); (7) La limitación de la acción (*Limitation of action*); (8) La aplicación cubierta de la ley en las relaciones civiles con extranjeros (*Covered application of law in civil relations with foreigners*); (9) Disposiciones complementarias (*Supplementary provisions*).

³³⁴ Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, pp. 469-470.

³³⁵ Zhang Lihong, «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 503.

³³⁶ Los nombres traducidos al español son traducciones de la autora, los nombres ingleses son de Junwei Fu, *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 16.

Muchas de las disposiciones de los PGDC pasaron a la Ley de Contratos de China de 1999, convirtiéndose en el precedente y regla básica de la Ley de Contratos. Por ejemplo, las disposiciones sobre actos jurídicos civiles del Capítulo IV, las disposiciones sobre obligaciones de la Sección II del Capítulo V y las disposiciones sobre la responsabilidad civil del Capítulo VI³³⁷.

Como muchas disposiciones de los PGDC son abstractas y producen diferentes interpretaciones en la práctica, en búsqueda de establecer regulaciones para la implementación de los PGDC con el objeto de hacerla aplicable a los casos concretos, la Corte Suprema de China emitió la *Interpretación*³³⁸ *sobre Varias cuestiones de la Implementación y Aplicación de los Principios Generales de Derecho Civil (Prueba)* el 2 de abril de 1988³³⁹, que contiene ocho partes y 200 comentarios en total³⁴⁰.

Entre ellas, la cuarta parte, titulada “los derechos civiles”, contiene

³³⁷ Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry* (现代商贸工业), No. 05, 2009.

³³⁸ «Estas interpretaciones judiciales proporcionan comentarios sistemáticos a la ley, a veces casi artículo por artículo. Por ejemplo, los PGDC tiene solo 156 artículos, pero la interpretación contiene más de 200 comentarios». véase en: Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, No.3, 2009, p. 473.

³³⁹ Hay discusión sobre esta fecha, otra versión es de la 26 de enero de 1988, como expresa en: Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 473.

³⁴⁰ Nota: hay discusión sobre el número de artículos, otra versión es de más de 200 artículos, como expresa en: Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 473.

interpretaciones especiales sobre las obligaciones, dedicadas mayoritariamente y principalmente a las formas de garantía del contrato, contratos de arrendamiento, contratos de préstamo, etc.³⁴¹. Además de dar orientaciones sobre algunos artículos de los PGDC, esta interpretación judicial también aporta propuestas sobre la solución de los problemas encontrados en la implementación y aplicación de los PGDC.

Los juristas chinos Li Lichun y Sun Congcong siguen explicando que, un avance importante de los PGDC es que establecieron el concepto del contrato de la economía del mercado. En este sentido, los PGDC marcan un hito importante para el cambio de orientación en la legislación china del Derecho contractual. No obstante, los PGDC nacieron en el período de la economía planificada y esta circunstancia influyó en ello, de modo que no se negó por completo el sistema económico de planificación, y se caracterizó, de alguna manera, por la economía planificada. Por ejemplo, se contempla estrictamente la nulidad del contrato bajo el sistema nacional de la economía planificada, y se limita la transferencia o cesión del contrato, en contra de los principios básicos que rigen la economía mercantil³⁴².

³⁴¹ Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry* (现代商贸工业), No. 05, 2009; Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 473.

³⁴² Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de

2.3.3.4. *Ley de Contratos de Tecnología*

El 23 de junio de 1987, el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional de la República Popular de China procedió a la promulgación de la *Ley de Contratos de Tecnología*, la cual entró en vigor el 1 de noviembre de 1987. La Ley de Contrato de Tecnología se dividía en siete capítulos³⁴³: (1) Disposiciones generales (*General principles*); (2) La formación, funcionamiento, modificación y extinción de los contratos de tecnología (*Formation, performance, modification and termination of technology contracts*); (3) Los contratos de desarrollo técnico (*Technical development contracts*), (4) Los contratos de transferencia de tecnología (*Technology transfer contracts*); (5) Los contratos de consultoría técnica y de servicios técnicos (*Technical consultancy contracts and technical service contracts*); (6) Arbitraje y litigio de las controversias contractuales técnicas (*Arbitration and litigation of technology contract disputes*) y (7) Disposiciones complementarias (*Supplementary provisions*).

China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry* (现代商贸工业), No. 05, 2009.

³⁴³ Los nombres traducidos al español son traducciones de la autora, los nombres ingleses son de Junwei Fu, *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 17.

Vale la pena mencionar que, desde finales de 1970 hasta mediados de la década de 1980, hubo un fuerte debate sobre si el Derecho económico del Estado (modelo soviético) o el Derecho civil (modelo europeo, basado en la autonomía de la voluntad) deben dominar la sociedad (el debate continúa hasta hoy en día)³⁴⁴.

2.3.3.5. *Ley de Contratos de China de 1999*

La Ley de Contratos de China de 1999 se considera como la unificación de las tres leyes arriba mencionadas de contratación³⁴⁵: Ley Económica de Contratación de 1981; Ley Económica de Contratación Extranjera de 1985 y Ley de Contratos de Tecnología de 1987.

Es a la vez, considerada como el embrión de un futuro y esperado Código civil³⁴⁶.

Como antes indiqué, la Ley de Contratos de China sustituyó a las leyes anteriores de contratación, también aplicables a las relaciones

³⁴⁴ Ofrezco la traducción al castellano del texto original in inglés de Fu Junwei, el texto original es lo siguiente: «*Worth mentioning is that from the late 1970s to the mid-1980s, there was a fierce debate on whether economic law or civil law should dominate the society (and although it has lost much of its fire, the debate continues to this day)*». Fu Junwei; *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 17.

³⁴⁵ Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducido por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajar, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009, p. 474.

³⁴⁶ Domingo, Rafael; *China, el dragón rampante. Panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 121.

contractuales, estableciendo un régimen general que contiene normas específicas para algunos contratos en particular.

Pero la Ley de Contratos de China no es sólo el resultado de la unificación de las anteriores leyes de contratación, sino un paso adelante en la elaboración de un futuro Código Civil chino.

Se dice que los principios básicos de la Ley de Contratos de China de 1999 son la libertad contractual, la buena fe, y la promoción de las transacciones comerciales.

Por otra parte, el jurista chino Jun Wei Fu subraya la importancia que tuvo la CISG en el texto de la vigente Ley de Contratos de China (ofrezco traducción del texto inglés al castellano): La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG) de 1980 sirvió de base para la estructura y los principios de esta Ley. El Derecho anglosajón (o *Common law*) y los tratados internacionales han tenido un profundo impacto en el sistema jurídico chino³⁴⁷.

3. Evolución histórica del Derecho contractual de España y

³⁴⁷ El texto original en inglés es el siguiente: «*The common law and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) served as the basis for the structure and principles of this law, and the common law and international treaties have since had a profound impact on the Chinese legal system*». Fu, Jun Wei; *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 16.

Latinoamérica

Como expresa el jurista Óscar Cruz Barney en su libro titulado *Historia del Derecho Indiano*, «El derecho tiene historia. Primero, por la condición finita y temporal del hombre, que evoluciona en estados sucesivos y varios y, que por lo mismo, no puede realizar todo el derecho de una vez. En segundo lugar, por la sucesión y variedad inagotable de las situaciones en que el hombre se ve a sí mismo incluido, cada una de las cuales lleva consigo una forma jurídica especial»³⁴⁸.

En cuanto a las investigaciones sobre la Historia del Derecho civil en América Latina y las codificaciones en esta región, cabe destacar al jurista Alejandro Guzmán, Catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile, a cuya obra haré referencia más adelante.

El Derecho privado iberoamericano se basa de manera irrefutable en la tradición del Derecho civil, o *Civil Law*, y no en la tradición del Derecho anglosajón o *Common Law*³⁴⁹. Las codificaciones de América Latina están influenciadas, de forma notable, por el Código Civil francés³⁵⁰.

³⁴⁸ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 11.

³⁴⁹ El texto original en inglés es lo siguiente: «*The Ibero-American private law is irrefutably based in the Civil Law Tradition rather than in the Common Law Tradition*». Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 3.

³⁵⁰ Alejandro Guzmán, *La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Colección Derecho Privado, Julio 2005,

3.1. El Derecho indiano como especialidad del Derecho castellano

Como explicó el profesor español Francisco Tomás y Valiente, «en sentido estricto, se entiende por Derecho indiano el conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes y por otras autoridades subordinadas a ellos para establecer un régimen jurídico especial en las Indias. Según este concepto, Derecho indiano equivale a “leyes de Indias”»³⁵¹.

A continuación seguiré la obra del jurista Óscar Cruz Barney *Historia del Derecho Indiano* (2012), señalando los aspectos más destacables. El jurista explica que «Ots Capdequí señala que los Reyes Católicos entendieron, en un primer momento y en un intento asimilador, que en Indias imperaran con exclusividad las leyes castellanas; sin embargo, pronto tuvieron que ceder ante la nueva realidad social que exigía preceptos de aplicación peculiar y específica para las tierras recientemente descubiertas. Así nace un nuevo derecho, el *indiano*, frente al *castellano*, también vigente. Se le ha denominado también *derecho hispano-indiano*»³⁵².

número II, pp. 27-60.

³⁵¹ Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del Derecho español*, 4ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, p. 327.

³⁵² Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 14.

Óscar Cruz Barney también cita a Víctor Tau Anzoátegui e Ismael Sánchez Bella para explicar el concepto del Derecho indiano respectivamente: «El derecho indiano surge en el marco del *ius commune*, como especialidad del derecho castellano, ya que conforme al principio jurídico por el cual las tierras conquistadas deben regirse por las leyes del reino conquistador, el derecho castellano se extendió al Nuevo Mundo»³⁵³; «Se trata de “un ordenamiento jurídico con vigencia en las Indias—incluyendo en ellas a los archipiélagos del Pacífico de dominación castellano-hispana— fruto tanto de una elaboración normativa desarrollada por las diferentes instancias administrativas y de la incidencia del derecho castellano, del derecho común y de elementos filosófico-jurídicos con el resultado de un conjunto dispositivo de obligado cumplimiento, bien a nivel general, bien a nivel provincial o local”»³⁵⁴.

Por fin, el jurista Óscar Cruz Barney define el Derecho indiano de la siguiente forma: «Por derecho indiano entendemos, en sentido estricto, al conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes y por las autoridades a ellos subordinadas para el establecimiento de un régimen jurídico particular en las Indias. En sentido amplio, deben

³⁵³ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 14. El autor cita a Víctor Tau Anzoátegui.

³⁵⁴ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 14. El autor cita a Ismael Sánchez Bella.

considerarse también el derecho castellano, las bulas papales, algunas capitulaciones, las costumbres desarrolladas en los municipios de españoles y las costumbres y disposiciones indígenas, siempre que no fueran contrarias a la religión católica o al rey»³⁵⁵.

Como explica el jurista Óscar Cruz Barney, «los territorios americanos y filipinos quedaron unidos a la Corona castellana, por lo que el derecho de ésta pasó a aplicarse de manera automática en ellos; sin embargo, las necesidades y problemas propios de las Indias hicieron necesaria la creación de disposiciones particulares para su solución»³⁵⁶. Estas normas particulares primaban sobre la ley general, de modo que, como el jurista Óscar Cruz Barney concluye, «el orden de prelación en las Indias fue el siguiente:

1. En primer lugar, las leyes dictadas especialmente para las Indias, ya sea en la Península o bien en las propias Indias.

2. En segundo lugar, las costumbres desarrolladas en los municipios de españoles en Indias o “costumbres criolla”.

3. En tercer lugar, las costumbres indígenas que no fueran en contra de la religión católica o de las leyes castellanas o indianas.

4. En cuarto lugar, la *Novísima Recopilación* de 1805.

³⁵⁵ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 14-15.

³⁵⁶ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 28.

5. En quinto lugar, la *Nueva Recopilación* de 1567.
6. En sexto lugar, las *Leyes de Toro* de 1505.
7. En séptimo lugar, el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348.
8. En octavo lugar, las *Siete Partidas*³⁵⁷.

De este modo, comprobamos cómo el Derecho común que regía en la Corona de Castilla llega a las Indias, donde irá enraizándose hasta dejar finalmente su impronta en el vigente Derecho de contratos, junto con otros elementos, como veremos a continuación (en particular, junto a la influencia posterior del Derecho civil francés del *Code*).

3.2. Origen y evolución del Derecho contractual latinoamericano durante los siglos XVI-XIX

Como es sabido, la colonización española y portuguesa de América Latina se desarrolló entre los siglos XVI y XIX. La colonización española de América es el proceso por el que se implanta en el Nuevo Mundo una administración que pretendía ser imitación o duplicado de la administración peninsular contemporánea³⁵⁸, incluidas las leyes.

³⁵⁷ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 29.

³⁵⁸ Gómez Navarro, José Luis; *Historia universal*, Séptima edición, PEARSON EDUCACIÓN, Edo. de México C.P., 2004, p. 23. «La administración de los territorios americanos fue una copia del modelo de la administración hispana».

En este sentido, el jurista Óscar Cruz Barney explica que «con el descubrimiento de América se produjo una repentina e insospechada dilatación de los horizontes castellanos, gracias a la larga serie de descubrimientos iniciados por Cristóbal Colón. Tras los conquistadores llegaron los comerciantes dispuestos a arriesgar sus capitales en las más diversas empresas de conquista y descubrimiento»³⁵⁹. A continuación, veamos los textos más relevantes en el Derecho de contratos y comercio que llegó de la Península Ibérica a América Latina.

3.2.1. Las Sietes Partidas

Durante el período de la colonización ibérica, los habitantes de América Latina vieron sus actividades privadas reguladas por las leyes de los reinos de España y Portugal. Antes de la Edad Media, España había desarrollado un cuerpo codificado de leyes llamado *Las Siete Partidas* (o simplemente *Partidas*), una compilación de normas civiles comunes redactado en Castilla y promulgado en 1348 por el rey Alfonso X *El Sabio*, con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino³⁶⁰.

³⁵⁹ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 235.

³⁶⁰ El texto original en inglés es lo siguiente: «*During the Iberian colonisation period, Latin American inhabitants saw their private activities regulated by the laws of the Kingdoms of Spain and Portugal. Before the Middle Ages, ... (the Wise)*». Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal, international commerce and*

En la Enciclopedia de Internet Wikipedia, se afirma con acierto que «*Las Siete Partidas* se considera uno de los legados más importantes de Castilla a la Historia del Derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Hispanoamérica (hasta el siglo XIX). Incluso se le ha calificado de “enciclopedia humanista”, pues trata temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente greco-latina), aunque el propio texto confirma el carácter legislativo de la obra, al señalar en el prólogo que se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa y solamente para que por ellas se juzgara»³⁶¹. En este sentido, el jurista Óscar Cruz Barney opina que, «de las obras señaladas sin dudas la más importante de la historia del derecho español son *Las Siete Partidas o libro de las leyes*. Muestra de la “madurez de la conciencia jurídica española”, representaron la recepción del derecho común en Castilla, y se trató de una magna obra humanística y doctrinal. Su redacción se inició en 1256 y se terminó entre 1263 y 1265. Escudero señala como fecha para su elaboración hacia 1290»³⁶².

Junto a otras normas de Derecho Privado contenidas en *Las Partidas*, encontramos, en la *Quinta Partida* el régimen jurídico de las obligaciones y contratos. Este cuerpo codificado de normas no distingue entre los

arbitration, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 5.

³⁶¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Siete_Partidas

³⁶² Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 22.

actos civiles y comerciales³⁶³. Para los actos de comercio se desarrolló una normativa contenida en *las Ordenanzas de Bilbao* de 1737.

Muchos autores están de acuerdo en el hecho de que *Las Siete Partidas* y *las Ordenanzas de Bilbao* fueron las principales leyes aplicables en materia civil y mercantil en Iberoamérica desde el siglo XVI hasta el siglo XIX³⁶⁴. En este sentido, el jurista Óscar Cruz Barney, al hablar de la importancia de las *Siete Partidas* para América Latina, sostiene que «las *Siete Partidas* alcanzaron un papel fundamental en la vida jurídica Indiana, al constituirse en el cuerpo de leyes regulador del derecho privado, y poner en contacto a los juristas indianos con la tradición científica del *ius commune*»³⁶⁵. El autor concluye que «las *Partidas* pronto adquirieron un gran prestigio entre juristas, políticos y demás estudiosos, y se convirtieron en una obra de lectura obligada y consulta»³⁶⁶.

³⁶³ Citado por Edgardo Muñoz: «Latin America: Barrera Graf, supra note 1, at 17». El texto original en inglés es lo siguiente: «*The Quinta Partida (the Fifth Part of Las Siete Partidas) is about the law of the obligations and the contracts. This codified body of rules did not distinguish between civil and commercial acts*». Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 5.

³⁶⁴ El texto original en inglés es lo siguiente: «*Many authors agree on the fact that Las Siete Partidas and Ordenanzas de Bilbao were the main laws applying to civil and commercial matters in the Spanish Latin America from the 16th to the 19th century*». Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 7.

³⁶⁵ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 30.

³⁶⁶ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 30.

Sin embargo, paralelamente fueron desarrollándose otras normas especiales, debido a que las actividades comerciales comenzaron a organizarse a través los Consulados de comercio, que contaron con sus propias Ordenanzas, como ha explicado Edgardo Muñoz³⁶⁷.

3.2.2. Las Leyes de Toro

El jurista Óscar Cruz Barney explica que las Leyes de Toro constituyen «un cuerpo legal integrado por 83 disposiciones, sin distribución en títulos y basado en gran parte en la jurisprudencia y en la doctrine de los juristas. Trata de materias propias del derecho privado, penal y procesal. Además, reproduce el orden de prelación de fuentes establecido por el *Ordenamiento de Alcalá*, se sitúa al inicio de éste y atribuye al rey la interpretación de la ley en casos dudosos»³⁶⁸.

Como ha explicado Edgardo Muñoz³⁶⁹, durante el descubrimiento de América, las Leyes de Toro impusieron a los Tribunales reales la obligación de aplicar las normas de Derecho civil en el siguiente orden:

³⁶⁷ El texto original en inglés es lo siguiente: «*However, since trading activities started to be organised through consulates of commerce, more specialised series of ordinances came up*». Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 5.

³⁶⁸ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 26.

³⁶⁹ Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 5.

En primer lugar, las Ordenanzas dictadas por la Corte Real y por el propio Rey³⁷⁰; En segundo lugar, las leyes de los Fueros, que consistían en una colección de sentencias procedentes del *Fuero Real* o del *Fuero Juzgo local*³⁷¹; Por último, *Las Siete Partidas*, que complementaban las dos primeras normas citadas³⁷².

El mismo autor añade que, cuando las colonias comenzaron a desarrollarse, se promulgó una compilación especial de leyes para los nuevos territorios americanos, llamada Recopilación de Las Leyes de los Reynos de las Indias de 1680³⁷³. Esta recopilación estaba formada por las Leyes españolas antes mencionadas, así como por las leyes administrativas y leyes comerciales especiales³⁷⁴.

³⁷⁰ Citado por Edgardo Muñoz: «Latin America: Guzmán Brito, *supra* note 11, at 34: these laws were found in the forms of compilations elaborated and completed during the years, such as *Nuevas Recopilacion* of 1567, *Novisima Recopilacion* 1805». Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 5, nota 14.

³⁷¹ Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 5.

³⁷² Citado por Edgardo Muñoz en la nota 15: «Latin America: Guzmán Brito, *supra* note 11, at 34». El texto original en inglés es lo siguiente: «*At the time of discovery of America, the Ley de Toro had imposed to the royal tribunals the obligation to apply the different civil laws in force in the following order. First, the Ordenanzas dictated by the Royal Court and by the King himself. Second, the laws of the Fueros which consisted of a collection of Judgments coming from the Royal Tribunal or from the local judges of Castile. Finally, Las Siete Partidas, which complemented the first two body of rules*». Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, p. 5.

³⁷³ Edgardo Muñoz, *Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, pp. 5-6.

³⁷⁴ El texto original en inglés es lo siguiente: «*When the colonies started to develop, a special*

3.2.3. El régimen del comercio libre y los Consulados de Comercio

El jurista Óscar Cruz Barney explica que, «en 1720 mediante el *Proyecto de galeones y flotas* se intentó reinstaurar el sistema de tráfico comercial y regularizar el comercio. En él se establecía que el número y tonelaje de los navíos que habrían de partir a las Indias se determinaría en cada viaje según las circunstancias. Se procura restaurar el sistema de Galeones y Flotas, permitiendo además la salida de avisos y navíos de registro con regularidad, buscando facilitar el *tráfico legal hispano-indiano*»³⁷⁵.

El autor explica que en 1778 empezó «el sistema del comercio libre mediante el *Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España y las Indias* del 12 de octubre de ese año y la *Pragmática de libertad de comercio* de misma fecha. Se pensaba que el cambio de sistema serviría para mejorar el aprovechamiento del comercio con los reinos americanos»³⁷⁶.

compilation of laws was produced for the new American territories. This was named Recopilación de Las Leyes de las Reynos de las Indias of 1680 (...). This compilation was composed of the above-mentioned Spanish Laws plus more specific administrative laws and merchants laws». Edgardo Muñoz, Modern law of contracts and sales in latin America, spain and Portugal, international commerce and arbitration, volume 6, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2011, pp. 5 - 6.

³⁷⁵ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 243.

³⁷⁶ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 244.

Edgardo Muñoz³⁷⁷, por su parte, explica que la institución de los consulados es de gran importancia para entender la forma en que el comercio estaba regulado y organizado durante el Imperio español.

Según explica el autor Óscar Cruz Barney, «los comerciantes se asociaban en grandes corporaciones profesionales que recibían el nombre de *Consulados* y tenían como función la defensa de los intereses económicos de sus miembros. La matrícula, es decir los agremiados, estaba formada por los mercaderes residentes que llenaban los requisitos de edad, propiedades y ocupación»³⁷⁸.

La historia de los Consulados de Comercio se remonta a los gremios de comerciantes españoles y se originó en la época medieval, en respuesta al rápido aumento del comercio en el siglo XIII en Cataluña³⁷⁹. Con la unificación de los reinos de Castilla y Aragón en el siglo XV, los nuevos Reyes Católicos y sus agentes establecieron más *Consulados*³⁸⁰.

³⁷⁷ El texto original en inglés es: «*The institution of Consulados (merchants' guilds) is of great importance to understand the way in which trade was regulated and organised during the Spanish Empire*». Edgardo Muñoz, *Modern Law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal*, international commerce and arbitration, volume 6, Eleven International Publishing, The Hague, The Netherlands, p. 6.

³⁷⁸ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 289.

³⁷⁹ El texto original en inglés es: «*The history of the Consulados de Comercio can be traced back to the Spanish merchant guilds originated in medieval times in response to the rapid rise of commerce in 13th century in Catalonia*». Edgardo Muñoz, *Modern Law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal*, international commerce and arbitration, volume 6, Eleven International Publishing, The Hague, The Netherlands, p. 6.

³⁸⁰ El texto original en inglés es: «*With the unification of the kingdoms of Castile and Aragon in the 15th century, the new Catholic Kings and its agents established more Consulados*».

El historiador Edgardo Muñoz explica que los Consulados tenían un sistema de justicia comercial basado en alegatos verbales, sin abogados, en el que los precedentes y las costumbres eran características importantes, y considera que, en este sentido, el Derecho mercantil aragonés se parecía más al sistema del *Common Law* que a la tradición romana³⁸¹. En este sentido, el autor Óscar Cruz Barney también explica que «los Consulados actuaban como tribunales especiales para resolver los litigios mercantiles surgidos entre sus integrantes. Los jueces o cónsules y el prior se elegían de dos o tres de sus miembros de manera anual. No intervenían juristas ni jueces profesionales, sino mercaderes conocedores del tráfico mercantil y sus problemas y costumbres. Los litigios se resolvían con base en el *usus mercatorum* y las normas escritas privativas de cada Consulado»³⁸².

Matilde Souto ha explicado que, con el cambio de dinastía reinante en España al pasar a los Borbones, se emprendieron diversas reformas, entre

Edgardo Muñoz, *Modern Law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Hague, The Netherlands, p. 6.

³⁸¹ El texto original en inglés es: «*They had a system of commercial justice based on verbal pleadings without attorneys, "in which precedent and custom were important features, making Aragonese commercial law more similar to the system of English common law than to the Roman tradition*». Edgardo Muñoz, *Modern Law of contracts and sales in Latin America, Spain and Portugal, international commerce and arbitration*, volume 6, Eleven International Publishing, The Hague, The Netherlands, pp. 6-7.

³⁸² Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 289.

las que destaca «la transformación del sistema comercial entre España y América (Latina)»³⁸³.

Óscar Cruz Barney explica que «con el *Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España y las Indias del 12 de octubre de 1778* emitido por Carlos III, se abre una segunda etapa tardía en la creación de consulados al ordenarse su formación en todos los puertos habilitados en América para el comercio libre, para el fomento de la agricultura y fábricas, así como para extender y fomentar la navegación a los dominios americanos. Estos consulados se constituyeron en “auténticos órganos administrativos, desprovistos de toda iniciativa y destinados a desarrollar las directrices trazadas por el gobierno”. Así, se fundaron los consulados de Sevilla en 1784, también denominado *Nuevo de Sevilla*, para distinguirlo del de *Cargadores a Indias* de 1543, Murcia en 1815, La Coruña, Málaga, Santander en 1785; San Cristóbal de Tenerife en 1786, Sanlúcar de Barrameda en 1806; Granada en 1817; Vigo en 1820 y Madrid en 1827. En Indias, los Consulados de Lima y México manifestaron su oposición y no fue sino hasta 1793 que Caracas y Guatemala tuvieron su Consulado; después, Buenos Aires y La Habana en 1795; Cartagena, Chile, Guadalajara y Veracruz en 1795»³⁸⁴.

³⁸³ Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, p. 227.

³⁸⁴ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp.

En este sentido, Matilde Souto indica que, hasta la segunda mitad del siglo XVIII, los negocios entre el Nuevo y el Viejo Continente se realizaron bajo un régimen monopólico dominado por los mercaderes de los consulados de Andalucía, México y Lima, y forjado al establecerse que las naves mercantes cruzaran el Atlántico únicamente en dos flotas anuales, custodiadas por barcos de Guerra, y siguiendo rutas de comercio obligatorias, con puertos de origen y destino exclusivos. Este régimen comercial se transformó definitivamente en 1778, cuando Carlos III estableció el sistema de libre comercio. A partir de entonces, los barcos pudieron surcar el océano individualmente y atracar en distintos puertos, en virtud de lo cual nuevos grupos de mercaderes tuvieron acceso al comercio de ultramar y terminaron con el control absoluto ejercido por los miembros de aquellos tres antiguos consulados³⁸⁵.

La autora explica que, igual que en España, al desarrollarse el comercio en América Latina, comenzaron a crearse Consulados en las capitales más importantes del Nuevo Continente (Lima y México), como sucedió también en Filipinas³⁸⁶.

292-293.

³⁸⁵ Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, p. 238.

³⁸⁶ Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, p. 233.

Citadando al historiador Robert Smith, Matilde Souto explica que «la referencia directa más Antigua que se conoce sobre la fundación del Consulado de México es una carta de Felipe II dirigida al virrey de la Nueva España, fechada el 9 de junio de 1590, en la que se pide un informe acerca de la solicitud que hicieron los comerciantes de esa capital para que se les concediera un consulado. Indirectamente, por una carta de Pedro González de Prado, quien fuera abogado y consejero de los mercaderes de México e interviniera en el proceso para erigir el consulado, se puede fechar esa solicitud hacia 1580»³⁸⁷.

En cuanto al consulado de Lima, Matilde Souto indica que la primera referencia conocida es de 1592³⁸⁸. «En 1593, el 29 de diciembre, Felipe II firmó en Madrid la real cédula por medio de la cual concedió a la ciudad de los Reyes un consulado, tal y como los había en Sevilla y Burgos,

³⁸⁷ Citado por Matilde Souto Mantecón en la nota 18: Smith, Robert S., “Antecedentes del Consulado de México, 1590-1594”, *Revista de Historia de América*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, núm. 15, diciembre de 1942, *op.cit.*, p. 300, nota 5. Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, p. 234.

³⁸⁸ Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, p.234. La autora explica lo siguiente: «Ese año, Gerónimo de Guevara, alcalde del cabildo limeño, fue enviado ante la corte, como procurador de la ciudad, con unas instrucciones que contenían una cláusula solicitando se consintiera a la petición que hicieron los comerciantes peruanos de formar un consulado.»; Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, p.234 y la nota 20.

aunque su establecimiento no se verificó efectivamente sino veinte años después, en 1613»³⁸⁹.

Los autores relatan la creación de posteriores consulados, si bien en ocasiones difieren en relación con las fechas, como apuntaré a continuación (véase en las notas a pie de página): El Rey Carlos IV autorizó el establecimiento de ocho nuevos consulados en Iberoamérica entre 1792 y 1795: Caracas, en el 3 de junio de 1793; Buenos Aires, en el 8 de junio de 1793³⁹⁰; Guatemala, en el 11 de diciembre de 1793; Montevideo, en el 30 de enero de 1794³⁹¹; La Habana, en el 4 de abril de 1794; Veracruz, en el 17 de enero de 1795; Santiago de Chile, en el 26 de febrero de 1795; Guadalajara, en el 6 de junio de 1795 y Cartagena, en el 15 de junio de 1795³⁹².

³⁸⁹ Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, pp. 234-235, y la nota 21. La autora especifica que Guevara no llevó a cabo su misión, pero el resultado fue el mismo por otra vía (véase, nota anterior).

³⁹⁰ De acuerdo con Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p.7, la fecha de la fundación del Consulado de Comercio de Buenos Aires fue el 8 de junio de 1793. No obstante, según Matilde Souto Mantecón, “*Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)*”, el Consulado de Comercio de Buenos Aires se fundó en el año 1794, sin detallar la fecha ni el mes.

³⁹¹ De acuerdo con Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p.7, la fecha de la fundación del Consulado de Comercio de Montevideo fue el 30 de enero de 1794. No obstante, en “*Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)*”, Matilde Souto Mantecón no menciona la fundación del Consulado de Comercio de Montevideo.

³⁹² Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p. 7; Matilde Souto Mantecón, “*Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación*”

El tipo de problemas presentados en el Consulado estaba relacionado con las disputas entre comerciantes, o entre los comerciantes y sus agentes, la compraventa, negocios, seguros, intercambios, transporte de mercancías y contabilidad de las empresas³⁹³.

Como sucediera en la Península, los tribunales mercantiles latinoamericanos también fueron solicitados por los comerciantes bajo el argumento explícito, de las disputas entre comerciantes, las entre comerciantes y sus agentes, los problemas relacionados con las ventas, los negocios, seguros, intercambios, transporte de mercancías y las cuentas de empresas, etc³⁹⁴.

En este sentido, el jurista Óscar Cruz Barney explica que «en cuanto a la jurisdicción consular, ésta se originaba en la falta de especialización de los órganos judiciales para la resolución de problemas concernientes al comercio, sobre todo el marítimo. Los comerciantes decidieron confiar la resolución de sus controversias a un compañero de oficio que hiciera las

(1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, p. 237.

³⁹³ El texto original en inglés es: «*The kind of issues submitted to the Consulate related to dispute between merchants, between merchants and their agents, sales, dealing, insurances, exchanges, transport of merchandise and companies accounts*». Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p. 7.

³⁹⁴ Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p. 7.

veces de árbitro, actuando como perito en la materia objeto de conflicto»³⁹⁵.

Según Edgardo Muñoz, las características del Consulado de comercio fueron la oralidad, el carácter arbitral, y la eficacia y agilidad en la aplicación de la justicia, de modo que no estaba presente la figura de los abogados³⁹⁶. Éstos sólo aparecían cuando se trataba de un asunto muy difícil, que necesitaba la ayuda de un experto. En cualquier caso, los procedimientos no se basaban en el Derecho sino aplicando la buena fe sobre la base de la verdad conocida³⁹⁷.

Óscar Cruz Barney explica que «una característica fundamental de un Consulado era la existencia de un tribunal propio e independiente,

³⁹⁵ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 293.

³⁹⁶ Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p7; En este sentido, véase en: Matilde Souto Mantecón, “Los Consulados de Comercio en Castilla e Indias: su establecimiento y renovación (1494-1795)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 2, 1990, pp.233-234; y, citados por Matilde Souto Mantecón: Smith, Robert S., “Antecedentes del Consulado de México, 1590-1594”, *Revista de Historia de América*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, núm. 15, diciembre de 1942, p.300; Rodríguez Vicente, María Encarnación, *El Tribunal del Consulado de Lima en la primera mitad del siglo XVII*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1960, pp. 17-19.

³⁹⁷ El texto original en inglés es: «dealt with swiftly. One interesting thing is that lawyers were not allowed to act in commercial matters. The Consulate Royal Cedula prohibited it, unless it was a very difficult matter, which needed the assistance of an expert. In any case, proceedings were to be conducted “in plain manner, known truth and in good faith». Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p. 7. La traducción literal de este texto al castellano es: tratado con rapidez. Una cosa interesante es que los abogados no se les permitió actuar en materia comercial. El Consulado Real Cédula prohibido, a menos que se trataba de un asunto muy difícil, que necesita la ayuda de un experto. En cualquier caso, los procedimientos han de celebrarse “en forma normal, la verdad conocida y de buena fe.

capacitado para decidir las cuestiones planteadas ante él por los miembros de la comunidad mercantil»³⁹⁸, e indica que «el Consulado de Comerciantes de la Nueva España estaba integrado por el prior, los cónsules, los diputados, los electores, escribano, alguacil, portero y receptor»³⁹⁹.

3.2.4. Las Ordenanzas de Bilbao de 1737

Como ya se indicó, *las Ordenanzas de Bilbao* se consideran como una de las dos leyes principales y de más importancia en cuanto al derecho civil y comercial en Iberoamérica durante los siglos XVI y XIX, junto a *Las Sietes Partidas*⁴⁰⁰.

En el siglo XVIII, las Ordenanzas de Bilbao se convirtieron en el Código estándar del Derecho comercial en España y sus colonias, y más tarde desempeñarían un papel importante en el desarrollo de los futuros Códigos de Comercio de España y Latinoamérica⁴⁰¹.

³⁹⁸ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 293.

³⁹⁹ Óscar Cruz Barney, *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 294.

⁴⁰⁰ El texto original en inglés es: «Many authors agree on the fact that *Las Siete Partidas* and *Ordenanzas de Bilbao* were the main laws applying to civil and commercial matters in the Spanish Latin America from the 16th to the 19th century». Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p. 7.

⁴⁰¹ «A good example is *Ordenanzas de Bilbao*, which became in the 18th century the standard code for commercial law in Spain and its colonies. These ordinances would later play an important role in the development of the future Codes of Commerce of Spain, Portugal and

3.3. La Codificación civil en América Latina en los Siglos XIX y XX

El jurista chileno Alejandro Guzmán Brito estudió en profundidad el periodo de la Codificación civil en Latinoamérica, en la obra titulada “La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX”. Esta obra ha sido sintetizada después por otro jurista chileno, Hernán Corral, recensión publicada por el Anuario de Derecho Civil (2002)⁴⁰². Por la elevada categoría profesional del autor de la recensión y el prestigio del Anuario de Derecho Civil, así como por no disponer de un ejemplar de la obra original, seguiremos a continuación esta referencia como guía en este apartado, destacando alguna de las observaciones personales que hace el autor de la citada recensión.

«Los esfuerzos codificadores adoptan diferentes rutas. La primera, por estar más a la mano, es la de adoptar íntegramente o adaptar con modificaciones menores el Código napoleónico. Es lo que sucede con el Código civil de la República de Haití (1822) y el del Estado mexicano de Oaxaca (1827-1829), que no son sino copias del francés. Entre los que

Latin-America». Edgardo Muñoz, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal, International Commerce and Arbitration*, Volume 6, p. 6.

⁴⁰² Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, resumen por Hermán Corral Talciani, ADC tomo LV, fascículo I, enero-marzo, 2002, pp. 267-270.

prefieren adaptar el *Code*, está el Código civil boliviano de 1830, llamado Código Santa Cruz, por ser Andrés de Santa Cruz su principal impulsor y quien lo impondría en los Estados Sud y Nor-Peruanos de la Confederación Perú-Boliviana que él lideró. En esta tendencia encuentra sitio el caso curioso del Código civil venezolano de 1873, que se basó en el Código civil italiano de 1865, adaptación éste a su vez del *Code*»⁴⁰³.

En la recensión a la obra citada, se explica que, en diverso sentido, se emprendió también la obra Codificadora tomando como referencia el Proyecto español de Código civil de 1851, de García Goyena (en concreto, tuvo influencia en México hasta 1928). En Puerto Rico y Cuba se mantuvo vigente el Código civil español de 1889 incluso después de dejar de depender de España. También Panamá y Honduras seguirían esta referencia en la elaboración de sus respectivos Códigos civiles.

En tercer lugar, Guzmán Brito califica como «codificación endógena» una tercera vía, fruto de la madurez o experiencia de algunos países Latinoamericanos, que dio lugar a Códigos civiles americanos originales que sirvieron de modelo para otros países americanos. Así, cabe citar el Código civil de Chile (1855), preparado por el brillante jurista Andrés Bello, nacido en Venezuela. «La influencia que este Código tuvo en el

⁴⁰³ Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, resumen por Hermán Corral Talciani, ADC tomo LV, fascículo I, enero-marzo, 2002, p. 268.

proceso codificador americano es parangonable a la desplegada por el Código francés en el ámbito europeo. El Código chileno fue adoptado por Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Honduras, y por los estados colombianos de Cundinamarca (1859) y Santander (1853). Posteriormente, cuando Colombia abandona el régimen federal promulga como Código civil colombiano el de Santander (1873) que es en el fondo el chileno»⁴⁰⁴.

También Perú sigue la vía de la «codificación endógena», con el Código civil de 1852, que influyó en el de Guatemala de 1877 y en el del Estado colombiano de Magdalena (1857), según sigue explicando Hernán Corral. A juicio de este autor, «tal vez, en esta categoría hubiera podido entrar el Código civil argentino de Dalmasio Vélez Sársfield, ya que fue adoptado por Paraguay (1876) e influyó parcialmente (a través del proyecto de los libros I y II de Vélez) en el Código civil uruguayo (1869)»⁴⁰⁵.

IV. LA ACTUALIDAD DEL DERECHO CIVIL DE CONTRATOS: SU INTERNACIONALIZACIÓN

⁴⁰⁴ Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000; resumen por Hernán Corral Talciani, ADC tomo LV, fascículo I enero-marzo, 2002, pp. 267-270.

⁴⁰⁵ Guzmán Brito, Alejandro; *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000; resumen por Hernán Corral Talciani, ADC tomo LV, fascículo I enero-marzo, 2002, pp. 267-270.

«Un mundo informado por el principio de globalización exige de suyo un ordenamiento jurídico también “global”, es decir, integrador y no excluyente, capaz de adaptarse, sin quiebras o fracturas, al ritmo de la propia sociedad a la que sirve» (Antonio Garrigues Walker)⁴⁰⁶.

“Globalización”, “mundialización”, “armonización” e “integración” son conceptos propios de principios del siglo XX que –en el ámbito jurídico- cobran progresiva importancia, en particular en lo que se refiere al Derecho de los Contratos. ¿Qué significan estas nociones en el Derecho de Contratos? Y, ¿qué efectos están produciendo estos fenómenos?

Se ha dicho que «el tema de la integración es un fenómeno que se introduce en todas las áreas produciendo preocupación, expectativa y esperanza»⁴⁰⁷.

Como afirma David Arellano Cuan, «como resultado de la integración económica que vivimos actualmente, ha surgido la necesidad de crear instrumentos que proporcionen lineamientos para la elaboración de

⁴⁰⁶ Antonio Garrigues Walker, prólogo del *Código Civil Japonés*, de Rafael Domingo y Nobuo Hayashi, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 13.

⁴⁰⁷ Roberto Ruiz Díaz Labrano, *Mercosur. Integración y Derecho*, Intercontinental Editora, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 23.

contratos y para la solución de controversias que eventualmente se pudieran derivar de los mismos»⁴⁰⁸.

La importancia del estudio del Derecho comparado se muestra cada día mayor con la influencia del desarrollo gigantesco del comercio internacional⁴⁰⁹. Las normas internacionales reflejan la tendencia a la internacionalización del Derecho de contratos, pues la tendencia no es ya tanto la de remitirse al Derecho nacional de uno de los contratantes, sino la de articular sistemas de normas aplicables a los contratos internacionales con independencia de la ley especial de contratos vigente en los países de origen de los contratantes.

Los sistemas de normas internacionales más influyentes son la *Convención de Viena*, de 11 de abril de 1980, de las Naciones Unidas, sobre los contratos de venta internacional de mercaderías (CISG)⁴¹⁰, y algunos sistemas del denominado *soft law*; En particular los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales (del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado)⁴¹¹, y, en Europa,

⁴⁰⁸ David Arellano Cuan, *Los contratos internacionales y los principios del UNIDROIT*, publicado en *GLOBAL, Apuntes Jurídicos*, Año 3 Número 2, Agosto de 1999, Mendoza, Argentina, p. 141.

⁴⁰⁹ Los estudios de Derecho comparado se iniciaron en París en 1900, el año de la *World Exhibition*, cuando brillantes juristas franceses como Lambert y Saleilles tuvieron oportunidad de fundar un Congreso Internacional de Derecho Comparado, según relatan K. Zweigert y H. Kötz (*An introduction to Comparative Law*, Third Edition, Oxford, 1998, p. 2). A partir de entonces, los estudios de Derecho comparado no cesan de crecer.

⁴¹⁰ La CISG fue ratificada por casi todos los países europeos, entre ellos se encuentra España.

⁴¹¹ Hasta el momento, se han sucedido tres versiones: De 1994 la primera, de 2004 la segunda,

los trabajos académicos desarrollados desde finales del siglo XX [los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)⁴¹², plasmados en el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*⁴¹³, sobre el que luego se desarrolla el *CESL*⁴¹⁴]. Además, hay que tener en cuenta los Incoterms.

y de 2014 la actual versión. Véase: David Arellano Cuan, *Los contratos internacionales y los principios del UNIDROIT*, nota 186, publicado en *GLOBAL, Apuntes Jurídicos*, Año 3 Número 2, Agosto de 1999, Mendoza, Argentina, p. 141.

⁴¹² La primera iniciativa de Derecho comparado europeo es el proyecto doctrinal que inició el jurista Mauro Bussani junto con Ugo Mattei bajo el título “*The Common Core of European Private Law*”. «Hasta la fecha, involucra aproximadamente a doscientos profesores procedentes en su mayoría de Europa y de Estados Unidos»⁴¹² (Mauro Bussani, “En busca de un Derecho privado europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fascículo III, p942). «Como explica el propio Ole Lando: a) el objetivo primario de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE) «*is to serve as a basis for a European Code of Contracts. They are intended as a first step*» y b) difieren del *Restatement* norteamericano de Derecho de contratos puesto que requieren un enfoque más radical. No seleccionan simplemente una de entre varias soluciones existentes en un único sistema jurídico; puesto que han de proporcionar soluciones útiles para un contexto de amplia divergencia jurídica, están diseñadas para incorporar reglas que no existen como tal en ningún sistema jurídico europeo»⁴¹² (Mauro Bussani, “En busca de un Derecho privado europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fascículo III, p. 947).

A juicio de Mauro Bussani, «a pesar de todas estas diferencias, los objetivos y técnicas de estas iniciativas («Lando», «*Study Group*» y el «*American Restatement*») son, sin embargo, muy similares. Comparten la idea básica de crear un nuevo Derecho (sin importar lo innovador que sea con relación a la situación jurídica preexistente), más que simplemente analizar el que ya existe»⁴¹²(Mauro Bussani, “En busca de un Derecho privado europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fascículo III, p. 947).

⁴¹³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR*; en español: el *Borrador del Marco Común de Referencia*; en adelante: *DCFR*). El *DCFR* ha sido traducido al español por encargo de la Comisión Europea en 2011 y su publicación es inminente (coord. Carmen Jerez Delgado). Como se muestra en su título, el *DCFR* incluye tres partes: los principios fundamentales (*principles*), las definiciones (*definitions*) y normas de modelo (*model rules*).

⁴¹⁴ Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea. «El once de octubre de 2011 la Comisión Europea lanzó una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, mediante la cual se pretende establecer una normativa común de compraventa europea», El *CESL* «representa la intervención legislativa europea más ambiciosa hasta ahora en el ámbito del Derecho contractual», véase en: Fernando Esteban de la Rosa, Ozana Olariu; “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional

En Europa, la Directiva (la Directiva 1999/44/ CE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo recibe la influencia de la CISG⁴¹⁵.

El gran desarrollo del comercio internacional pide atención a estos instrumentos internacionales, especialmente a la CISG.

Veamos el ejemplo de Chile: Como afirma el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, «Chile es un país que desde hace tiempo cuenta con una economía abierta y dependiente del comercio internacional y, pese a ello, nuestros exportadores- vendedores internacionales- no son conscientes de que por el sólo hecho de celebrar el contrato en que se materializa la exportación, quedan sometidos a la CV (nota de la autora: la Convención de Viena), absolutamente desconocida para ellos. Hoy, esta consideración adquiere mayor relieve si se tiene en cuenta la entrada en vigencia de los

privado europeo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 1, 2013 , pp. 2-4.

⁴¹⁵ «En la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, podemos leer: “El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa” (art. 2.1). En la Exposición de Motivos se indica que el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales. El hecho de que la CISG haya sido ratificada por la casi totalidad de los Estados europeos, permite afirmar que el principio de conformidad está presente en la mayoría de sus ordenamientos. Porque la exigencia de conformidad es una aportación de la CISG», Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 97.

TLC con la Unión Europea, con Estados Unidos de Norteamérica y con China»⁴¹⁶.

También en Taiwán se elevan reivindicaciones semejantes, a favor de un mayor estudio y atención a los instrumentos del comercio internacional, como referencia para el desarrollo de la legislación futura⁴¹⁷.

En China Li Maojun afirma que en el proceso de la globalización de la economía, el Derecho ha recibido la influencia y el desafío más fuertes. Esta influencia se refleja no sólo en la construcción del sistema jurídico del Derecho del comercio internacional, sino también se refleja en el aprendizaje o la referencia del Derecho privado de un país a otro, así como el esfuerzo para adaptarse a los reglamentos comerciales internacionales. Nos trae el comercio internacional una tarea de solucionar el conflicto entre la tendencia de la unificación del Derecho

⁴¹⁶ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 13.

⁴¹⁷ Wang, Zejian (王泽鉴); *Los principios del Derecho de obligaciones*, (en chino: 债法原理, *Zhai Fa Yuan Li*), la segunda edición, Peking University Press, marzo de 2013, Beijing, p6. El autor explica que actualmente, la modernización del Derecho de las obligaciones es una tarea de mucha importancia para el Derecho y la legislación de muchos países. Se trata de examinar de nuevo el fundamento histórico, la estructura y sistema tradicional y el desarrollo teórico del Derecho de obligaciones, para adaptarlo y que responda mejor a las necesidades del cambio social y económico de la sociedad moderna⁴¹⁷ [Wang, Zejian (王泽鉴); *Los principios del Derecho de obligaciones*, (en chino: 债法原理, *Zhai Fa Yuan Li*), la segunda edición, Peking University Press, marzo de 2013, Beijing, p. 5].

privado de cada país y la diversidad de la cultura jurídica de los países diferentes⁴¹⁸.

1. El impacto del Derecho Internacional en los sistemas nacionales de Derecho de contratos

Como veremos a continuación, la influencia de la CISG y otros textos citados se advierte ya en los sistemas jurídicos internos: Ya antes vimos cómo influyen en China, uno de los países pioneros en modernizar su Derecho de contratos en este sentido. En Europa, se percibe esta influencia especialmente en los movimientos de reforma del Derecho de

⁴¹⁸ Li Maojun (李茂军), «Análisis tentativo de las influencias de la globalización económica para el Derecho—Comentarios sobre la teoría de la *globalización del Derecho*» (en inglés: *A tentative analysis of the influence of economic globalization on laws*; en chino: 浅析经济全球化对法律的影响—兼评“法律全球化”理论), *Journal of China Youth College for Political Sciences* (中国青年政治学院学报, *Zhong Guo Qing Nian Zheng Zhi Xue Yuan Xue Bao*), Vol. 21, No.3 de mayo de 2002 (2002 年 5 月第 21 卷第 3 期), resumen (*abstract*, 摘要).

El texto original en inglés es: «*In the process of economic globalization, law has been heavily influenced and experienced a test much more serious than ever. Such an influence was reflected not only in the construction of an international law system for business and trade, but also in the co-reference of substantial content for each country's internal laws, and the self adjustment effort of each country to meet the requirements of all the international laws and regulations over business and trade. At the same time, both the internal public laws and the international ones would certainly be influenced by this trend of economic globalization. The error for the theory of "law globalization" is in that it has denied not only the existence of a country's sovereignty, but also the objective fact that law is in nature belonging to a particular class, and the law culture is a pluralist phenomenon.*».

El texto original en chino es: «*在经济全球化进程中,法律受到了最为强烈的影响和考验.这种影响不仅体现在国际经贸法制体系的构建上,而且也反映在世界各国私法内容的相互借鉴以及为适应国际经贸法规所做的自我调整的过程中,同时国内公法和国际公法也将不可避免地受到相应的作用与影响.而"法律全球化"理论的错误就在于它既否定了国家主权的存在,又否定了法的阶级本质和法律文化多元化的客观现实.*».

Obligaciones⁴¹⁹, que en algún país –como Alemania- han dado lugar a la modificación del Código Civil.

Como expresa el jurista Klaus Jochen Albiez Dohrmann, «el hecho de que el BGB está asumiendo el Derecho privado europeo hace que sea también más internacional. Sobre todo por lo que concierne a la reforma de la compraventa, en la que se ha tenido en cuenta, aunque no con la intensidad que algunos hubieran querido, la Convención de Viena. Si en el siglo XX el Derecho contractual internacional ha recurrido a las elaboraciones doctrinales de los Derechos nacionales, ahora, en el siglo XXI, es el Derecho internacional el que está contribuyendo a la modernización de los Derechos nacionales»⁴²⁰. El BGB se ha modernizado con la reforma de 2002, que afecta al Derecho de Obligaciones.

El jurista Klaus Jochen Albiez Dohrmann sigue explicando que «la propia Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo tiene su base en la CISG. Con la Reforma se ha trasladado, en el fondo, no la Directiva, sino la CISG. El nuevo régimen jurídico de la venta ordinaria y de consumo del BGB tiene una estrecha conexión con el

⁴¹⁹ Reiner Schulze, Fryderyk Zoll; *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, sellier european law publishers, Munich, 2013.

⁴²⁰ Klaus Jochen Albiez Dohrmann, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fasc. III, julio-septiembre, 2002, p. 1144.

régimen jurídico de la venta de mercaderías entre profesionales», podemos decir que es «un BGB más internacional»⁴²¹.

Incluso Francia ha sido sensible –aunque con más resistencia- a esta influencia. Como afirma el profesor Antonio Cabanillas Sánchez, «en los países de la Unión Europea existe un importante movimiento de reforma del Derecho de los contratos y de las obligaciones (al que no es ajeno Francia), con el propósito de facilitar el funcionamiento del mercado interior y las operaciones transfronterizas»⁴²². Desde la celebración del bicentenario del *Code Civil* francés, se empezó la reforma del Derecho francés de contratos. Carlos Pizarro explica que en Francia «tres propuestas han sido presentadas: la primera, del profesor Pierre Catala con un grupo de profesores de Derecho civil; la segunda, de origen gubernamental, denominada “Proyecto de la Chancellerie”; y la última, dirigida por el profesor François Terré, quizás la más lograda en sus aspectos técnicos, y que surgió como un conjunto de observaciones al “Proyecto de la Chancellerie”, pero que, en definitiva, se transformó en una propuesta articulada distinta. Estos proyectos de reforma abarcan todo el Derecho de los contratos e, incluso, se extienden a otros ámbitos del Derecho de las obligaciones, pero con énfasis en el ámbito del

⁴²¹ Klaus Jochen Albiez Dohrmann, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fasc. III, julio-septiembre, 2002, p. 1144.

⁴²² Antonio Cabanillas Sánchez, “La reforma del Derecho de los contratos en Francia”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, p. 1783.

incumplimiento contractual. Los tres esfuerzos o propuestas de reforma al Derecho de los contratos en Francia se enmarcan en un movimiento sucesivo de adaptación del Derecho francés a la sociedad contemporánea. Fue a propósito del bicentenario que la inquietud comenzó a manifestarse. En lugar de la complacencia por tener un código vigente después de doscientos años, se realizó una mirada crítica al Derecho positivo en innumerables coloquios y congresos»⁴²³.

Por su parte, Antonio Cabanillas indica que «en el movimiento que se está produciendo en los países de la Unión Europea encaminado a la reforma del Derecho de obligaciones se enmarca el Anteproyecto francés, dirigido a que Francia tenga un Código civil adecuado al momento presente, con influencia en el concierto europeo, ya que actualmente la posición francesa es de inferioridad frente a otros países, como Holanda, Alemania, Québec y Brasil»⁴²⁴.

«En Francia se propone la modernización del Derecho de los contratos, teniendo en cuenta tanto la tradición nacional, representada

⁴²³ Carlos Pizarro Wilson, «Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI* (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre), pp. 118-119.

⁴²⁴ Antonio Cabanillas Sánchez, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, Fascículo II, Abril-junio, 2007, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 621.

básicamente por la doctrina del Tribunal de Casación, como los Proyectos europeos e internacionales y el Derecho comparado»⁴²⁵.

En definitiva, muchos Derechos nacionales han percibido influencias de los textos internacionales citados y, por lo tanto, se muestra una tendencia de la reelaboración de la teoría del contrato y del régimen jurídico contractual⁴²⁶ para adaptar el actual Derecho nacional del contrato a las normas internacionales.

En el Derecho civil español, la influencia de la CISG se advierte tanto en la Propuesta de modernización del Código Civil (PMCC⁴²⁷, Comisión General de Codificación⁴²⁸, 2009), como en la jurisprudencia⁴²⁹.

⁴²⁵ Antonio Cabanillas Sánchez, «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, p. 1783.

⁴²⁶ Fernando Gómez Pomar, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, Barcelona, Julio de 2007, resumen (*abstract*), p. 2.

⁴²⁷ Los juristas españoles llevan varios años promoviendo la modernización del Derecho de obligaciones, encabezada por prestigiosos y destacados profesores. Se afirma, en este sentido, que «son reputados representantes (de esta reforma) Díez-Picazo, Morales Moreno o Pantaleón» (Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario del Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 31). La autora explica que Díez-Picazo preside la Sección Primera, de Derecho civil, de la Comisión General de Codificación, Fernando Pantaleón y Antonio Manuel Morales Moreno son miembros de la misma (p. 31). Esta Sección preparó la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (en adelante: PMCC), publicada en el Suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009 (en la misma obra citada, p. 32).

⁴²⁸ Carmen Jerez Delgado /Máximo Juan Pérez García; «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la UAM*, 2009-I, pp. 155-179. Versión en inglés: Carmen Jerez Delgado/Máximo Juan Pérez García; «The General Codification Commission and the modernization of the Spanish law of obligations», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (vol. 3, 2011, págs. 601-616).

No obstante, la PMCC recibe influencia, además de la CISG, de los otros textos antes mencionados⁴³⁰.

Respaldando la PMCC, algunos juristas españoles consideran que «una de las tareas más urgentes para aquellos que se dedican académicamente al Derecho Privado en España es la reelaboración de la teoría del contrato y del régimen jurídico contractual»⁴³¹. La *Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, hecha pública por la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación española en 2009, introduce un amplio tratamiento de varios aspectos e incorpora buena parte de las soluciones de la CISG, de los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos de Derecho de Contratos⁴³².

⁴²⁹ «Y se viene aplicando, en buena medida, en la práctica de los tribunales españoles» (Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 96).

⁴³⁰ «La PMCC acomete esta tarea con el propósito de adecuar dicho régimen a las necesidades del tráfico actual teniendo muy en cuenta las tendencias plasmadas en este sector jurídico en diversos textos internacionales que, con un alcance muy diverso, han sido publicados en los últimos años (la CISG, los Principios UNIDROIT, los PECL y las Directivas europeas, fundamentalmente)» (Esther Gómez Calle, *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia*, ADC, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 29).

⁴³¹ Fernando Gómez Pomar, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, Barcelona, Julio de 2007, resumen (*abstract*), p. 2.

⁴³² Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de comisión general de codificación española*, p. 1.

La doctrina española atribuye este cambio de perspectiva sobre el Derecho (de contratos) español, apoyado en textos normativos como la CISG y en los esfuerzos académicos para la construcción de un Derecho europeo de contratos, a los trabajos de los Profesores Díez-Picazo, Morales Moreno y Pantaleón Prieto a comienzos de los años 90.

Otro ejemplo de la influencia del Derecho Internacional y Europeo de contratos lo constituye el Derecho chino. Como el jurista chino Han Shiyuan indica, cuando las autoridades legislativas chinas elaboraron el Derecho de contratos de China en el año 1999, habían tomado muchas referencias de la CISG y los PECL, por lo cual cuando interpretan y aplican el Derecho de contratos de China, es necesario estudiar y considerar las influencias recibidas de las CISG y los PECL⁴³³.

2. La CISG

⁴³³ Wang Wensheng (王文胜), “Fortalecer estudio del Derecho comparado y mejorar el nivel de arbitraje en materia civil y mercantil (en chino: 大力加强比较法研究, 提升民商事裁判水平)”, *Periódico de Tribunal Popular* (en chino: 《人民法院报》), el 29 de octubre de 2009. El original en chino es: «韩世远教授指出, 我国立法机关在起草合同法时参考了欧洲合同法原则 (PECL); 在解释和适用合同法时, 需要具体研究“欧洲合同法原则”对我国合同法产生了哪些具体的影响。». El jurista chino Han Shiyuan lo indicó en el Congreso Internacional de la Unificación del Derecho privado europeo y sus influencias en Asia Oriental (en chino: 欧洲私法的统一及其在东亚的影响国际研讨会, organizado por el Centro de investigación de Derecho civil y el Centro de Derecho europeo y Derecho comparado de la Universidad Tsinghua durante los 10 y 11 de octubre de 2009. Luego Wang Wensheng, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tsinghua ha realizado un resumen de este congreso y lo ha publicado en el Periódico de Tribunal Popular (en chino: 《人民法院报》), de este artículo (resumen) he sacado la ponencia del jurista chino Han Shiyuan.

Dada la importancia de la CISG no sólo a nivel internacional, sino -como acabamos de ver- también a nivel nacional (por su efecto sobre el Derecho interno) me detendré en ella para explicar brevemente su origen y ámbito de aplicación.

Como consecuencia del fenómeno de la globalización del mercado, hemos visto que asistimos a un proceso de producción y actualización del Derecho de contratos. Fruto de estos esfuerzos son la CISG y los Principios UNIDROIT. A la vez, ambos instrumentos constituyen una referencia en la revisión de los sistemas internos y en los intentos de construcción del Derecho uniforme a nivel Continentes. De ambos instrumentos, la CISG es el de mayor importancia pues, al haber sido ratificada por la mayoría de países desarrollados y en vías de desarrollo, pasa a formar parte de su Derecho interno.

2.1. Origen e importancia para China y América Latina

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en inglés: *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en adelante: CISG), fue aprobada en la Conferencia Diplomática⁴³⁴ celebrada en Viena, después

⁴³⁴ «Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, previamente convocada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Delegaciones de sesenta y dos Estados estuvieron presentes, bajo la dirección del profesor húngaro Gyula Eorsi, para la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional

de intensos trabajos preparatorios, entre los días 10 de marzo y 11 de abril de 1980⁴³⁵.

La CISG es una convención internacional con significado de hito en el sistema de contratos de compraventa internacional de mercancías, ya que, aunque no ha podido resolver todos los problemas relacionados con los contratos de compraventa de mercaderías, ha aproximado el sistema de Derecho continental, o *Civil Law*, y el sistema de Derecho anglosajón, o *Commen Law*, y está de acuerdo con los requisitos básicos del sistema de contratos de compraventa que exige el comercio internacional. Por esta razón, la CISG se ha aceptado y ha aprobado en un elevado número creciente de países. Hasta diciembre de 2013, 80 países han ratificado esta convención, entre los cuales están los países comerciales más importantes del sistema de Derecho continental y el sistema de Derecho anglosajón, excepto Inglaterra.

Conviene destacar, a los efectos de este estudio, que la CISG ha sido ratificado por 14 países iberoamericanos, incluidas las principales

de Mercaderías (...) Lamentablemente, Venezuela no participó en las discusiones previas a la Conferencia, limitándose a enviar un observador a la misma», de Claudia Madrid Martínez, Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 337.

⁴³⁵ Claudia Madrid Martínez, Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 337.

economías del continente latinoamericano⁴³⁶ (por ejemplo, Argentina, Chile, México, Perú, etc.).

En cuanto a China se refiere, antes de que la CISG entrase en vigor en China el 1 de enero de 1988, los abogados chinos conocían muy poco de este instrumento internacional tan importante. Los conocimientos sobre la CISG provenían mayoritariamente de las investigaciones de los estudiosos chinos del Derecho, no de la necesidad de la práctica profesional de los abogados. El antiguo Ministerio de Relaciones Económicas Exteriores y Comercio de la República Popular de China⁴³⁷ distribuyó el 4 de diciembre de 1987, una circular sobre la aplicación de la CISG, titulada “Varias preguntas a las que se deberá prestar atención sobre la aplicación de CISG de la ONU”⁴³⁸. A la vez, el Tribunal Supremo de la R.P.C. redistribuyó correspondientemente dicho documento, el 10 de diciembre de 1987 a todos los tribunales del país.

⁴³⁶ De acuerdo con Claudia Madrid Martínez, Venezuela aprobó la CISG el 28 de septiembre de 1981, pero hasta hoy día no la ha ratificado, por lo tanto, la CISG no puede aplicarse en Venezuela.

⁴³⁷ En inglés: *Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of P.R.C.*, fue sustituido por el Ministerio de Comercio de la República Popular China en el marzo de 2003, fuente: <http://baike.baidu.com/>.

⁴³⁸ Pinyin: *Guan yu zhi xing lian he guo guo ji huo wu xiao shou he tong gong yue ying zhu yi de ji ge wen ti*; en inglés: *Several questions that shall be paid attention to in enforcing UN's CISG*. de Shiyuan Han, Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 71, nota 1.

Ambas acciones han jugado un papel muy importante para que en China se conozca la CISG⁴³⁹.

En China se produce un fenómeno semejante al de América Latina en cuanto al estudio de la CISG. Así, en relación con América Latina se ha dicho que el «interés por el análisis de la Convención ha sido demostrado por los especialistas en materia de Derecho internacional privado, más que por los estudiosos de los contratos. Estos últimos se limitan a analizar la regulación del contrato de compraventa en el Derecho interno, con escasas referencias de Derecho comparado»⁴⁴⁰.

Paralelamente, en China se afirma algo semejante: como afirma el jurista chino Han Shiyuan, los estudios sobre la CISG por especialistas chinos en Derecho internacional se llevan a cabo bajo diferentes títulos: algunos eruditos en virtud de un título de Derecho Económico Internacional; algunos bajo Derecho Mercantil Internacional; y algunos incluso en el Derecho Internacional Privado⁴⁴¹.

⁴³⁹ Shiyuan Han, Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 71.

⁴⁴⁰ Por ejemplo, Venezuela, véase en Claudia Madrid Martínez, Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 339.

⁴⁴¹ Shiyuan Han, Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 75.

Ofrezco la traducción al castellano de su texto original en inglés, el texto original es el siguiente: «*The studies on the CISG by Chinese international law scholars are carried out under different titles: some scholars under a title of International Economic Law; some under International Commercial Law; some under International Trade Law; and some even under Private International Law*»

2.2. Ámbito de aplicación de la CISG

El Artículo 1 del Capítulo I (*Ámbito de aplicación*) de la Parte I (*Ámbito de aplicación y disposiciones generales*) establece lo siguiente:

«1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante»⁴⁴².

En su punto tercero, el Artículo 1 del Capítulo I dispone que, «a los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato», de lo que podemos deducir que el factor para determinar si el contrato es internacional o no es el

⁴⁴² Versión oficial en español de Naciones Unidas, Nueva York, 2011, pp. 1-2, fuente: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/.../cisg/V1057000-CISG-s.pdf. En relación con la aplicación de la CISG por los tribunales arbitrales, véase “*The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration*”, André Janssen and Matthias Spilker, Münster and Frankfurt, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, Vol. 77, núm.1, 2013, pp. 131-157.

establecimiento⁴⁴³. [Al respecto, conviene señalar que el Gobierno de la República Popular de China, en el comunicado de aprobación de la CISG, declaró excluido el apartado (b) del Artículo 1.1. Aparte de China, otros siete países, incluidos E.E.U.U., Alemania, Singapur, Canadá, etc. también han declarado la exclusión del apartado (b) del Artículo 1.1.].

Este criterio se deriva de la Ley de Venta de mercancías 1893 (*Sale of Goods Act 1893*) de Gran Bretaña, que ha definido la internacionalidad tomando el factor del lugar donde estén ubicados los establecimientos como base. De aquí pasó a la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercancías (en inglés: *The Uniform Law on International Sale of Goods*, LUVI), de donde fue tomado para la CISG⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Por el contrario, en la antigua ley china, el criterio era la nacionalidad. *Law of the People's Republic of China on economic contracts involving foreign interest, the English document is coming from "Laws and regulations of the People's Republic of China governing foreign-related matters" (1991.7) which is compiled by the Brueau of Legislative Affairs of the State Council of the People's Republic of China, and is published by the China Legal System Publishing House. In case of discrepancy, the original version in Chinese shall prevail.*

Aprobada en la décima sesión del Comité Permanente de la Sexto Congreso Popular Nacional, promulgada por la Orden N ° 22 del Presidente de la República Popular de China el 21 de marzo de 1985, y entró en vigor el 1 de julio de 1985, la Ley Económica de Contratación Extranjera de la República Popular de China ha jugado un papel muy importante en el comercio exterior de China durante casi quince años, hasta el 1 de octubre de 1999 cuando perdió su eficacia. El Artículo 2 del Capítulo I *Disposiciones Generales* establece que «*La presente Ley será aplicable a los contratos firmados entre las empresas u otras organizaciones económicas de la República Popular de China y empresas extranjeras, otras organizaciones económicas o individuos extranjeros. Sin embargo, esta disposición no se aplica a los contratos de transporte internacional*»⁴⁴³.

Del Artículo 2 de esta Ley, se establece que el único factor para determinar la "internacionalidad" del contrato es la nacionalidad.

⁴⁴⁴ Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN-Convention on the International Sale of*

La CISG tomó el criterio del lugar de los establecimientos como el único criterio para determinar la “internacionalidad”, sin considerar otros criterios, y al mismo tiempo, excluye expresamente el criterio de nacionalidad de las partes interesadas.

Esto se debe a que la nacionalidad de las personas físicas y las personas jurídicas se identifica implicando diferentes criterios, por ejemplo, la nacionalidad de las personas físicas se puede obtener por nacimiento; cuando ya sean nacidos, también pueden obtenerla a través del matrimonio, de la adopción, etc. La nacionalidad de las empresas se puede identificar mediante la nacionalidad de sus miembros, su domicilio legal, su lugar legal principal de negocios, etc. Por lo tanto, si tomamos la nacionalidad como el criterio para determinar la “internacionalidad” del contrato, causará una gran confusión, mientras que si tomamos el “establecimiento” como el criterio, es menos controvertido y más fácil de determinar.

Dado que China y Latinoamérica constituyen en este trabajo los principales puntos de atención, veamos brevemente cómo viene aplicándose la CISG en estos países.

2.2.1. La aplicabilidad de la CISG en China

En 1980, China firmó la CISG en la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas en Viena y entregó la aprobación en 1986. La CISG entró en vigor en China el 1 de enero 1988. Han transcurrido 26 años desde la adhesión de China a la Convención.

Aunque la Constitución China no dispone nada sobre las relaciones entre la CISG y el Derecho interno chino ni sobre la aplicación de la CISG en China, el Artículo 142 de los Principios Generales del Derecho Civil de China establece que: *«Cuando existen diferentes disposiciones entre los tratados internacionales firmados por la República Popular de China y el Derecho civil de la República Popular de China, son aplicables las disposiciones de los tratados internacionales»*.

2.2.2. La aplicabilidad de la CISG en los países iberoamericanos

Hasta hoy día, 14 países iberoamericanos han ratificado la CISG, entre los cuales se encuentran Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay⁴⁴⁵, La República Bolivariana de

⁴⁴⁵ Argentina ratificó CISG el 19 de julio de 1983, con la nota (a) y la Convención entró en vigor el 1 de enero de 1988; Brasil ratificó CISG el 4 de marzo de 2013 y la Convención entró en vigor el 1 de abril de 2014; Chile firmó CISG el 11 de abril de 1980, lo ratificó el 7 de febrero de 1990 con la nota (a) y la Convención entró en vigor el 1 de marzo de 1991; Colombia ratificó CISG el 10 de julio de 2001 y la Convención entró en vigor el 1 de agosto de 2002; Cuba ratificó CISG el 2 de noviembre de 1994 y la Convención entró en vigor el 1 de diciembre de 1995; Ecuador ratificó CISG el 27 de enero de 1992 y la Convención entró

Venezuela firmó la CISG el 28 de septiembre de 1981, pero la Convención no entró en vigor porque no ha sido ratificada por este país.

Refiriéndose a la aplicación de la CISG en Chile, Álvaro Vidal explica lo siguiente: «En el caso de Chile, la aplicación de la CV⁴⁴⁶ descarta la vigencia de las normas del *Código Civil* sobre la compraventa y las generales de los efectos de las obligaciones de origen contractual, a menos que deba resolverse sobre una materia excluida de su ámbito material o sobre una que pese a pertenecer a este último no está expresamente resuelta y el Derecho internacional privado designe al Derecho chileno como aplicable»⁴⁴⁷.

En efecto, como indican los juristas Héctor Loyola Novoa y Eduardo Jequier Lehuedé, «el derecho interno es relevante para la determinación del derecho aplicable a la contratación internacional, tanto por el juego de

en vigor el 1 de febrero de 1993; El Salvador ratificó CISG el 27 de noviembre de 2006 y la Convención entró en vigor el 1 de diciembre de 2007; España ratificó CISG el 24 de julio de 1990 y la Convención entró en vigor el 1 de agosto de 1991; Honduras ratificó CISG el 10 de octubre de 2002 y la Convención entró en vigor el 1 de noviembre de 2003; México ratificó CISG el 29 de diciembre de 1987 y la Convención entró en vigor el 1 de enero de 1989; Paraguay ratificó CISG el 13 de enero de 2006 con la nota (a) y la Convención entró en vigor el 1 de febrero de 2007; Perú ratificó CISG el 25 de marzo de 1999 y la Convención entró en vigor el 1 de abril de 2000; República Dominicana ratificó CISG el 7 de junio de 2010 y la Convención entró en vigor el 1 de julio de 2011; Uruguay ratificó CISG el 25 de enero de 1999 y la Convención entró en vigor el 1 de febrero de 2000. Véase el estado en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, datos actualizados hasta el 26 de diciembre de 2013.

⁴⁴⁶ El jurista Álvaro Vidal Olivares se refiere a la Convención de Viena (la CISG).

⁴⁴⁷ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 171.

las normas de conflicto como por la disciplina de aspectos es pecíficos, destinada a adaptar el ordenamiento interno al derecho internacional o a regular el comercio exterior»⁴⁴⁸.

Como indican los juristas Hernán Pérez Loose, Boanerges Rodríguez Freire y Gustavo Arosemena Solórzano, «en el contexto del derecho ecuatoriano, los contratos internacionales pueden ser regulados por el derecho interno (...) y por el derecho internacional (...). Existe un desequilibrio significativo entre estas dos ramas. En efecto, el legislador ecuatoriano no se ha preocupado mayormente por la internacionalidad de las relaciones contractuales, de tal forma, que, salvo unas pocas reglas de conflicto, ni en el Código Civil (CC) ni en el Código de Comercio (CCo) se despliega una normativa importante para regular la contratación internacional»⁴⁴⁹.

III. LA TENDENCIA AL DERECHO UNIFORME POR CONTINENTES (PECL/DCFR, PLDC, PACL)

⁴⁴⁸ Héctor Loyola Novoa, *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Capítulo V Chile, Carlos Esplugues Mota, Daniel Hargain y Guillermo Palao Moreno (directores), EDISOFER, B de F Ltda. y Euros Editores; Madrid, Buenos Aires y Montevideo, 2008, p. 171.

⁴⁴⁹ Hernán Pérez Loose, Boanerges Rodríguez Freire y Gustavo Arosemena Solórzano, *Derecho de los contratos internacionales*, Capítulo IX Ecuador, Carlos Esplugues Mota, Daniel Hargain y Guillermo Palao Moreno (directores), EDISOFER, B de F Ltda. y Euros Editores; Madrid, Buenos Aires y Montevideo, 2008, p. 333.

A la vez, se observa que –a nivel Continentes- existe una tendencia a elaborar textos normativos uniformes. Junto al caso Europeo (PECL, DCFR, CESL), me referiré a otros casos paralelos que emergen en los Continentes asiático y latinoamericano. Aunque se trata sólo de textos académicos, se advierte en ellos el esfuerzo por debatir sobre los principios comunes en Derecho de contratos o, donde no los hay, sobre reglas más ventajosas, en busca de una aproximación que favorezca la seguridad del tráfico y la eficacia del mercado.

Previo a los intentos de modernización del Derecho de obligaciones a nivel continental en Asia (PACL) o -incipientemente- en Latinoamérica (PLDC), en Europa, como hemos visto, se produjeron textos académicos dirigidos a unificar el Derecho Civil. Veamos una breve referencia al esfuerzo europeo, como precedente -si cabe- del asiático y latinoamericano. Estos textos se basan en estudios de Derecho Comparado. La integración europea del Derecho privado comenzó en los años setenta del Siglo XX, utilizando la metodología del Derecho comparado, cuyo fin fue encontrar el núcleo común del Derecho privado de los países europeos, integrar el Derecho privado de los Estados miembros de la Unión Europea e intentar a elaborar el Código Civil de la Unión Europea. Como expresa el profesor Mauro Bussani, en su trabajo *“En busca de un Derecho privado europeo”*, «en pocas palabras, el proyecto busca el núcleo común del Derecho privado europeo en las

categorías generales de contratos, daños y propiedad. La búsqueda se centra en identificar qué es ya común y qué es todavía diferente en los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea»⁴⁵⁰. Varios grupos académicos se esforzaron por investigar y elaborar varias Propuestas, entre las cuales se destaca *Los Principios de Derecho Contractual Europeo*, elaborados por la denominada Comisión Lando (*PECL*). «Los orígenes de la Comisión Lando se remontan a mediados de los años setenta, aunque no sería hasta 1980 cuando empezara a reunirse de una manera más o menos constante, que no “oficial”, pues la Comisión de Derecho contractual europeo no pasaba de ser un grupo privado de trabajo, una reunión de académicos procedentes de los diversos Estados miembros de la Comunidad, aunque sin mandato representativo de ninguna clase»⁴⁵¹.

Como han explicado los propios miembros dirigentes de la Comisión, «una de las finalidades declaradas de la Comisión Lando era la de servir de base a una hipotética unificación europea en materia de obligaciones y contratos. / La armonización europea en el plano de las obligaciones y contratos no es un tema nuevo. De hecho, la necesidad de proceder a la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de

⁴⁵⁰ Mauro Bussani, *En busca de un Derecho privado europeo*, ADC, tomo LV, fasc. III, 2002, p942.

⁴⁵¹ Ole Lando y Hugh Beale (edición), *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Parte III (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Colegios notariales de España (Consejo general del notariado), Madrid, 2007, p. 5.

obligaciones y contratos en orden a la *cohesión* del mercado interior es un objetivo sobre cuya conveniencia se había manifestado en diversas ocasiones el Parlamento Europeo: baste mencionar las Resoluciones de 26 de mayo de 1989, 6 de mayo de 1994 y, por último, en fecha de 15 de noviembre de 2001»⁴⁵². Lógicamente, el estudio del Derecho Comparado era vital en esta tarea.

Idéntico método se mantiene al preparar el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), cuyo nombre completo es *Principios, definiciones y normas modelo del derecho privado europeo* (en inglés: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*), así como para elaborar los Principios UNIDROIT.

En América Latina, los países latinoamericanos, como Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela están avanzando en la elaboración de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)⁴⁵³. Algunos juristas latinoamericanos promueven convenciones latinoamericanas: por ejemplo, la *Convención Latinoamericana de Derecho Civil, base para un Código*

⁴⁵² Ole Lando y Hugh Beale (edición), *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Parte III (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Colegios notariales de España (Consejo general del notariado), Madrid, 2007, p. 5.

⁴⁵³ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 15.

*Latinoamericano de Contratos*⁴⁵⁴, y la *Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, etc. En este sentido, y con el fin de difundir y continuar el debate sobre los PLDC, se celebraron las Jornadas *El Derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, en Chile (2013), de las que da noticia recientemente Antonio Manuel Morales Moreno en el *Anuario de Derecho Civil*⁴⁵⁵. Como se desprende del texto, en el debate sobre los PLDC está presente como referencia para la modernización del Derecho de Contratos en Latinoamérica tanto la propia idiosincrasia del Derecho latinoamericano como los modernos textos del Derecho uniforme (en particular, la CISG en materia de incumplimiento contractual), *soft law* (en particular, los Principios UNIDROIT, pero también los europeos PECL, DCFR y CESL), con alusiones al texto modernizado del BGB alemán y a los proyectos de modernización argentino y español. En su artículo, Antonio Manuel Morales Moreno explica que «los principios están redactados –como señala Pizarro– buscando un compromiso, entre la supuesta

⁴⁵⁴ La I Convención Latinoamericana de Derecho Civil se celebró desde el 25 hasta el 27 de noviembre de 2010 en Lima, Perú, con homenaje al profesor Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, organizado por el Instituto de Derecho Privado Latinoamericano (IDPL), fuente: http://peruarbitraje.org/pdf/I_CONVENCION_LATINOAMERICANA_DE_DERECHO_CIVIL_2010.pdf

⁴⁵⁵ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, pp. 227-254. El autor expone el origen y las bases sobre las que están elaborándose los PLDC, explica los puntos sobre los que se centra el debate, y publica el estado actual de los PLDC. Cita a Carlos Pizarro como promotor de esta idea.

identidad del derecho de los contratos en Latinoamérica y la innovación»⁴⁵⁶. Y presenta la siguiente cita de Carlos Pizarro, en la que se observa la tensión entre lo autóctono y lo global, que se contempla como extranjero: «Esa tensión en la búsqueda de un trabajo original, que no sea una simple copia de los PECL, ha sido un fantasma que nos ha acompañado. Hemos tratado de avanzar en un texto auténtico, que recoja nuestra tradición, y en aquellos aspectos en que lo hemos estimado necesario innovar, nos hemos inspirado en variados modelos que van desde la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino, la propuesta de reforma de contratos dirigida por el profesor Françoise Terré y, por cierto, instrumentos de *soft law* como los citados PECL y Unidroit»⁴⁵⁷.

A mi juicio, el *fantasma* al que se refiere el Profesor Pizarro debe desaparecer desde el momento en que los PECL se tomen como una referencia más, como el DCFR o como CESL, para cuya elaboración se han tomado como referencia a la vez los estudios de Derecho comparado (*Common Law* y *Civil Law*) y, muy particularmente la CISG y los Principios UNIDROIT como paradigma de un Derecho de contratos

⁴⁵⁶ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 230.

⁴⁵⁷ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 230.

global. Es decir, debe superarse el temor a modernizar el propio Derecho de contratos comparando lo interno con el derecho externo, como si de una nueva colonización se tratara, para aceptar el reto de esa modernización como vía de adaptación del comercio a las necesidades de la globalización y como respuesta a la realidad misma que se impone como un proceso de armonización jurídica en materia de contratos en la que los diversos países se encuentran de algún modo inmersos⁴⁵⁸. Sirva como referencia el modelo chino o turco. Estos países han modernizado ya su Derecho de contratos adaptándolo a la CISG, como ha hecho Alemania (incluso antes que lo hiciera Alemania), adelantándose así a otros países europeos que manifiestan intentos de hacerlo, tales como España.

Los países de Asia oriental -China, Japón y Corea del Sur-, cuyos Derechos privados son influídos por el Derecho civil continental (especialmente por el Derecho alemán y el francés) y han ratificado la CISG, tienen una base jurídica semejante entre sí. Los juristas de estos tres países proponen la unificación del Derecho privado (sobre todo, el Derecho de contratos) de Asia Oriental. También están pensando en elaborar los Principios del Derecho Asiático de Contratos (en inglés:

⁴⁵⁸ Véase, por ejemplo, la obra *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, dirigido por Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau y coordinado por Carlos A. Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2005.

Principles of Asian Contract Law, abreviatura: PACL), denominados por el jurista chino Han Shiyuan como «“las voces asiáticas” del Derecho de contratos»⁴⁵⁹. Según el jurista chino Han Shiyuan, la elaboración de los Principios del Derecho Asiático de Contratos toma como referencia las experiencias de los PECL, si bien, como veremos a continuación, se plantean -como vimos que hacía Carlos Pizarro- la necesidad de escuchar la voz de sus propios académicos y -cuanto menos- someter a crítica y reflexión la experiencia extranjera.

Como es sabido, China, Japón y Corea del Sur han ratificado la CISG. Estos países son herederos del Derecho europeo, el cual ya tiene los PECL, DCFR, y CESL como su Derecho uniforme. Por tanto, ¿por qué es necesario elaborar los Principios del Derecho Asiático de Contratos? se pregunta el jurista Han Shiyuan, a lo que contesta del siguiente modo⁴⁶⁰:

《第一，《国际货物销售合同公约》仅仅是针对国际货物买卖，并不当然适用于其他类型的合同，对于其他类型的合同，仍然需要统一的规范。》

⁴⁵⁹ Véase en 韩世远 (Han Shiyuan), 亚洲合同法原则：合同法的“亚洲声音” (“Los Principios del Derecho Asiático de Contratos: *las voces asiáticas* del Derecho de contratos”), 清华法学(Tsinghua Law Journal), Vol. 7, No. 3 (2013), pp. 6 -16.

⁴⁶⁰ Véase en 韩世远 (Han Shiyuan), 亚洲合同法原则：合同法的“亚洲声音” (“Los Principios del Derecho Asiático de Contratos: *las voces asiáticas* del Derecho de contratos”), 清华法学(Tsinghua Law Journal), Vol.7, No. 3 (2013), p. 7. Ofrezco la versión española original de los textos del autor Han Shiyuan.

En primer lugar, la Convención de Viena es sólo para la venta internacional de mercancías. Por supuesto, no se aplica a otros tipos de contratos. Para otros tipos de contratos, todavía se necesitan las regulaciones uniformes⁴⁶¹.

《第二，即便是着眼于买卖合同，《国际货物销售合同公约》并没有规定合同效力、所有权转移等规则。》

En segundo lugar, aunque la CISG tiene su enfoque en el contrato de compraventa, no contempla las normas sobre la validez del contrato, la transferencia de la propiedad, etc.

《第三，《国际货物销售合同公约》于1980年4月11日在维也纳通过，若自此时点起算，至今已有三十多年。在这三十多年里，这个世界已发生太大的变化，对于法律规则提出了新的挑战，应对的手段固然可有多种且可能并存，通过新起草模范法仍不失为一种可行的方案。》

En tercer lugar, la “Convención Internacional sobre el contrato de compraventa de mercaderías” se aprobó el 11 de abril de 1980 en Viena, calculado desde lo cual, ya tiene más de treinta años. En estos treinta años el mundo ha experimentado un cambio grande, lo cual plantea nuevos

retos para las leyes. Entre sus varios remedios, el nuevo sistema de las Leyes modelo (*model law*) es una opción viable.

«第四, 《国际货物销售合同公约》作为国际贸易的统一法, 其成立可谓是以欧美专家学者为主导, 所反映的主要是西方世界的生活经验; 对于东亚而言, 也需要有自己的专家学者发出东亚的声音。»

En cuarto lugar, como Derecho uniforme del comercio internacional, la elaboración de la Convención de Viena está liderada por los estudiosos europeos y estadounidenses, y por ello refleja sobre todo la experiencia del mundo occidental; pero para Asia Oriental también es necesario escuchar la voz de sus propios académicos.

4. La armonización entre *Civil law* y *Common law*

La modernización del Derecho de contratos en los sistemas nacionales y en las propuestas continentales, de unificación o armonización jurídica se elaboran sobre la base de una aproximación entre el *Civil Law* y el *Common Law*, lo que requiere estudios de Derecho comparado.

Se advierte en este sentido la tendencia de la integración y la armonización entre el Derecho civil continental o el *Civil Law* y el Derecho anglosajón o el *Common Law*, de la cual la CISG fue un gran

ejemplo. Como se afirma en la obra *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, «el sistema de responsabilidad contractual de los PECL está inspirado directamente en el de la CISG de 1980. Lo mismo que éste, es un sistema nuevo, que combina elementos de los sistemas continentales y del angloamericano, pudiendo ser considerado de algún modo como una síntesis de ambos»⁴⁶². Con las diferencias de tradición y de focos entre el Derecho civil continental o *Civil Law* y el Derecho anglosajón o el *Common Law*, los dos Derechos se consideraban como dos Derechos totalmente diferentes e independientes, pero actualmente, con las influencias del desarrollo del comercio internacional, lo cual pide la rapidez y la eficacia del tratamiento de las discrepancias, el Derecho civil continental y el Derecho anglosajón se muestran cada día más influídos entre sí e integrantes. Como sabemos, el Derecho anglosajón fija más atención a la eficacia, lo cual favorece más al tratamiento de las discrepancias surgidas en los comercios y protege más a los comerciantes, a quienes les importa más los beneficios y pérdidas económicos. Los países de tradición del Derecho civil continental, como China, influídos también por las normativas internacionales como la CISG (la CISG se considera como el ejemplo de la armonización entre el Derecho civil continental y el Derecho anglosajón y perciben muchas ideas ventajosas del Derecho anglosajón), los Principios de Contratos

⁴⁶² Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 318.

Europeos, etc, cogen las ventajas del Derecho anglosajón para perfeccionar su propio sistema del Derecho de contratos y favorecer más y fomentar con más fuerza al comercio nacional e internacional.

Como afirma la profesora Carmen Jerez Delgado, en una Conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá el 25 de noviembre de 2013, siguiendo al Profesor Morales Moreno, «asistimos en la actualidad a una aproximación entre el sistema anglosajón y el sistema civil continental de responsabilidad contractual. Es posible afirmar que asistimos al nacimiento de un nuevo Derecho de Contratos, en el que -como resultado de los estudios de Derecho comparado realizado con este propósito- emerge una ventaja favorable al Derecho anglosajón o *Common Law*, aunque éste recibe a su vez la influencia del Derecho continental o *Civil Law*. Una muestra significativa de la afirmación anterior es la siguiente: La expresión “*Remedies*” que encontramos en Derecho anglosajón puede traducirse hoy entre nosotros por expresión “Remedios” y se refiere a los mecanismos de defensa de los que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual. Esta terminología- que es moderna y no está aun completamente asentada entre nuestros juristas-, ha sido defendida por la doctrina más autorizada y tiene visos de implantarse definitivamente, en un intento de simplificar el sistema vigente de mecanismos de protección del acreedor ante el

incumplimiento, por un lado, y de armonizarlo con el Derecho uniforme y europeo, de otro»⁴⁶³.

Del análisis sobre el Derecho contractual chino en este trabajo, podremos sacar la conclusión de que él ha sabido armonizar la propia tradición jurídica con los sistemas del Derecho civil continental y el Derecho anglosajón, como el Derecho japonés. «Dos sistemas jurídicos occidentales ciertamente diferentes, pero cada vez más próximos, a causa del imparable proceso de globalización, que está influyendo de manera determinante en la misma estructura del Derecho»⁴⁶⁴.

«El Derecho japonés se ha convertido, en nuestros días, en un auténtico laboratorio de lo que algunos ya venimos llamando, desde años, Derecho global, concepto que supera con creces la idea del Derecho internacional tanto clásico como moderno»⁴⁶⁵. Al estudiar el desarrollo del Derecho de Contratos en Japón y el nacimiento del Código Civil japonés, Francisco Barberán y Rafael Domingo explican que, con dicho Código, «comenzaba una nueva etapa en la historia del Derecho japonés marcada por la capacidad de asimilación de los principios jurídicos del

⁴⁶³ Jerez Delgado, Carmen; *Los remedios frente al incumplimiento contractual en el moderno Derecho de obligaciones*, trabajo inédito (conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá, 25 noviembre 2013).

⁴⁶⁴ Francisco Barberán, Rafael Domingo; *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, p. 23.

⁴⁶⁵ Francisco Barberán, Rafael Domingo; *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, p. 23.

Derecho europeo y anglosajón, así como de armonización de éstos entre sí y con la propia idiosincrasia nipona»⁴⁶⁶.

En cuanto a China, «en la redacción de los PGDC y de todas las leyes civiles especiales –en particular, la Ley sobre Derechos Reales y la Ley de Daños–, el legislador chino adoptó muchas instituciones legales y conceptos del *Common law*. Como resultado, la influencia del *Common law* se está haciendo cada vez más patente en el Derecho Civil de China, tal como en el Código Civil de Louisiana en Estados Unidos. En realidad, el Derecho Civil chino también se presenta como una mixtura, no solo por la gran difusión de los estudios del *Common law*, sino también por el muy especial e importante papel que juega la interpretación judicial en la actual práctica jurídica. El Derecho Civil chino de hoy está basado en el Derecho Romano y el *Pandectenrecht*. Sin embargo, al incorporar las experiencias del *common law* en la redacción del Código Civil, los académicos de Derecho chino y el legislador están tratando de superarlos y construir un nuevo y moderno modelo de codificación en el mundo, en el cual se equilibran todas las tradiciones jurídicas en conjunto»⁴⁶⁷.

«El profesor Jiang Ping, uno de los más famosos profesores de Derecho privado en China, afirma que el modelo tradicional de Código

⁴⁶⁶ Francisco Barberán, Rafael Domingo; *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, pp. 26-27.

⁴⁶⁷ Zhang, Lihong; *Los últimos avances en la codificación del Derecho civil chino*, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 No. 3, 2009, p. 503.

civil continental es muy rígido para satisfacer las necesidades del desarrollo de una sociedad moderna; y, en consecuencia, que el futuro Código civil chino debe ser más elástico en orden a comprender las ventajas del *Common law*. Debido a la complejidad de las relaciones jurídicas que el Derecho civil actual regula –continúa–, sería imposible disciplinar todas ellas en este Código civil. Por lo tanto, este debiere ser un pequeño Código que regule los más importantes principios e instituciones civiles de una manera abstracta. De modo que bajo este Código Civil, dotado de disposiciones generales, habrán de armonizarse muchas leyes civiles especiales e interpretaciones judiciales. Esta estructura se considera como una vía pragmática para la codificación»⁴⁶⁸.

5. La tendencia al estudio del derecho comparado

Las experiencias legislativas del Derecho de Japón, China y Corea del Sur muestran un ejemplo del estudio del Derecho comparado, según hemos visto. Lo podremos llamar “modelo de Asia Oriental” o “modelo de Asia y el Pacífico”.

«En un congreso internacional celebrado en San Luis (estado de Missouri) a los pocos años de su entrada en vigor, uno de sus tres

⁴⁶⁸ Zhang, Lihong; *Los últimos avances en la codificación del Derecho civil chino*, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 No. 3, 2009, pp. 475- 476.

redactores—Nobushige Hozumi—calificó el Código [civil japonés] como *un fruto de la ciencia del Derecho comparado*⁴⁶⁹. «En efecto, en su elaboración, se tuvo en cuenta principalmente el BGB alemán, que todavía no había entrado en vigor, pero también el ya bicentenario Code francés, el Código de las obligaciones suizo, el italiano, el austriaco y, como el propio Hozumi manifestó, nuestro Código civil de 1889, aunque, eso sí, de forma testimonial»⁴⁷⁰. También, como antes se indicó, recibe la influencia del Derecho anglosajón.

Conforme a lo expuesto en los dos apartados anteriores, se concluye que asistimos a un movimiento encaminado a la reforma del Derecho de

⁴⁶⁹ Francisco Barberán, Rafael Domingo; *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, p. 25.

⁴⁷⁰ Francisco Barberán, Rafael Domingo; *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, p.24. Los autores indican que, en la redacción del Código Civil japonés, se tuvieron en cuenta más de treinta Códigos, entre los cuales se encontraba el Código Civil español de 1889⁴⁷⁰. Como Hozumi explicaba en el Congreso Internacional de 1904 sobre la elaboración del Código Civil japonés:

«A primera vista, podría parecer que la factura del nuevo Código es muy próxima a la del Código alemán. He leído frecuentemente afirmaciones en este sentido. Es cierto que tanto el primer como el segundo proyecto del Código alemán proporcionaron un material muy valioso a la Comisión codificadora y que fueron muy tenidos en cuenta en las deliberaciones de ésta. Pero un examen más atento de las reglas y principios informadores del Código muestra que la Comisión recogió material de todas las partes del mundo civilizado y que, con gran libertad, se sirvió de reglas y principios jurídicos de otros países, siempre que vio la conveniencia de actuar así. En algunos capítulos, se adoptaron las reglas del Código francés; en otros, los principios del Derecho anglosajón; otras veces, proporcionaron material a los redactores del Código leyes como el Código de las Obligaciones de Suiza de 1881, el nuevo Código español de 1889, el Código general de los bienes de Montenegro, las Leyes de Sucesiones y Contratos de la India, o los Códigos civiles de Luisiana, Baja Canadá, distintas repúblicas Sudamericanas, el proyecto del Código civil de Nueva York, así como otros similares». Traducción de Francisco Barberán y Rafael Domingo, *Código civil japonés*, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006, pp. 30-32.

obligaciones, no sólo en los países de la Unión Europea, sino también en los países asiáticos y latinoamericanos, lo que supone un movimiento histórico mundial en la modernización del Derecho de obligaciones. En este punto, me parece esencial advertir los diversos mecanismos de modernización: Como indica el jurista Atilio Aníbal Alterini, los mecanismos son⁴⁷¹ «a) la *difusión*, que implica la transmisión de los rasgos culturales de una sociedad a otra y que ha significado la irradiación del Derecho, porque cierto modelo fue impuesto, porque fue adecuado para regular otras sociedades con semejanzas culturales, o por su propio prestigio; / b) la *unificación*, mediante la cual se reemplazan las leyes nacionales por otras comunes a varios países; / c) la *armonización*, mediante la cual se logra cierta coincidencia entre las legislaciones de países diversos; / d) el *Soft Law*, que no tiene carácter vinculante pero ofrece un modelo normativo utilizable por los Estados o por los particulares»⁴⁷². Todo ello requiere estudios de Derecho comparado.

⁴⁷¹ El jurista Atilio Aníbal Alterini indica –citando a Josef Esser– que «desde el punto de vista técnico, los problemas jurídicos suelen dar lugar a “pensamientos equivalentes en instituciones de distinta estructura histórica y dogmática, aún siendo discrepantes las formas de la ideología jurídica”. Estas similitudes [explica Atilio Aníbal Alterini] han llevado a buscar una *lingua franca* para las relaciones jurídicas enlazadas entre sujetos de distintas jurisdicciones, porque hoy ha sido abandonado el criterio tradicional según el cual el Derecho –a diferencia de las demás ciencias– debía ser puramente nacional, e ignorar lo que sucede en otros países. Al tal fin han sido utilizados diversos mecanismos». Véase en: Atilio Aníbal Alterini, “La *Lingua Franca* internacional en el Derecho de Contratos”, *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson (coordinadores), Editorial Universidad Diego Portales y Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2008, pp. 67-68.

⁴⁷² Atilio Aníbal Alterini, “La *Lingua Franca* internacional en el Derecho de Contratos”,

A la vista de lo anterior, cabe afirmar que, del mismo modo que los países asiáticos y europeos han utilizado el Derecho Comparado global como método para la elaboración de textos uniformes de Derecho de Contratos y para la modernización de sus propios sistemas internos, así también América Latina acertará utilizando este método con fines semejantes (por ejemplo, en su actual proyecto de elaboración de los PLDC). De ahí la importancia de estudios como el que ahora se presenta, que aspiran a colaborar en esta gran tarea facilitando el conocimiento mutuo.

V. CONCLUSIONES

Los sistemas jurídicos chino y de los países latinoamericanos no están tan distanciados como en principio puede parecer, pues todos ellos pertenecen a la familia del Derecho civil continental y heredan las mismas categorías dogmáticas de Derecho civil, obligación y contrato. En el ámbito del Derecho internacional, además, tanto China como la inmensa mayoría de países latinoamericanos han ratificado la CISG, que constituye por tanto la más importante referencia como instrumento de aproximación entre ellos. Ahora bien, es lógico pensar que, pese al origen

Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson (coordinadores), Editorial Universidad Diego Portales y Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2008, p. 68.

común existen discrepancias en el Derecho de contratos entre China y América Latina: Al estudio de una muestra dedicaré la Parte Especial de esta tesis doctoral, habiendo escogido para ello la materia del incumplimiento contractual, que ha sido objeto de atención en el proceso de modernización del Derecho de obligaciones en los sistemas de *Civil Law* (que heredan tanto China como América Latina) dada su importancia y las posibilidades de mejora que se le ofrecen desde el *Common Law*. Muestro así las diferencias y semejanzas entre sistemas así como las vías de aproximación.

La necesidad de conocimiento mutuo y de allanar caminos para la seguridad jurídica del comercio internacional está dando lugar al incremento creciente de los estudios de Derecho comparado, a la aproximación de los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*, así como a la adaptación (en unos casos) o intentos de adaptación (en otros) del Derecho nacional de contratos al Derecho internacional y uniforme.

A nivel Continentes, se observan también movimientos en este sentido: Se trata de proyectos académicos (PECL/DCFR, PLDC, PACL) que prestan atención al modelo de la CISG. Estos textos, bien pueden servir de referencia para la necesaria modernización de los ordenamientos nacionales en aras de su armonización con el Derecho internacional y uniforme de contratos y -por tanto- de una mayor seguridad jurídica.

PARTE ESPECIAL

El incumplimiento contractual a modo de muestra

**Capítulo 3. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE
OBLIGACIONES Y CONTRATOS: EL INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL A MODO DE MUESTRA**

I. INTRODUCCIÓN

Tras haber analizado los factores económicos, históricos, políticos, socio-culturales y jurídicos, en los capítulos anteriores, podemos dar un paso más y centrarnos en una materia tan importante en el Derecho contractual como es el incumplimiento contractual.

El incumplimiento del contrato es la primera causa de conflictos de intereses entre los contratantes y, por consiguiente, constituye una materia central en el Derecho de contratos. Por esta razón, su estudio comparado sirve como perfecta referencia para el objetivo de esta tesis, que no es otro que el de demostrar la importancia de la seguridad jurídica para la mejora de las relaciones comerciales entre China y América Latina y argumentar a favor de la CISG como instrumento para ello.

Tras una breve aproximación al concepto de incumplimiento, y una descripción de los denominados remedios frente al incumplimiento contractual (en inglés, *remedies*), a los que dedicaré el presente capítulo, me centraré –en el último capítulo de la tesis- en tres grandes cuestiones prácticas relacionadas con el incumplimiento del contrato y sus remedios, que pongan de relieve las semejanzas y diferencias existentes entre nuestros respectivos sistemas, así como las vías de aproximación cuando no existe coincidencia, ante la evidente necesidad de seguridad jurídica.⁹

Al respecto, conviene tener en cuenta que, aunque abundan los estudios de Derecho comparado que tienen por objeto conocer diferencias y semejanzas entre el *Civil Law* y el *Common Law*, existe una laguna en este ámbito del Derecho comparatístico relativa a los sistemas asiáticos⁴⁷³. Por esta razón, he considerado importante introducirlos o presentarlos a través del presente trabajo de investigación, tomando la materia del incumplimiento contractual como muestra del influjo que la CISG está teniendo en la actualidad sobre los sistemas internos como factor armonizador y de modernización. Encontramos así en la CISG un instrumento que nos permite avanzar en la consecución de cuotas mayores de seguridad jurídica en el mercado internacional.

⁴⁷³ Etsuko Asami, *Los sistemas del Derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 31.

II. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Para el Derecho español y el Derecho latinoamericano, y otros sistemas jurídicos continentales codificados, el concepto unitario y objetivo del incumplimiento contractual y los sistemas de remedios frente al incumplimiento contractual son nuevos y modernos, inspirados en el modelo del Derecho anglosajón de “*breach of contract*” y “*system of remedies*”. No obstante, este modelo ya se ha aplicado por la jurisprudencia española y es conocido y explicado por un sector minoritario aún de la doctrina latinoamericana. El rápido desarrollo del comercio internacional y su situación actual exige la adaptación, la armonización y la modernización del Derecho de contratos.

El Derecho español y latinoamericano emplea o conserva el sistema romano del saneamiento⁴⁷⁴ (aún vigente en los textos de los respectivos Códigos Civiles), si bien paulatinamente se observan intentos de introducir el concepto unitario y objetivo del incumplimiento contractual

⁴⁷⁴ Antonio Manuel Morales Moreno, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 1. En este trabajo, el profesor Antonio Manuel Morales Moreno comparó «tres sistemas diferentes de protección del comprador por la ausencia de cualidades en la cosa vendida: el sistema del “caveat emptor”, el del saneamiento por vicios redhibitorios y el del incumplimiento por falta de conformidad de la cosa vendida». En esa comparación el autor utiliza el concepto de «sistema de remedios» para establecer la diferencia esencial entre el sistema del saneamiento y el del incumplimiento”.

y el sistema articulado de los remedios frente al incumplimiento contractual, esfuerzo que es mayor en el Derecho nacional español que en el de los países latinoamericanos, si bien en estos últimos comienza el debate doctrinal al respecto.

Al referirse al modo clásico de explicar el incumplimiento contractual, el profesor Morales Moreno indica que «este panorama ha cambiado con la CISG»⁴⁷⁵. En ella el incumplimiento es unitario y objetivo, «el vendedor está obligado a entregar una cosa conforme al contrato (exigencia de conformidad de la cosa), es decir con las cualidades que la misma debe tener (art. 35 CISG). Con carácter general, las cualidades de la cosa forman parte del deber de prestación, son contenido del derecho de crédito; (...) Si no cumple este deber de prestación, el comprador dispone de la pretensión de cumplimiento, dirigida a exigir la subsanación del incumplimiento por la reparación o sustitución de la cosa, y de la pretensión indemnizatoria, fundada en el incumplimiento y referida al interés positivo»⁴⁷⁶. También, como la profesora Esther Gómez Calle afirma, «hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato; no importa cuál sea la causa de ello; puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación o una

⁴⁷⁵ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 7.

⁴⁷⁶ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p. 7.

imposibilidad sobrevenida; el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento)»⁴⁷⁷.

Como veremos a continuación y como vengo indicando, el concepto de incumplimiento varía de unos países a otros y, en particular, los tipos de incumplimiento o no cumplimiento de la obligación contractual, siendo éste un obstáculo -a mi juicio- para el mercado globalizado o internacional tan frecuente en nuestros días. Probablemente sea conveniente armonizar nuestros sistemas conforme al modelo más sencillo y eficaz, que puede ser el de la CISG, como veremos. En este capítulo me centraré en analizar el incumplimiento del contrato y sus remedios, en distintos países (entre ellos: China, España y algunos países de América Latina) así como en instrumentos normativos internacionales y de *soft law*, para concluir que, a la vista del actual movimiento modernizador, conviene estudiar las vías de convergencia en un mismo sistema de referencia.

⁴⁷⁷ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 37.

1. Panorámica general de Derecho comparado: La influencia del Derecho anglosajón

En China, los manuales han definido el incumplimiento contractual del modo uniforme, el jurista Li Xintian lo define de la siguiente forma:

“*违约行为即违约，又称违反合同的行为，是指合同当事人没有按照法律的规定或合同的约定履行合同义务的行为。*”⁴⁷⁸.

Ofrezco la traducción al castellano: El incumplimiento contractual o conducta de incumplimiento contractual, se refiere a que alguna de las partes del contrato no ha cumplido los deberes del contrato conforme a la ley o a lo acordado en el contrato.

Esta definición se asemeja a las que pudiéramos encontrar en los manuales de Derecho civil español. Sin embargo, como trataré de explicar a continuación, tanto en China como en España y América Latina, se abre paso una concepción más anglosajona de incumplimiento contractual, como consecuencia básicamente de la influencia de la CISG, pero también de los Principios UNIDROIT.

Como afirma el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, «el incumplimiento se entiende como un hecho amplio y objetivo cuyo efecto inmediato es la insatisfacción del interés del acreedor, al punto que se

⁴⁷⁸ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005. En este sentido, también véase en: Xie Guocheng, *La responsabilidad de la indemnización por el daño del incumplimiento contractual y su aplicación*, véase en: www.lawtime.cn.

sostiene –a partir del concepto realista de contrato (...)– que para comprender los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato éstos deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del mencionado interés»⁴⁷⁹. Este concepto amplio del incumplimiento es avanzado para la doctrina chilena, como se verá, y se corresponde con el concepto anglosajón de obligación como deber de satisfacción del interés del acreedor⁴⁸⁰. Este concepto anglosajón de incumplimiento contractual es más amplio y se caracteriza por definir la obligación desde la óptica de la satisfacción del interés del acreedor y no sólo desde la óptica del deber de prestación del deudor. Más adelante volveremos sobre él, pero veamos en primer lugar el estado actual del concepto de incumplimiento en los diversos países, para tomarlo como punto de partida.

Para comprobar la evolución a la que hago referencia, veamos unas breves pinceladas del concepto de incumplimiento en Inglaterra, China y España. Como veremos, el concepto amplio de incumplimiento tiene su origen en el Derecho anglosajón y ejerce una positiva influencia en el Derecho europeo continental y en los países herederos del mismo.

En relación con el incumplimiento contractual en Derecho inglés (en inglés: *breach, breach of contract*), Ángel Carrasco explica que en

⁴⁷⁹ Vidal Olivares, Álvaro; «La noción de *incumplimiento esencial* en el Código Civil», p. 498.

⁴⁸⁰ Morales Moreno, Antonio Manuel; «Evolución del concepto de obligaciones en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006.

Inglaterra «el término incumplimiento es puramente negativo y objetivo. Describe toda forma posible en la que el deudor deja de cumplir el deber contractual, mediante la no realización de la prestación debida o la realización en un modo distinto del debido, provocando insatisfacción del interés contractual del acreedor. No importa si existe o no existe causa de justificación, culpa, dolo o caso fortuito»⁴⁸¹. Este concepto no es absolutamente incompatible con el concepto de incumplimiento que pueda manejarse en Derecho español, pero sí supone un modo radicalmente nuevo de explicarlo, sintetizándolo, si se adopta por los autores españoles, como de hecho ha comenzado a suceder (en este sentido, Pantaleón Prieto⁴⁸², Díez-Picazo Giménez⁴⁸³, Morales Moreno⁴⁸⁴, Gómez Pomar⁴⁸⁵, Gómez Calle⁴⁸⁶, etc.). En China, por otra parte, el concepto anglosajón ha encontrado ya asiento en la nueva Ley de Contratos de 1999, pese a que China partía de un concepto de

⁴⁸¹ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, 2010, primera edición, Navarra, p. 863.

⁴⁸² Pantaleón Prieto, Fernando, “El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate, Anuario de Derecho Civil, 1991 y Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, Anuario de Derecho Civil, 1993.

⁴⁸³ Díez-Picazo Gímenez, Gema; La mora del deudor, Tesis doctoral, dirigida por Luis Díez-Picazo, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 383- 420.

⁴⁸⁴ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006.

⁴⁸⁵ Gómez Pomar, Fernando; «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, Barcelona, Julio de 2007.

⁴⁸⁶ Gómez Calle, Esther; «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, pp. 31-102.

incumplimiento que, como heredero del Derecho continental europeo, se definía inicialmente como no prestación.

Véamos a continuación, en detalle, estos aspectos.

La definición del incumplimiento del contrato no es uniforme si contrastamos los sistemas anglosajón (el “*breach*”⁴⁸⁷ o “*breach of contract*”⁴⁸⁸), español y latinoamericano (el “incumplimiento del contrato”) y chino (en China hay varias nociones que corresponden al “*breach*” o “*breach of contract*” del *common law*, entre las cuales existen ciertas diferencias debidas a su distinta traducción).

Veamos cómo el jurista chino Li Xintian explica las diferencias entre el concepto de incumplimiento en el *Common Law* y en el *Civil Law* y comprobemos así cómo la doctrina china ha estado pendiente de los mismos aspectos tras los que la doctrina europea se debate y que constituyen por tanto un objeto común de estudio e interés:

⁴⁸⁷ *Breach*: n/v: CIVIL/PROC infracción, contravención, quebrantamiento, vulneración, violación, incumplimiento; vicio de forma; incumplir, contravenir, violar, vulnerar; los términos *breach*, *violation*, *infringement* y *transgression* tienen en común «el quebrantamiento de una norma, la violación de un derecho, el incumplimiento de un deber o la alteración de una situación social deseada o normal»; *breach* es el más general; *violation* connota que ha habido intención; *infringement* normalmente se aplica a normas reglamentarias; *transgression* sugiere que se han excedido los límites morales, sociales, o religiosos más que jurídicos (Enrique Alcaraz Varó, Brian Hughes, *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, p. 85).

⁴⁸⁸ *Breach of contract*: MERC/CIVIL incumplimiento/violación/ contravención/ ruptura de contrato (Enrique Alcaraz Varó, Brian Hughes, *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, p85; Enrique Alcaraz Varó, Brian Hughes, *Diccionario de términos jurídicos*, 10ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2007, p. 97).

«对违约行为这一概念的表述, 两大法系之间存在着一定的差异。英美法系的学者一般以债务人违反合同义务形态为标准来定义违约行为, 如牛津法律大辞典认为, *breach of contract* 是指: “由一方当事人不合理(...)”。布莱克法律辞典将 *breach of contract* 定义为: “(...)”./ 在大陆法系国家, 民事立法和民法理论则往往采用“不履行”去表述与违约或违约行为相类似的情况, 并且主要以债权的目的是否实现为标准, 来定义债的不履行这一概念。如认为, 债务的不履行, 即未依债务本旨为给付, 以满足债权的状态。»⁴⁸⁹

En definitiva, el autor dice que el *Common Law* toma el contrato como criterio para definir el incumplimiento mientras que el *Civil Law* toma la prestación como criterio para definir el incumplimiento (si se ha realizado el objeto de la obligación o no; en caso de no prestación hay incumplimiento).

Como sostienen Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, en el Derecho anglosajón, la idea de incumplimiento es unitaria⁴⁹⁰. Debido a que en el Derecho anglosajón, «la construcción del contrato propia (...) no se basa en la idea de deber o de obligación, sino en la de garantía de un resultado a cargo del deudor»⁴⁹¹,

⁴⁸⁹ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005.

⁴⁹⁰ Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 319 - 320.

⁴⁹¹ Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los*
278

el Derecho anglosajón «permite una construcción unitaria de la responsabilidad contractual, en torno a la noción de incumplimiento del contrato (*breach of contract*), noción en la que se incluyen todas las manifestaciones de falta de realización o ejecución de los términos del contrato. Ahí se incluye la no realización de la prestación, el cumplimiento defectuoso, el retraso en el cumplimiento, es decir, cualquier situación en la que el contrato no se ha cumplido o realizado en los términos previstos en él»⁴⁹², salvo supuestos de exoneración de responsabilidad⁴⁹³.

En relación con el Derecho chino, generalmente podemos decir que la noción del incumplimiento del contrato en el régimen contractual chino corresponde a traducciones del “incumplimiento contractual” tanto del Derecho civil continental como del “*breach*”, o “*breach of contract*” del Derecho anglosajón. Sin embargo, como hemos visto, desde el punto de vista lingüístico o terminológico, hay muchas diferencias entre la

principios del Derecho europeo de contratos, Civitas, Madrid, 2002, p. 319.

⁴⁹² Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 319.

⁴⁹³ Estos autores también sostienen que, «en el Derecho inglés no existe *breach of contract* si existe una causa de exoneración del incumplimiento, como por ejemplo la *frustration*», lo que supone una diferencia con el concepto del incumplimiento de los PECL. Los autores sostienen que «En los PECL hay incumplimiento incluso en los casos en que exista una causa de exoneración de las previstas en el art. 8.108, pues las causas de exoneración no excluyen el uso de todos los remedios del incumplimiento, sino sólo el de algunos de ellos (Comment, p125)», lo cual vamos a tratar más tarde. Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 322.

definición del incumplimiento contractual en el Derecho civil continental y el Derecho anglosajón (*Common Law*). Para aproximarnos al Derecho chino haré por tanto una breve aproximación previa a los conceptos que llegan a China, por el interés que –en Derecho comparado- tiene el buen uso y comprensión de la terminología.

Como el Derecho chino se heredó del Derecho civil continental, y también ha recibido muchas influencias del Derecho anglosajón, de acuerdo con las diferentes denominaciones del incumplimiento del contrato en el Derecho civil continental y el Derecho anglosajón, hay varias formas para denominar la noción del incumplimiento del contrato en el régimen contractual chino: 违约 (*wei yue*), 不给付 (*bu ji fu*) y 债务不履行 (*zhai wu bu lv xing*)⁴⁹⁴, entre las cuales, actualmente 违约 (*wei yue*) es la forma más usada y aceptada, así explica el jurista chino Ge Yunsong⁴⁹⁵.

El jurista chino Ge Yunsong sigue explicando que, de estas tres formas de denominar al incumplimiento contractual, la primera es la traducción del *breach of contract* del Derecho anglosajón, mientras que

⁴⁹⁴ 违约 (*wei yue*) se refiere a la traducción del “*breach of contract*” del *Common Law*, mientras que 债务不履行 (*zhai wu bu lv xing*) es la traducción del “incumplimiento de obligaciones” del Derecho civil continental.

⁴⁹⁵ Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003.

las dos últimas denominaciones se corresponden con la traducción del concepto de incumplimiento propio del Derecho civil continental⁴⁹⁶.

A continuación las vamos a analizar con más detalle:

a) 违约 (*wei yue*)

违 (*wei*) significa ir contra o no cumplir en chino,

违 (*wei*): (不遵守) desobedecer; violar; infringir; transgredir;

违令: desobedecer una orden;

违约: violar un pacto (tratado, acuerdo)⁴⁹⁷.

b) 不给付 (*bu ji fu*)

不 (*bu*): no⁴⁹⁸.

给 (*ji*): dar, ofrecer⁴⁹⁹.

proveer; aprovisionar⁵⁰⁰.

付 (*fu*): realizar cierta acción⁵⁰¹.

entregar; dar; poner en práctica; llevar a efecto⁵⁰².

⁴⁹⁶ Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003.

⁴⁹⁷ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 424.

⁴⁹⁸ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 22.

⁴⁹⁹ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, pp. 148 -149.

⁵⁰⁰ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 235.

⁵⁰¹ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, pp. 148-100.

c) 债务不履行 (*zhai wu bu lv xing*): inejecución de las obligaciones

债务 (*zhai wu*): deuda; pasivo⁵⁰³.

履行 (*lv xing*): cumplir; llevar a cabo; ejecutar⁵⁰⁴.

También en España es posible hablar actualmente de dos concepciones diversas del incumplimiento contractual: Una, anclada en el texto del Código civil y en el tradicional modo de explicarlo se basa, a falta de un concepto normativizado del incumplimiento contractual, en la idea de incumplimiento (en sentido estricto) como no prestación o no cumplimiento del deber de prestación, distinguiendo este supuesto de otras modalidades tales como el cumplimiento defectuoso (que se regiría por las reglas del saneamiento) o la mora; La otra, fijando su mirada en el moderno Derecho de la contratación, es capaz de aportar un concepto unívoco de incumplimiento contractual, que abarca todas esas formas de insatisfacción del interés del acreedor (tanto el no cumplimiento de la prestación, como el cumplimiento defectuoso o la mora,...).

⁵⁰² Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 149.

⁵⁰³ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 545. nota: hay diferencia entre

⁵⁰⁴ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 217.

Blasco Gascó explica que, «en general, (en España) se define el cumplimiento como la exacta ejecución del programa contractual tendente a la satisfacción y consecución de los intereses contractuales y a la liberación del deudor»⁵⁰⁵. El autor sigue explicando que, «por el contrario, y también en general, la no coincidencia entre programa contractual y prestación ejecutada o entre conducta prestacional programada y conducta prestacional realizada (máxime si ésta no es desarrollada en absoluto o sobreviene imposible) constituye incumplimiento, ya definitivo, ya defectuoso, ya tardío o moroso»⁵⁰⁶.

Gómez Pomar, por su parte, apunta un factor más del incumplimiento contractual en Derecho español. A su juicio, en el sistema jurídico español la noción de incumplimiento puede entenderse como la resultante de combinar dos elementos conceptualmente diversos: la materialidad del incumplimiento o falta de cooperación -en amplio sentido- del contratante y la imputación de tal incumplimiento a una de las partes contractuales⁵⁰⁷. Para hablar de incumplimiento, por tanto, éste ha de ser imputable al deudor.

⁵⁰⁵ Francisco de P. Blasco Gascó, *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, p. 27.

⁵⁰⁶ Francisco de P. Blasco Gascó, *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, p. 27-28.

⁵⁰⁷ Gómez Pomar, Fernando; «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (www. Indret.com), ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, Barcelona, Julio de 2007, p. 6.

En 2009 se elevó al Ministro de Justicia español la *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, presentada por la Comisión General de Codificación (PMCC). De aprobarse la PMCC, España gozaría de una definición clara del incumplimiento contractual. La jurista Esther Gómez Calle explica que, «el concepto de incumplimiento que maneja la PMCC se desprende de sus artículos 1153 y 1188.I: Según el primero, «[n]o se entenderá cumplida una obligación sino cuando se *hubiera* realizado enteramente la prestación en que consistía»; conforme al segundo, «[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». / De lo dicho resulta que hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato; no importa cuál sea la causa de ello; puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación (art.1303 PCMM) o una imposibilidad sobrevenida. El incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento)»⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXV, Fascículo I, Enero-marzo, 2012, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica) y Ministerio de la presidencia (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), Madrid, 2012, pp. 36-37.

Podemos comparar esta definición con la aportada recientemente por el borrador de los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos (PLDC): En los PLDC, el primer artículo de la Sección 1 (Del incumplimiento en general), del Capítulo 2 (Incumplimiento de las obligaciones contractuales) de la Segunda Parte, se refiere al *Concepto de incumplimiento*⁵⁰⁹ y dispone lo siguiente: «*Incumplimiento es la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada. / El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor. / El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación*»⁵¹⁰.

Al comentar estos PLDC, el profesor Antonio Manuel Morales Moreno explica que, «*Incumplimiento es –según los PLDC- la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada*»⁵¹¹. Luego el profesor compara la definición del incumplimiento en los PLDC con la del cumplimiento imperfecto y cita el error en sus definiciones, diciendo de la siguiente manera: «Y, a su vez, “el *cumplimiento imperfecto*

⁵⁰⁹ Antonio Manuel Morales Moreno, «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

⁵¹⁰ Antonio Manuel Morales Moreno, «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

⁵¹¹ Antonio Manuel Morales Moreno, «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc.I, p. 237.

comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor”. Estas definiciones del incumplimiento y del cumplimiento imperfecto parecen estar pensando, tan sólo, en un aspecto de la vinculación contractual: los deberes de prestación. Por ello creo que debería ser revisada. Más que de incumplimiento de obligaciones, convendría referirse al incumplimiento del contrato, entendido como la falta de ejecución (realización) del mismo»⁵¹².

2. Análisis de la clasificación de los tipos de incumplimiento contractual en los sistemas internos, desde una perspectiva comparada

En este apartado, analizaremos brevemente las diversas clasificaciones de los tipos de incumplimiento en los países que más han influido históricamente en los sistemas latinoamericano y chino de Derecho contractual, que son, respectivamente, Francia y Alemania. A la vez, presentaré algunas observaciones que ponen de manifiesto cómo han sido estudiados estos sistemas por la doctrina china. Compararemos estos sistemas con el español y los latinoamericanos. Por último, me referiré al Derecho chino, lo que nos permitirá comprobar que, partiendo de un semejante origen (pues toma como referencia el Derecho continental

⁵¹² Antonio Manuel Morales Moreno, «“Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc.I, p. 237.

europeo), China ha avanzado más que los restantes países citados (en el caso de Francia, España o Latinoamérica), o lo ha hecho antes que ellos (en el caso de Alemania). Quisiera con ello volver a comprobar la necesidad o conveniencia de manejar conceptos de Derecho Uniforme en la contratación internacional. Las tipologías del incumplimiento que encontramos en los manuales de Derecho civil continental no existen en Derecho anglosajón, porque ese sistema se caracteriza precisamente –como vimos- por manejar un concepto único o unívoco de incumplimiento contractual (como hacen la CISG y los Principios UNIDROIT).

2.1. Francia

Veamos, en primer lugar, el Derecho francés, por la influencia que tiene en el área mediterránea (entre otros países, en España) y latinoamericana. El Código Civil francés contempla el incumplimiento del contrato en el artículo 1147: «El deudor es condenado, si ha lugar, al pago del daño e interés, sea por causa de la inejecución de la obligación, sea por causa del retraso en la ejecución toda vez que no justifique que la inejecución proviene de una causa extraña que no le puede ser imputada a él, aunque no haya habido mala fe por su parte». Algunos juristas chinos opinan que, en este artículo podemos ver que el Derecho civil francés

distingue dos tipos de incumplimiento de las obligaciones: la inejecución y el retraso, siendo –a su juicio- la prestación defectuosa una situación de la inejecución⁵¹³. En este artículo se comprenden todos los supuestos de incumplimiento de las obligaciones, esto es, aquellos casos en que una de las partes «ne satisfere point à son engagement»⁵¹⁴. No obstante, considera como una forma especial de incumplimiento aquella del retraso en el cumplimiento de la obligación, o *retard*, que, en determinadas condiciones, hace que el deudor incurra en *demeure*. En cambio, no conoce el *Code civil* una categoría específica de imposibilidad sobrevinida de la prestación⁵¹⁵.

Por otra parte, el *Code civil* francés, reguló y mantiene, en sede del contrato de compraventa (siguiendo el modelo de la compraventa romana), la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa (artículo 1625), sean jurídicos (evicción, artículos 1626 y siguientes) o materiales (artículos 1641 y siguientes), para lo cual el comprador dispone de un breve plazo de reclamación. Por tratarse de una norma especial, el régimen jurídico de la compraventa escaparía así del

⁵¹³ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社(Law press china), Beijing, 2013, p. 73.

⁵¹⁴ María Teresa González-Palenzuela Gallego, «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 493.

⁵¹⁵ María Teresa González-Palenzuela Gallego, “Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 493.

régimen jurídico general del incumplimiento del contrato, que dispone de plazos más amplios para exigir responsabilidad. Esta es una diferencia esencial con el Derecho anglosajón plasmado en la CISG (como es sabido, la CISG permite al comprador acudir a los remedios generales del incumplimiento contractual, y prescinde del régimen del saneamiento romano).

Pese a que Francia ha ratificado en 1998 la CISG como Tratado aplicable a la compraventa internacional, no por ello ha adaptado su Derecho interno a los principios que se contienen en ella, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países como Alemania, China o Turquía⁵¹⁶. El Código civil francés no ha experimentado una reforma en profundidad de su Derecho de las obligaciones, si bien se han presentado en los últimos

⁵¹⁶ Al Derecho alemán, como al chino, haré referencia en este apartado. En cuanto al Derecho turco, cabe decir que el nuevo Código turco de obligaciones (núm. 6098, Türk Borçlar Kanunu), publicado el 4 de febrero de 2011, entró en vigor el 1 de julio de 2012, siendo un texto específico de Derecho de obligaciones. El nuevo Código afronta los retos del mundo contemporáneo. Contiene 649 artículos y 22 capítulos, y adopta un lenguaje sencillo, a la vez que mantiene la estructura general y el diseño sistemático del anterior Código de obligaciones (núm. 818), que seguía el modelo del Código suizo de las obligaciones. Las principales novedades y cambios del nuevo Código son, entre otros, los siguientes: Términos contractuales standarizados (arts. 20-25); responsabilidad objetiva (art. 71); imposibilidad parcial de cumplimiento y fuerza mayor (art. 137); contratos de tracto sucesivo (art. 126); 61-469); etc. Hay cambios sustanciales en relación con la compraventa, el arrendamiento, el contrato de trabajo y las garantías. La reforma recibe influencia tanto de los Principios UNIDROIT como de la CISG. Para un estudio comparado del Código de obligaciones turco y los principios UNIDROIT, véase: Acar, H.; The new draft for the Turkish Code of obligations: The comparative study with the UNIDROIT Principles of International commercial contracts (http://journal.qu.edu.az/article_pdf/1006_60.pdf). Para una perspectiva comparada con la CISG, véase:

http://www.akellawfirm.com/yayinlar/FORMATION_OF_THE_CONTRACT_ACCORDING_TO_CISG_AND_TURKISH_LAW_COMPARED.pdf

años varias propuestas de reforma del mismo⁵¹⁷, como sucede en España, según vimos. Téngase en cuenta que España tomó como referencia el modelo francés (véanse, por ejemplo, los artículos 1484 y siguientes del Código civil español) y los países latinoamericanos reproducen también el mismo modelo (véase, por ejemplo, los artículos 1503 y siguientes del Código civil peruano), por lo que es característica común la regulación del incumplimiento de modo *salpicado* en la parte general del Derecho de obligaciones, a la vez que la regulación del saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa, heredera del Derecho romano en última instancia.

La doctrina francesa, apegada al prestigio del *Code* parece reacia a una modernización del mismo en la línea de una adaptación a los nuevos principios del Derecho internacional y uniforme, si bien a juicio de Bénédicte Fauvarque-Cosson, parece que las generaciones más jóvenes de juristas franceses traen nuevos aires en este sentido.

2.2. Alemania

Distinto del caso francés es el caso de Alemania, como veremos a continuación.

⁵¹⁷ Cabanillas Sánchez, A.; «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, 2007-II, pp. 621- 848. El autor comenta uno de los proyectos de reforma, al que luego han sucedido varios más, si bien ninguno de ellos ha llegado a plasmarse hasta el momento en el texto legal.

En relación con el Derecho alemán, algunos juristas chinos opinan que el Código Civil alemán (BGB 1900) distingue dos tipos de incumplimiento del contrato: la imposibilidad sobrevenida y el retraso⁵¹⁸. La jurista española María Teresa González-Palenzuela Gallego opina que en el Derecho alemán, se distinguen dentro de la inejecución de la prestación, la imposibilidad sobrevenida, el retraso y las infracciones positivas del contrato⁵¹⁹; Con ello, la autora hace referencia a una tercera forma, no citada por el anterior jurista chino: las infracciones positivas del contrato. Al respecto, la doctrina china explica que el Derecho alemán distinguió inicialmente dos formas de incumplimiento (imposibilidad y retraso) y que muy pronto, el jurista alemán Hermann Staub introdujo en 1902 la tercera categoría de las infracciones positivas del contrato, desarrollada después por la jurisprudencia alemana⁵²⁰.

En sede de compraventa, se encontraba tradicionalmente regulado el saneamiento por vicios ocultos, que dotaba a supuestos de cumplimiento defectuoso un peculiar régimen jurídico que, por ser especial, podía

⁵¹⁸ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 73.

⁵¹⁹ María Teresa González-Palenzuela Gallego, «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 504.

⁵²⁰ baike.baidu.com/view/1002249.htm. En este sentido, también véase en: Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible* (期前违约规则研究), Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003, p.92-93. baike.baidu.com/view/1002249.htm.

anteponerse a los remedios generales (siendo la diferencia de plazos para exigir responsabilidad en el régimen particular de la compraventa y en el del incumplimiento de la obligación muy notable)⁵²¹. Sin embargo, tras la reforma del BGB de 2002, se introducen modificaciones importantes en relación con el régimen jurídico del cumplimiento defectuoso: “la entrega de un bien con defectos de calidad puede ser considerada un caso más de incumplimiento, al que, sin más, le pueden ser aplicadas las normas reguladoras de este último”⁵²². De este modo, en Alemania, se supera la clásica doctrina romana del saneamiento por vicios o defectos ocultos (propio del contrato de compraventa romana), conduciendo hacia la noción general del incumplimiento del contrato este tipo de supuestos en la medida de lo posible.

⁵²¹ Véase en: María Teresa González-Palenzuela Gallego, «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 498: “El sistema alemán de responsabilidad contractual presentaba un elemento característico y distintivo que era considerado como uno de los rasgos más desafortunados del Derecho de obligaciones alemán: la falta de un concepto unitario de incumplimiento (*Nichterfüllung*) o, como se prefiere decir, de infracción del contrato (*Vetragsverletzung*), expresión ésta que abarcaba el no cumplimiento y otros supuestos como el cumplimiento defectuoso o tardío. En cambio el Código Civil alemán tiene una regulación muy detallada de los casos singulares en que el no cumplimiento del contrato consiste en que al deudor le resulta imposible la prestación (*Unmöglichwerden*), regulados en los §§ 275-283 y 323-325 BGB; y también contempla especialmente el supuesto en que, por algún motivo, el deudor no cumple en el tiempo debido, es decir, la mora del deudor (*Verzug*), prevista en §§ 284-289 y 326. En ambos casos, se considera que se ha presentado un obstáculo o un impedimento al cumplimiento (*Leistungsstörung*)”. (El texto anterior coincide básicamente con el original de la autora citada).

⁵²² Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 107.

Como ha explicado Zimmermann, una de las características de la reforma del BGB consiste precisamente en “el intento de integrar la responsabilidad por vicios ocultos, en la medida de lo posible, en el régimen general de la infracción del contrato”⁵²³. La reforma, sigue diciendo el autor, “se ha inspirado en los principios del Convenio de Viena”, por lo que cabe preguntarse si realmente obedece a una adaptación al Derecho europeo (impuesto por la Directiva de 25 de mayo de 1999, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo) o más bien se trata de una adaptación “al Derecho internacional, cuyo principal exponente es el Convenio de Viena”⁵²⁴. El autor explica el significado de este cambio de planteamiento: “para el vendedor nace la obligación de entregar un objeto libre de vicios. Antes de la reforma, se alegaba que el vendedor de una cosa concreta y determinada sólo debía ese objeto y no otro. Si resultaba defectuoso, no se estaba ante un incumplimiento. Más bien lo que sucedía es que si el vendedor respondía era como consecuencia de una garantía legal adicional (...). El fundamento teórico de la responsabilidad por vicios es que el vendedor no sólo está obligado a entregar el bien y transmitir la propiedad al adquirente, sino que,

⁵²³ Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 109.

⁵²⁴ Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 109.

además, debe entregárselo libre de vicios, tanto materiales como en el título”⁵²⁵.

2.3. España

En relación con España puede decirse que se halla a mitad de camino entre la posición francesa de resistencia al cambio y la posición alemana de implementación de los nuevos principios del Derecho contractual uniforme e internacional. Aunque no se ha llevado a cabo una reforma del Código civil español, existe –como vengo afirmando– una Propuesta de reforma de 1999 (PMCC), a la que pueden añadirse al menos dos iniciativas más (lideradas por el grupo ACTUALIZA y por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, respectivamente). Lo más notable, sin embargo, desde el punto de vista práctico, es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es sensible a los principios de la CISG desde hace muchos años⁵²⁶ y que la doctrina española avanza en esa misma dirección.

Así, por ejemplo, al estudiar la doctrina española, el jurista chileno Álvaro Vidal explicaba lo siguiente, haciéndose eco de la doctrina más

⁵²⁵ Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 111.

⁵²⁶ Por ejemplo, puede verse al respecto la tesis doctoral: Fenoy Picón, N.; *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, prólogo de Morales Moreno, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de estudios registrales, 1996.

pionera (que busca interpretar el Código civil conforme a los principios de la CISG) y apartándose de lo dispuesto en el Código civil (artículo 1101): «El concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el dato real (lo ejecutado por el deudor), y la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Fernando Pantaleón Prieto define el incumplimiento de la obligación como desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso. Por su parte, Antonio Morales Moreno considera más útil manejar el concepto de insatisfacción de interés negocial, para comprender mejor y entender en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio»⁵²⁷.

En el proceso de la modernización española del Derecho de obligaciones, el nuevo sistema español de responsabilidad contractual se puede caracterizar por unos rasgos, entre los cuales está la unificación de los diversos supuestos de incumplimiento bajo un concepto unívoco de incumplimiento contractual. El profesor Antonio Manuel Morales Moreno ha definido el incumplimiento contractual como «cualquier

⁵²⁷ Vidal Olivares, Álvaro; *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, pp. 176-177.

desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo»⁵²⁸.

De acuerdo con el profesor Antonio Manuel Morales Moreno, aparte de la unificación del supuesto de incumplimiento contractual, el nuevo sistema de responsabilidad contractual también se caracteriza por los siguientes rasgos: «el sistema articulado de remedios; la culpabilidad del deudor no es un requisito del incumplimiento; la inserción de la doctrina del riesgo en el ámbito operativo de la responsabilidad contractual y la modificación de la función de la pretensión de cumplimiento»⁵²⁹. Este modelo, que es el que recoge la PMCC, constituye una excelente referencia para los sistemas latinoamericanos, como veremos a continuación, y sería bueno que la Propuesta fuese aprobada para la reforma del propio Código Civil español, que aún no ha llegado.

2.4. Latinoamérica

En el Derecho de la mayoría de los países latinoamericanos, no existe una definición legal del incumplimiento, pues son herederos del Derecho francés y español o del tradicional Derecho civil continental europeo. Esta misma dificultad por alcanzar un concepto unívoco de incumplimiento la encontramos en China, por cuanto también distingue

⁵²⁸ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), Navarra, 2006, p. 29.

⁵²⁹ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), Navarra, 2006, pp. 29-35.

–a su vez- modalidades de incumplimiento, como veremos a continuación, pues China recibió también la influencia del Derecho civil continental, como antes expliqué.

En relación con el Derecho latinoamericano, un buen trabajo de Derecho comparado lo constituye, en este sentido, la obra *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, coordinada por Carlos Pizarro, en la que se suceden preguntas sobre el Derecho contractual dirigidas a estudiosos de los diversos países latinoamericanos que realizan un informe para responder a las mismas. Por esta razón, haré referencia al Derecho latinoamericano a través de los datos aportados por esta obra, como obra principal de referencia.

Por ejemplo, carecen de una definición legal del incumplimiento contractual tanto Argentina⁵³⁰, Brasil⁵³¹, Colombia⁵³², Chile⁵³³,

⁵³⁰ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 80.

⁵³¹ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 180.

⁵³² Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 268.

⁵³³ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p.348. En este mismo sentido: Álvaro Vidal, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 177.

Paraguay⁵³⁴, como Venezuela⁵³⁵, mientras que en el Derecho de Uruguay, existe una norma que define el incumplimiento contractual, el artículo 1342 del Código Civil, como «la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución. La doctrina y la jurisprudencia uruguayas consideran que “falta de cumplimiento de la obligación” refiere al incumplimiento definitivo y la “demora en la ejecución” al incumplimiento temporal. Dentro del incumplimiento definitivo se incluyen el incumplimiento parcial y el inexacto»⁵³⁶.

Aunque en el Derecho de los seis países latinoamericanos arriba mencionados no existe una norma que define exactamente el incumplimiento contractual, los Códigos civiles de estos países latinoamericanos muestran una diversidad de definición de la aproximación a la noción del “incumplimiento contractual”. Así, por ejemplo, las siguientes:

- El Código Civil de Argentina «se refiere en diversos artículos -como sinónimos- al “incumplimiento” (por ejemplo, arts. 505 y 511), la

⁵³⁴ «El *Código Civil* paraguayo no establece una definición expresa de “incumplimiento contractual”». Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 462.

⁵³⁵ «El el Derecho de Venezuela, no se define exactamente el incumplimiento». Véase en: Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 619.

⁵³⁶ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 530.

“falta de cumplimiento” (por ejemplo, arts. 513 y 520), o la “inejecución” (por ejemplo, arts. 519 y 521), pero nunca proporciona una definición de ellos. En general, la doctrina señala que dado que el cumplimiento consiste en la realización del programa de prestación debido por el obligado, todo lo que se aparte de tal realización será, en principio, incumplimiento⁵³⁷. Éste se define, entonces, por contraposición a lo que el obligado debía hacer para cumplir, pues consiste en “el comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento, y en consecuencia, falta de ejecución, o ejecución inexacta de la prestación⁵³⁸. Asimismo, existe una tendencia a adoptar una clasificación bipartita del incumplimiento, que lo divide en absoluto y relativo⁵³⁹. A su vez, dentro de este último suelen distinguirse el retardo en el cumplimiento (mora), el cumplimiento parcial y el cumplimiento defectuoso»⁵⁴⁰.

- En Colombia, «algunas normas del Código Civil dan luces para delimitar la noción, por ejemplo, el art. 1613 del Código Civil

⁵³⁷ Citado por el autor del informe de Argentina de *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* en la nota 175, p. 80: «Jorge A. Mayo, “La imposibilidad de cumplimiento”, p. 44».

⁵³⁸ Citado por el autor del informe de Argentina de *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* en la nota 176, p. 80: «Ramón D. Pizarro, Carlos G. Vallespinos, *Obligaciones*, p. 478».

⁵³⁹ Citado por el autor del informe de Argentina de *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* en la nota 177, p. 80: «Alterini (n.2), p. 591; Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto M. López Cabana, *Derecho de obligaciones*, 1995, p. 165».

⁵⁴⁰ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 80.

colombiano contempla que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”;

El art. 1614 del Código Civil colombiano –sigue explicando el informe- contempla que “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”;

El art. 1608 del Código Civil colombiano contempla que:

“El deudor está en mora:

1ª.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2ª.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3ª.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”»⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica*
300

Aunque –como hemos visto- en el Derecho colombiano no se define expresamente la noción del incumplimiento contractual, la jurisprudencia lo construye por su parte y, así, expresa lo siguiente: «Sabido es que para que la responsabilidad contractual se estructure, deben converger, entre otros, los siguientes requisitos: a) Liminarmente que se haya incumplido un deber contractual, ya porque no se ejecutó total o parcialmente la prestación debida, ora porque se ejecutó defectuosa o tardíamente; b) Que ese incumplimiento haya producido un daño, es decir, una lesión en el patrimonio del actor y, c) Que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo”»⁵⁴².

- El jurista chileno Álvaro Vidal expresa que, «en el *Código Civil* no existe una definición general de incumplimiento, ella se induce *contrario sensu* de las normas sobre la fuerza obligatoria del contrato (art. 1.545 *Código Civil*) y del medio de extinción de las obligaciones de pago (art. 1.567 y concordantes). Desde el ángulo del pago de las obligaciones el esquema cambia si la prestación de lo debido (art. 1.567) se lee como la realización de lo suficiente, según la regla contractual, para la satisfacción del interés del acreedor. De este modo, la *solutio* del deudor (efecto

(*Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*), Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 268, cita 190.

⁵⁴² Citado por el autor: «Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 4 de julio de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 6461, en www.cortesuprema.gov.co, visitada el 12 de enero de 2011», véase en: Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 268, cita 191.

liberatorio del pago) queda condicionada a la *satisfactio* del acreedor. Si el deudor no hace lo suficiente no hay *solutio* y ello justifica el tránsito desde efectos normales de las obligaciones a los efectos anormales cuyo presupuesto básico es el incumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones»⁵⁴³.

El autor sostiene que «(...) se induce que el incumplimiento consiste en la no realización de la prestación, sin interesar si ello ocurrió por culpa o dolo, o caso fortuito o de fuerza mayor»⁵⁴⁴. «El incumplimiento en su sentido más amplio se confunde con la no realización de la prestación o, en otros términos, con cualquiera desviación del programa o plan ideal de prestación inicialmente acordado por las partes.»⁵⁴⁵.

2.5. China

⁵⁴³ Vidal Olivares, Álvaro; *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 177.

⁵⁴⁴ Vidal Olivares, Álvaro; «La noción de *incumplimiento esencial* en el Código Civil», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 501. Artículo publicado también en la *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII Valparaíso, Chile, (1er. Semestre de 2009), pp. 221-258.

⁵⁴⁵ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 177.

Considerando la evolución histórica y la situación actual, podemos distinguir las siguientes formas de clasificar los tipos del incumplimiento del contrato en el Derecho chino.

2.5.1. Antes de la Ley de Contratos de China

Antes de que la Ley de Contrato de China entrase en vigor en el año 1999, había cuatro leyes que funcionaban y jugaban el papel de la Ley de Contrato en China, las cuales son los *Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China* (en inglés: GPCL), la *Ley de Contrato Económico*, la *Ley de Contrato Económica Extranjera* y la *Ley de Contrato de Tecnología*, entre las cuales el GPCL servía como la ley fundamental y las otras tres leyes servían en diferentes sectores particulares.

Estas cuatro leyes mencionadas han contemplado el incumplimiento del contrato, pero por la falta de uniformidad de las normas de sistematización del incumplimiento, han surgido problemas al respecto, como la superposición y solapamiento innecesarios de los conceptos, y el nombramiento del mismo concepto por varias clasificaciones y normas. Por ejemplo, el artículo 111 de los *Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China* clasifica el incumplimiento en dos tipos: la no ejecución de las obligaciones del contrato y cumplimiento

con falta de conformidad con el contrato; el artículo 116 de *los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China*, el artículo 38 y el artículo 40 de la *Ley de Contrato Económico de China* contempla el cumplimiento incompleto, el retraso en el cumplimiento y el retraso del acreedor respectivamente; la *Ley de Contrato Económico de China* contempla el retraso en el cumplimiento, el cumplimiento parcial, el pago con retraso, etc.

En total, la distinción y sistematización del incumplimiento del contrato en las cuatro leyes no era uniforme ni completa, lo cual dificulta que a las partes del contrato recurran a los remedios frente al incumplimiento, tampoco es propicio para los jueces en el ejercicio de la práctica judicial⁵⁴⁶.

2.5.2. Clasificación del incumplimiento en la Ley de Contratos de China de 1999

Con explica el jurista chino Li Xintian⁵⁴⁷, basada en la experiencia de las cuatro leyes anteriores, y con la introducción de las experiencias

⁵⁴⁶ Ofrezco la traducción del texto de Li Xintian, véase en: Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 19.

⁵⁴⁷ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, pp. 19-20. Ofrezco la traducción de algunos textos representativos de esta obra a castellano en la tesis.

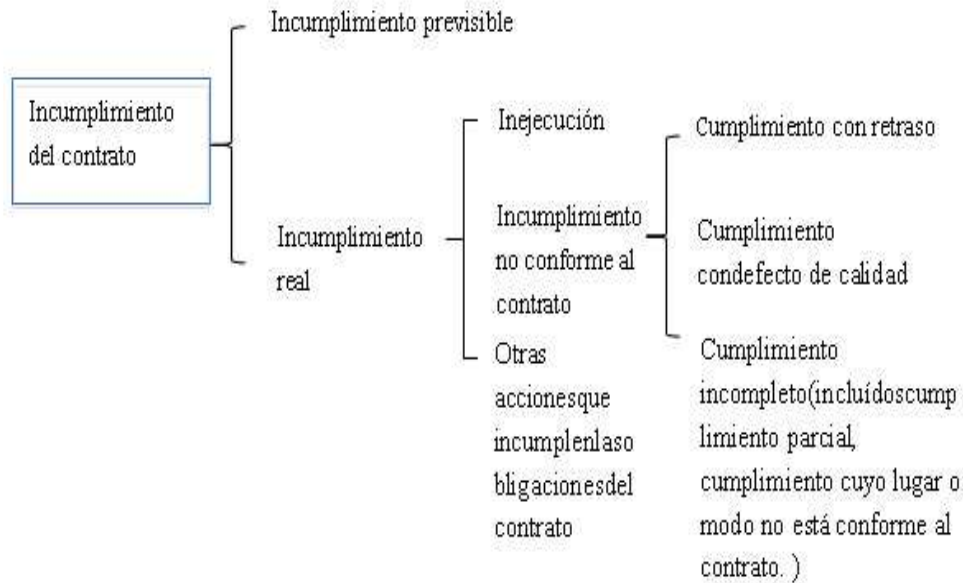
extranjas sobre la distinción y sistematización del incumplimiento del contrato, la Ley de Contratos de China de 1999 ha mejorado la clasificación del incumplimiento del contrato. Según ella, el incumplimiento del contrato se divide en dos tipos: el incumplimiento previsible y el incumplimiento real. El incumplimiento real se clasifica en tres tipos: la inejecución (la inejecución completa), cumplimiento pero falta de conformidad con el contrato y otras conductas que implican incumplimiento de las obligaciones del contrato. Estas últimas se refieren principalmente a acciones como el incumplimiento de las obligaciones legales de notificación, la asistencia y la confidencialidad y otras obligaciones legales⁵⁴⁸.

El jurista chino Li Xintian sostiene que, el cumplimiento con falta de conformidad con el contrato se clasifica en tres tipos: cumplimiento con retraso, cumplimiento con defecto de calidad y el cumplimiento incompleto (incluidos cumplimiento parcial, cumplimiento cuyo lugar o modo no está conforme al contrato)⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, pp. 19-20. Ofrezco la traducción de algunos textos representativos de esta obra a castellano en la tesis.

⁵⁴⁹ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 20. Ofrezco la traducción de algunos textos representativos de esta obra a castellano en la tesis.

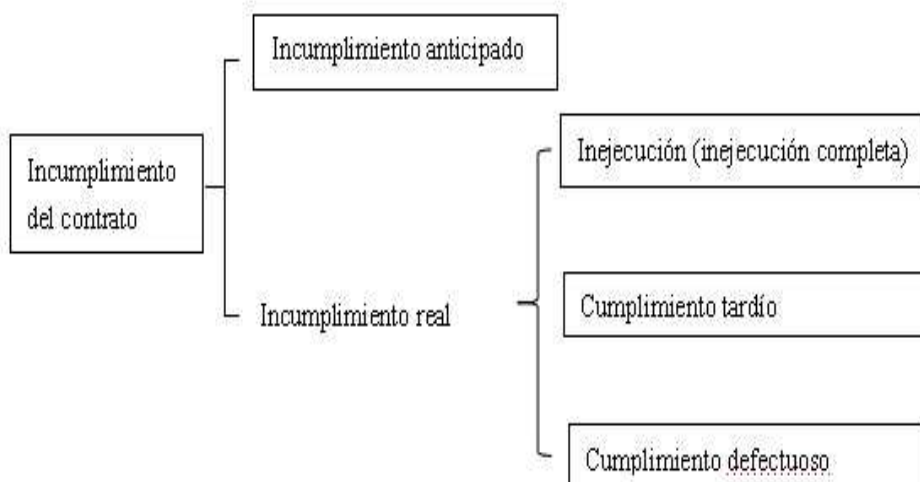
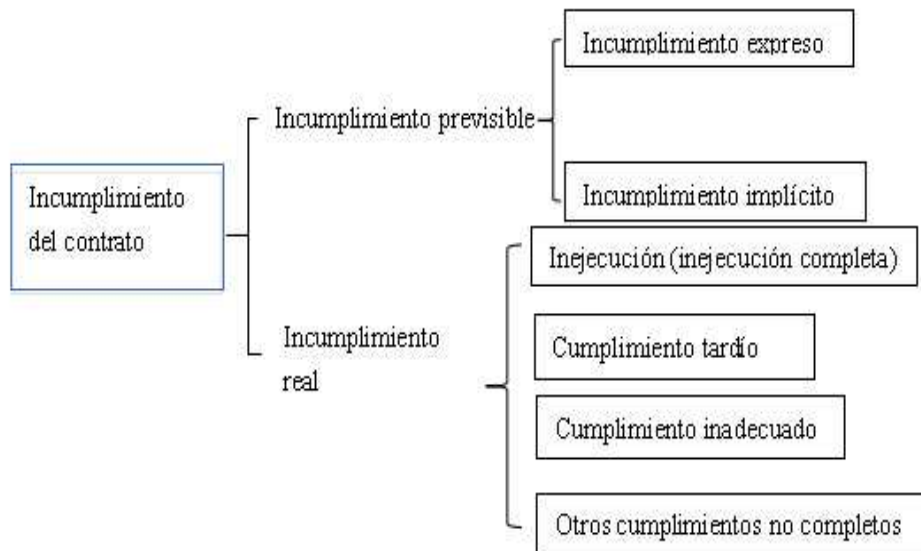
La clasificación arriba mencionada se puede visualizar por el esquema siguiente⁵⁵⁰:



El jurista Li Xintian sigue explicando que, hay dos formas más representativas de distinción y sistematización del incumplimiento del contrato en el ámbito académico de China, que vamos a visualizar en los esquemas siguientes⁵⁵¹:

⁵⁵⁰ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 20. Ofrezco la traducción del esquema en esta obra a castellano en la tesis.

⁵⁵¹ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 21. Ofrezco la traducción de estos dos esquemas en esta obra a castellano en la tesis.



3. El incumplimiento en el Derecho internacional uniforme y *soft law*⁵⁵²

Una vez vistas las divergencias a la hora de definir el incumplimiento en los diversos sistemas jurídicos, expondré a continuación las ventajas del sistema anglosajón y la influencia que –como consecuencia de ello– está ejerciendo en el ámbito jurídico dentro del contexto de armonización que impone el fenómeno de la globalización del mercado, a través de los textos internacionales y de Derecho uniforme de contratos (CISG y Principios UNIDROIT), que a su vez han influido también en el Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, CESL).

En el Derecho inglés y en los sistemas anglosajones encontramos un modelo que trata todas las formas de *breach of contract*, es decir, de incumplimiento del contrato, incluyendo la responsabilidad por

⁵⁵² Para una panorámica general del Derecho Internacional uniforme y del *soft law*, así como de su influencia en el movimiento armonizador y, especialmente, en el Derecho Privado Europeo, puede verse: Arroyo i Amayuelas, E.; “Estudio Preliminar”, *Textos básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación*, coordinado por Arroyo i Amayuelas, E./ Shulze, R./ Zimmermann, R Marcial Pons, 2002, pp. 17-66. Como explica la autora, «la idea de un Derecho común, superador de la disgregación legislativa actualmente representada por los códigos nacionales del siglo XIX, es muy anterior a la propia existencia de la Unión Europea y, en su origen, se proyecta incluso más allá del continente. Se inicia a finales del siglo XIX», p. 24.

cumplimiento defectuoso de la obligación bajo un concepto unívoco de incumplimiento⁵⁵³. El *Common Law* inglés ni pone énfasis, ni procede a la distinción y sistematización de las diversas causas de las que puede derivar el incumplimiento del contrato⁵⁵⁴, como ocurría por ejemplo en el Derecho alemán, donde se distinguió tradicionalmente dentro de los impedimentos a la prestación la imposibilidad sobrevenida, el retraso y las infracciones positivas del contrato⁵⁵⁵, o como sucede en general en la familia de sistemas de Derecho civil continental, como hemos podido comprobar. Incluso algunos juristas anglosajones opinan que la distinción y sistematización del incumplimiento no tiene sentido. Por lo tanto, en el *Common Law* inglés, los tribunales anglosajones determinan los remedios que la parte perjudicada puede obtener según los casos concretos y particulares del incumplimiento del contrato, sin formular una teoría sobre la distinción y sistematización del incumplimiento del contrato⁵⁵⁶.

⁵⁵³ María Teresa González-Palenzuela Gallego, “Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 504.

⁵⁵⁴ María Teresa González-Palenzuela Gallego, “Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 504; Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 73.

⁵⁵⁵ María Teresa González-Palenzuela Gallego, “Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p.504.

⁵⁵⁶ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社(Law press

Este tratamiento unitario del *breach of contract* se debe a una distinta concepción del contrato y de la obligación contractual en los ordenamientos del *Common Law*: el contrato es concebido como una promesa de garantía, más que como una promesa de un comportamiento determinado, y la obligación contractual es una garantía de un resultado determinado (*warranty*), más que un deber de realizar una conducta determinada⁵⁵⁷.

De este principio deriva el que si el resultado prometido no se ha realizado, esto es, si la garantía asumida por el deudor no se ha cumplido, entonces se ha producido un *breach of contract*, que literalmente significa una infracción o ruptura del contrato, es decir, un incumplimiento del contrato, y el deudor ha de responder por los daños y perjuicios causados a la otra parte. Pero, además, si la infracción del contrato es considerada esencial, entonces la parte perjudicada puede optar por resolver el

china), Beijing, 2013, p. 73.

⁵⁵⁷ Citado por la autora María Teresa González-Palenzuela Gallego, “Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999: «Es por eso que la responsabilidad contractual es concebida como una forma más de ejecución de la relación obligatoria, esto es, el pago de los daños y perjuicios era considerado como una ejecución por el equivalente que da lugar a la extinción del contrato; vid. Díez-Picazo Giménez, op. cit., pág. 282. En cambio, el cumplimiento *in natura*, *specific performance*, tiene un carácter excepcional en el Derecho inglés, siendo considerado un remedio de equidad. Vid. Zimmermann, op. cit., págs. 776 y ss.», véase en: María Teresa González-Palenzuela Gallego, “Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 505.

contrato, que de esta manera queda extinguido (*discharged*), y exigir el resarcimiento de los daños⁵⁵⁸.

Los conceptos de incumplimiento, de contrato y de obligación propios del *Common Law* fueron tomados como referencia en la CISG y en los Principios UNIDROIT, como veremos a continuación. Uno y otro textos, de Derecho internacional y *soft law* respectivamente, constituyen el resultado de elaborar un Derecho uniforme que está de hecho ejerciendo una influencia decisiva en el moderno Derecho de Obligaciones a todos los niveles, en la medida en que crece el número de países en que la doctrina y jurisprudencia toma los nuevos principios como referencia (por ejemplo, en caso de laguna legal, en la jurisprudencia española⁵⁵⁹) e incluso el Derecho interno es modificado o

⁵⁵⁸ María Teresa González-Palenzuela Gallego, “Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 505.

⁵⁵⁹ Perales Viscasillas, P.: La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho contractual europeo: De la mera referencia a la integración de lagunas, *La Ley*, nº 3, 2007, pp. 1750-1761.

También véase, entre otros: Perales Viscasillas, P.; *CISG&Arbitration, Spain Arbitration Review*, nº 10, 2011, pp. 63-84. La autora también ha destacado la importancia de estudiar mejor la CISG en caso de aplicarse por los Tribunales españoles: Schlechtriem, P. /Perales Viscasillas, P.; «Interpretación en clave nacional de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías», STPI de Tudela (España) de 29 de marzo de 2005, *Derecho de los negocios*, nº 180, 2005, pp. 23-34.

La CISG influye a su vez en los Principios de Derecho Contractual Europeo, como se indicó en su momento, que a su vez influyen en la jurisprudencia española. Entre otros, véase: Vendrell Cervantes, C.; *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, ZEuP : Zeitschrift für europäisches Privatrecht, nº 3, 2008, pp. 534-548. También en este sentido: Perales Viscasillas, P.; *Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo, Derecho Privado Europeo. Estado actual y perspectivas de*

modernizado en busca de una armonización jurídica con los nuevos principios, como se ha venido explicando anteriormente.

3.1. La Convención de Viena (CISG)

Como expresa el profesor Antonio Manuel Morales Moreno en su libro “La Modernización del Derecho de Obligaciones”, la idea unitaria de incumplimiento aparece en los arts. 45 y 61 CISG (el vendedor o el comprador «no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben»)⁵⁶⁰.

Anselmo Martínez Cañellas⁵⁶¹ (entre otros), explica que la CISG regula un sistema de remedios frente al incumplimiento que no se centran en el carácter esencial de la obligación incumplida, tal y como hacen los Códigos Civil y de Comercio español, sino en el que el incumplimiento sea esencial o no. Si el incumplimiento fuera esencial, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato. Dado que en el último capítulo de este

futuro, VV.Coords, Civitas, 2008, pp. 453-500.

Puede considerarse también el papel de estos nuevos principios en el arbitraje internacional. Entre otros, véase: Perales Viscasillas, P.; Principios de UNIDROIT y PDCE en el arbitraje internacional, Principios de Derecho Contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca (2007), 2009, pp. 157-175.

⁵⁶⁰ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 29.

⁵⁶¹ Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

estudio abordaré la cuestión más detenidamente desde la óptica comparativa entre China y América Latina que aquí nos interesa (entre otras materias relacionadas que he escogido para realizar un estudio comparado específico), conviene aquí dejar explicada la base sobre la que se asienta la CISG en esta materia, a fin de contar después con esta referencia. Seguiré para ello las explicaciones del autor citado.

Por incumplimiento esencial se entiende el incumplimiento por una de las partes “que cause a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación” (artículo 25 CISG). Esta definición exige un incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas sea en la CISG sea en el contrato.

El incumplimiento, con carácter general, debe obedecer a la acción u omisión de una de las partes independientemente de la existencia de culpa, siendo suficiente la voluntad expresa de incumplir para que un incumplimiento existente se convierta en esencial, según explica Anselmo Martínez Cañellas⁵⁶². Para ser esencial, el incumplimiento debe

⁵⁶² Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

causar un perjuicio a la contraparte, que le genere una privación sustancial de las expectativas que tenía al tiempo de celebrarse el contrato, objetivamente considerada.

El cumplimiento tardío de la obligación de entrega, de pago o de cualquier otra obligación no constituye en sí mismo un supuesto de incumplimiento esencial, aunque sí lo será si las partes han dado especial importancia al plazo o si ésta se deriva de la naturaleza de los bienes entregados.

El incumplimiento acumulado de varias obligaciones no dará lugar necesariamente a la calificación de incumplimiento esencial mientras la parte perjudicada no pierda el beneficio principal del contrato o el interés por el mismo aunque la importancia del perjuicio se aprecie con posterioridad.

En definitiva, se incurre en un incumplimiento esencial cuando éste supone la frustración de la finalidad del contrato, sin necesidad de que exista o no una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

La carga de la prueba del perjuicio y de su importancia corre a cargo del perjudicado. Se incluye un supuesto de exención, la imprevisibilidad objetiva del resultado perjudicial de tal acción u omisión en el momento de celebración del contrato. Este test de previsibilidad es fundamental por

tres motivos, a juicio de Anselmo Martínez Cañellas⁵⁶³: Primero, por su objetividad, que facilita su apreciación y agiliza el tráfico mercantil internacional frente a tests subjetivos; Segundo, porque invierte la carga de la prueba exigiendo al incumplidor la prueba de la imprevisibilidad; y, Tercero, porque el test de persona razonable introduce el elemento de culpabilidad o diligencia del incumplidor, aunque observado desde un prisma objetivo.

El incumplimiento puede ser parcial, en cuyo caso sólo se considerará esencial si la parte incumplidora priva sustancialmente de las expectativas totales del contrato, en cuyo caso cabría la resolución de todo el contrato (artículo 51 CISG).

Cuando la obligación de entrega es de tracto sucesivo, Anselmo Martínez Cañellas⁵⁶⁴ explica que el incumplimiento esencial de una de las entregas permite la resolución parcial del contrato referente a la misma, que podrá extenderse a futuras entregas si existen fundados motivos para inferir que respecto a ellas también existirá un incumplimiento esencial, y que permitirá la resolución de entregas ya efectuadas y de las futuras

⁵⁶³ Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

⁵⁶⁴ Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

cuando la falta de entrega de dicha remesa implique un incumplimiento esencial de la totalidad dada la interdependencia de todas ellas (artículo 73 CISG).

Cabe el incumplimiento previsible si resulta manifiesto que la contraparte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones por menoscabo en su capacidad para cumplirlas, o en su solvencia o en su comportamiento al disponerse a cumplir el contrato⁵⁶⁵. Más adelante me detendré en el análisis de este supuesto en particular, a fin de contrastar las analogías y diferencias en el tratamiento jurídico de este supuesto en China, España y Latinoamérica.

3.2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales

Como es sabido, los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales constituyen un modelo normativo propuesto para la contratación internacional, que puede ser libremente elegido por los contratantes para regular su relación contractual (*soft law*)⁵⁶⁶. Se han

⁵⁶⁵ Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears, p. 4.

⁵⁶⁶ Entre otros muchos, puede verse el trabajo siguiente: Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C.; “Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho*

publicado tres versiones sucesivas hasta el momento (en 1994, 2004 y 2010), manteniéndose la estructura básica y simplemente completando cada edición a la anterior, pues su objetivo es adaptarse a las necesidades de la contratación. Cuentan con el respaldo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional. En su elaboración convergen los estudios de Derecho comparado basados en las dos grandes familias jurídicas: la germano-romana y la anglosajona⁵⁶⁷.

A diferencia de la CISG, en los Principios UNIDROIT sí encontramos una norma cuyo objeto directo es definir el incumplimiento. Esta norma está contenida en el artículo 7.1.1. de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en su versión de 2010⁵⁶⁸), que dispone lo siguiente: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

Claramente, los autores de la norma optaron por un concepto amplio de incumplimiento contractual, de corte anglosajón. Se trata, además, de

transnacional, marzo 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.

⁵⁶⁷ Entre otros trabajos: Flores Doña, M^a de la Sierra; “Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional”, Congreso Internacional de La Rioja sobre Contratación y arbitraje mercantil Internacional 5-6 noviembre 2009, Universidad de La Rioja (http://eprints.ucm.es/9556/1/PC_Congreso_Rioja2009_Eprint.pdf).

⁵⁶⁸

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

un concepto objetivo de incumplimiento, que abarca cualquier tipo de defecto en la ejecución del contrato. Queda exonerado de responsabilidad el deudor en caso de fuerza mayor ("si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias", artículo 7.1.7).

Por otra parte, como en la CISG- no todo incumplimiento dará lugar al remedio resolutorio, sino sólo el esencial (artículo 7.3.1.1).

3.3. El Moderno Derecho europeo de contratos

El modelo de incumplimiento que encontramos en la CISG ha influido fuertemente en el Derecho europeo (además de en otros sistemas como el chino, el turco, etc.). En el Derecho Europeo de Contratos cabe destacar el esfuerzo de los académicos en compendiar las normas de forma sistemática.

Como es sabido, fruto de estos esfuerzos fueron –en primer lugar- los PECL y –posteriormente- el DCFR, del que emana la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea (CESL).

Antonio Manuel Morales Moreno ha explicado que la idea del incumplimiento la expresan los PECL en términos bastante elocuentes:

«“non- performance” denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to cooperate in order to give full effect to the contract» (art. 1:301 (4) PECL)⁵⁶⁹. Se observan grandes semejanzas entre este artículo y el concepto de incumplimiento de los Principios UNIDROIT.

Al comentar los PECL, Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno sostienen que, de acuerdo con el artículo citado, «el término “incumplimiento” denota el hecho de dejar de cumplir cualquier obligación nacida del contrato, se beneficie o no de exoneración, e incluye el cumplimiento tardío, el cumplimiento defectuoso y la falta de cooperación para que el contrato produzca plenos efectos»⁵⁷⁰.

Como vemos, los PECL parten de un concepto unívoco de incumplimiento contractual, que abarca los diversos tipos que se distinguen en la familia de los Códigos de Derecho civil continental. En este sentido, Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno sostienen lo siguiente: «En esta definición aparecen descritas y agrupadas las distintas manifestaciones o modalidades del incumplimiento», incluidos «la no ejecución de la obligación», «la

⁵⁶⁹ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 29.

⁵⁷⁰ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias, Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 321.

ejecución tardía de la prestación», «la ejecución o cumplimiento defectuoso (material o jurídico)» y «la falta de cooperación para que el contrato alcance plena ejecución»⁵⁷¹.

Los autores de dicho comentario a los PECL explican que «en los PECL hay incumplimiento incluso en los casos en que exista una causa de exoneración de las previstas en el art. 8.108, pues las causas de exoneración no excluyen en el uso de todos los remedios del incumplimiento, sino sólo el de algunos de ellos (*Comment*, p.125)»⁵⁷², lo que constituye una diferencia con el concepto del incumplimiento del Derecho inglés.

Esther Gómez Calle ha destacado la influencia del Derecho Europeo de contratos sobre la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones (2009, Comisión General de Codificación), que bien puede entenderse como la influencia que ambos reciben de los textos internacionales y del Derecho uniforme o, dicho de otro modo, del Derecho anglosajón: «El DCFR parte de un concepto de incumplimiento similar al de la PMCC»⁵⁷³.

⁵⁷¹ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias, Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, pp. 321-322.

⁵⁷² Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias, Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 322. Véase en “incumplimiento en el Derecho inglés” de esta tesis.

⁵⁷³ Esther, Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 39.

Como heredero del texto de los PECL, el artículo III.-1:101 (3) del DCFR contempla una definición del incumplimiento semejante a la anterior, pero más depurada: «*Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation*».

III. LOS REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Del mismo modo que hice al abordar el concepto de incumplimiento, explicaré a continuación con diversos ejemplos la pluralidad de sistemas y la necesidad de tomar como referencia el modelo de la CISG o el de los Principios UNIDROIT para afrontar los desafíos del mercado global.

En materia de incumplimiento contractual, la anterior afirmación equivale a proponer el sistema anglosajón como modelo, caracterizado por utilizar un concepto amplio y objetivo de incumplimiento, al que se asocia un haz de remedios de protección del acreedor, según veremos a continuación. Supone, además, para los países de la familia del Derecho europeo continental, abandonar el sistema especial de los saneamientos en materia de compraventa, anclado en los Códigos civiles. Esta

armonización del Derecho interno al Derecho internacional y uniforme ya la ha realizado en materia de incumplimiento contractual el Derecho chino, por lo que –sólo finalmente, tras explicar los remedios en la CISG- me referiré al modelo de mi país.

De otro lado, el Derecho español también ha avanzado en este sentido, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene interpretando el texto del Código civil conforme a la CISG en muchas ocasiones, como antes se explicó, y porque existe además la ya mencionada PMCC de 2009, que recoge este modelo. Por esta razón, también el Derecho español lo explicaré tras haber visto antes los remedios en la CISG.

1.El Derecho anglosajón como modelo

Como sostienen Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, debido a que en el Derecho anglosajón, «la construcción del contrato propia (...) no se basa en la idea de deber o de obligación, sino en la de garantía de un resultado a cargo del deudor»⁵⁷⁴, el *breach of contract* del Derecho anglosajón «permite a la parte insatisfecha utilizar un sistema de remedios más articulado que el de los ordenamientos continentales. La pretensión de cumplimiento *in natura*,

⁵⁷⁴ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 319.

tiene bastantes restricciones en el Derecho angloamericano; pero al margen de ella el contratante insatisfecho puede en todo caso reclamar indemnización de daños (*warranty*) y, en ocasiones, también la desvinculación contractual (resolución), si los términos del contrato a los que afecta el incumplimiento constituyen *condition* (tienen carácter esencial). En el Derecho angloamericano no existen remedios especiales, como las acciones de saneamiento de los ordenamientos continentales (por evicción, por vicios ocultos). El supuesto de tales acciones está integrado en su idea unitaria de incumplimiento»⁵⁷⁵.

2. Los PECL

En los PECL encontramos el sistema anglosajón de incumplimiento contractual consistente en un concepto amplio de incumplimiento que lleva asociado un conjunto de remedios. Como sostienen Luis Díez-Picazo, E.Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, «los remedios aplicables en caso de incumplimiento se hallan regulados en el Capítulo noveno de los PECL. Son: el derecho al cumplimiento, la suspensión del propio cumplimiento por el acreedor insatisfecho, la resolución, la reducción del precio, la indemnización de daños»⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, pp. 319-320.

⁵⁷⁶ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del*
323

Siguen explicando los autores: «En el sistema de responsabilidad de los PECL, como en el de la CISG, todos los remedios tienen como supuesto de aplicación el incumplimiento, aunque algunos remedios introducen otros requisitos en su aplicación. Así, por ejemplo, la resolución exige que el incumplimiento sea esencial (art. 8.103); y la indemnización de daños no se aplica en los casos en que exista una causa de exoneración (art. 9.501)»⁵⁷⁷.

3. Los países latinoamericanos

Por la actualidad y utilidad que tiene para este estudio de Derecho comparado, en este apartado tomaré como referencia la valiosa obra coordinada por Carlos Pizarro, antes citada⁵⁷⁸. Como veremos, Chile parece ser el país más avanzado en el movimiento modernizador del Derecho de obligaciones en la línea marcada por la globalización del mercado. Veamos algunos ejemplos del Derecho latinoamericano, en el que se reproduce el modelo del Derecho continental europeo por la influencia de los Códigos civiles francés, español y alemán en el proceso codificador y, por consiguiente, los remedios frente al incumplimiento no

Derecho europeo de contratos, p. 324.

⁵⁷⁷ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 325.

⁵⁷⁸ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012.

se hallan sistematizados sino *salpicados* tanto en la parte general del derecho de obligaciones como en la parte especial del derecho de contratos, estando vigente el régimen específico de los saneamientos en caso de vicios o defectos ocultos con sus breves plazos de tiempo para la reclamación por parte del acreedor⁵⁷⁹. Como veremos, en estos sistemas comienza a emplearse el término remedios (traducido del inglés *remedies*, empleado en la CISG), para referirse a las acciones o mecanismos de defensa del acreedor frente al deudor incumplidor, incorporando así un lenguaje jurídico globalizado.

3.1. Argentina

En relación con el Derecho argentino, en la obra coordinada por Carlos Pizarro antes mencionada se indica que el acreedor dispone los siguientes remedios generales frente a un incumplimiento contractual: el cumplimiento forzoso en especie; el cumplimiento forzoso por equivalente dinerario; y la acción para exigir daños y perjuicios. Este es el esquema general del Código civil español y de la generalidad de códigos latinoamericanos, según veremos, sin perjuicio de que existan además las acciones especiales de la compraventa y la posibilidad de

⁵⁷⁹ Por ejemplo, los artículos 1503 y siguientes del Código civil peruano.

resolver el contrato en caso de incumplimiento esencial (por considerar que existe una condición resolutoria implícita en el contrato⁵⁸⁰).

3.2. Colombia

En relación con el Derecho colombiano, en la obra coordinada por Carlos Pizarro antes citada se subraya como característica la semejanza entre los remedios frente al incumplimiento contractual en materia civil y los remedios frente al incumplimiento del contrato en material mercantil⁵⁸¹.

El Código Civil contempla cuatro remedios de que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual. Son los siguientes: La resolución del contrato, la ejecución forzosa⁵⁸², la indemnización por daños⁵⁸³ y la excepción de inejecución⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ En el caso español, artículo 1124 del Código civil.

⁵⁸¹ cita 205 de Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 274.

⁵⁸² El Código Civil, en su artículo 1546, dispone: «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios». Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012.

⁵⁸³ El Código Civil colombiano contempla en su artículo 1610 que: «Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes

El Código de Comercio colombiano contempla expresamente disposiciones particulares de la resolución, ejecución forzosa e intereses⁵⁸⁵. Así, en su artículo 870 dispone: «En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios»⁵⁸⁶. En relación con la compraventa mercantil, «el Código de Comercio consagra de forma expresa la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios con independencia de las acciones de resolución y de ejecución forzosa (artículo 925); Lo mismo sucede con la compraventa civil».

de la infracción del contrato». Y, en su artículo 1615 dispone que: «Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención» [cita 206 de Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 274].

⁵⁸⁴ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 274.

⁵⁸⁵ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 274.

⁵⁸⁶ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 275.

3.3 Chile

Como veremos a continuación, el Derecho chileno constituye un buen referente en América Latina para avanzar en la modernización del Derecho de Obligaciones en la línea que el presente estudio propone.

3.3.1. Recorrido histórico de la noción remedios en el Derecho chileno

La noción *remedios* todavía es nueva y extraña tanto para la jurisprudencia como para la doctrina tradicionales chilenas, si bien la doctrina chilena la ha acogido en los últimos años⁵⁸⁷.

El jurista chileno Carlos Wilson Pizarro, explica lo siguiente: «Ante el incumplimiento contractual el Código Civil provee de un régimen legal frondoso en que participan diversas acciones, ya sea para exigir el cumplimiento forzado, la resolución del contrato, el cumplimiento por equivalencia o la indemnización de perjuicios. Alguno de estos medios de defensa figuran bajo la expresión “responsabilidad contractual”, siendo indiscutible incluir el cumplimiento por equivalencia y la acción de indemnización de perjuicios. Por su parte el Código Civil chileno provee de diversas acciones al acreedor ante el incumplimiento del deudor.

⁵⁸⁷ Cfr. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 355.

Todas conviven sin mayor armonía en la práctica judicial sin concurrir una lógica que las explique. Este caos de los denominados remedios frente al incumplimiento ha sido denunciado por la doctrina nacional en forma reciente. En ciertas ocasiones el incumplimiento se traduce en forzar al deudor a la ejecución de la obligación –cumplimiento en naturaleza-. En ciertas situaciones procede un simple pago por equivalencia y en otras cumple una genuina función de reparación»⁵⁸⁸.

En la doctrina tradicional chilena, se considera que el cumplimiento forzoso⁵⁸⁹ es el remedio principal; la resolución es una solución extrema ya que extingue la relación contractual; y la indemnización de perjuicios se considera como una acción accesorio. En caso de incumplimiento contractual, el acreedor debe exigir la ejecución forzosa en primer lugar y, si no fuere posible, el acreedor puede pedir la resolución del contrato. En ambos casos, el acreedor puede exigir la indemnización de daños y perjuicios. No se encuentra en la doctrina clásica la sustitución alternativa de la prestación, ni la reducción del precio⁵⁹⁰. El sistema es, por tanto, como el que encontramos en el Código civil español.

⁵⁸⁸ Carlos Pizarro Wilson, «La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares, Colección textos de jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 300.

⁵⁸⁹ En la obra coordinada por Carlos Pizarro se emplea la expresión “forzado” en lugar de “forzoso”.

⁵⁹⁰ Cfr. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación

En materia de compraventa, el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, utilizando la expresión *remedios* a la que hacíamos alusión, explica que «en el derecho interno el comprador afectado por un vicio redhibitorio dispone de dos remedios: la resolución del contrato (rescisión) y la rebaja del precio, pudiendo optar indistintamente y sin restricciones por cualquiera»⁵⁹¹.

3.3.2. La reivindicación de una modernización por parte de la doctrina chilena

El jurista chileno Carlos Pizarro Wilson opina que «en Chile, el derecho de las obligaciones sobre incumplimiento contractual requiere una adaptación necesaria a la actual contratación, lo cual coincide con un movimiento legal, doctrinal y jurisprudencial a nivel de derecho comparado, siendo necesario construir un “sistema de remedios” que proteja en forma más adecuada el interés del acreedor, logrando superar la doctrina y jurisprudencia tradicional sobre la materia. Este es el desafío para la civilística nacional»⁵⁹².

Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 355.

⁵⁹¹ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 93.

⁵⁹² Carlos Pizarro Wilson, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, del libro *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares, Colección textos de jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 218.

Influidos, según explica el autor, por la modernización del Derecho de las obligaciones en Europa, la doctrina chilena del Derecho de contratos también articula los remedios frente al incumplimiento contractual, cuyo objetivo consiste en permitir al acreedor la satisfacción de su interés. Entre estos remedios se encuentran la pretensión de cumplimiento específico, o cumplimiento forzoso o cumplimiento *in natura*; la resolución por incumplimiento (de ejercicio judicial o extrajudicial por cláusula resolutoria); la indemnización por daños; la reducción del precio; la propia excepción de contrato no cumplido⁵⁹³.

«Podemos concluir que en Chile existe un contraste entre el anhelo de un sistema doctrinal de estructurar los remedios al incumplimiento a partir de una noción objetiva y neutra del mismo que coloca el énfasis en el interés del acreedor y, por otra, un sistema que funciona sobre la base de tres acciones con preeminencia del cumplimiento forzado sobre la resolución, a las cuales les acompaña la indemnización de perjuicios»⁵⁹⁴.

A mi juicio, está latente aquí la influencia indirecta de la CISG y de los Principios UNIDROIT (aunque sea, como dice el autor, mediante el

⁵⁹³ Cfr. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, pp. 355 -356.

⁵⁹⁴ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 356.

influjo recibido del Derecho Europeo de Obligaciones, ya que éste está a su vez influenciado por la CISG y los Principios UNIDROIT).

3.4. Paraguay

El Derecho paraguayo prevé como remedios frente al incumplimiento los siguientes, conforme a lo explicado en la citada obra de referencia: el cumplimiento específico, la suspensión del cumplimiento, la resolución, la reducción del precio (acción estimatoria), la acción redhibitoria y la indemnización de daños y perjuicios⁵⁹⁵. Por consiguiente, en este caso el autor ha considerado tanto los remedios generales como los específicos de la compraventa.

3.5. Uruguay

En Uruguay, los remedios frente al incumplimiento del deudor son, según el informe publicado en la citada obra de referencia, los siguientes: «Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor dispone de un conjunto de remedios de acuerdo con dos variables: si se trata de contratos unilaterales o bilaterales o si se ha configurado un incumplimiento definitivo o temporal (artículos 1341, 1342 y 1431 del CC).

⁵⁹⁵ Cfr. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 465.

En todos los contratos bilaterales, el acreedor puede pedir la ejecución forzada o la resolución del contrato, en ambos casos, más la indemnización de los daños padecidos. En los contratos unilaterales, el acreedor siempre puede pedir la ejecución forzada, pero sólo puede accionar la resolución del contrato si está prevista expresamente en la ley o así lo han pactado las partes.

A su vez, la ejecución forzada puede ser específica, en caso de incumplimiento temporal, o por equivalente, en el supuesto de incumplimiento definitivo.

Otros remedios, como la indemnización autónoma de daños, la reducción del precio o la suspensión de la prestación, se encuentran previstos por el sistema jurídico para supuestos específicos»⁵⁹⁶.

3.6. Venezuela

El sistema doctrinal venezolano tiene mucha semejanza con el sistema doctrinal chileno tradicional, es decir, antes del movimiento doctrinal chileno de la modernización del derecho de obligaciones. Las semejanzas son las siguientes: En primer lugar, igual que el sistema doctrinal chileno tradicional, el sistema venezolano también regula sólo

⁵⁹⁶ Cfr. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 536.

los clásicos remedios frente al incumplimiento contractual; esto es, el cumplimiento forzoso, la responsabilidad civil o posibilidad de exigir una indemnización por daños, la excepción de incumplimiento y la acción de resolución (los dos últimos son relativos a los contratos bilaterales)⁵⁹⁷.

En segundo lugar, la posición de estos remedios es igual. El sistema venezolano también coloca el cumplimiento específico (en el Derecho venezolano, se denomina como “el cumplimiento en especie”) como el remedio principal, favorecido por el principio de prioridad⁵⁹⁸. Por lo tanto, «desde el nacimiento de la obligación hasta el momento de su cumplimiento, el acreedor no puede constreñir a su deudor al pago de una prestación diferente, ni éste puede obligar al acreedor a recibir algo distinto»⁵⁹⁹.

3.7. Perú

⁵⁹⁷ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 626.

⁵⁹⁸ «El Derecho venezolano reconoce la prioridad de cumplimiento específico (en el Derecho venezolano, se denomina como “cumplimiento en especie”) en el artículo 1.264 de su Código Civil, que dispone lo siguiente: «Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención» [Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 626].

⁵⁹⁹ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 626.

Ya antes se hizo una breve alusión al Código civil peruano que, en efecto contiene, junto a los remedios generales en materia de incumplimiento contractual, el sistema de saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa (artículos 1503 y siguientes), como sucede en el francés o español y en la familia de códigos latinoamericanos.

3.8. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos (PLDC)

En el borrador que está discutiéndose de PLDC⁶⁰⁰, se dispone lo siguiente: «En caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela: 1. Cumplimiento específico; 2. Reducción del precio; 3. Resolución del contrato; 4. Excepción de contrato no cumplido, e 5. Indemnización de daños./ La indemnización de los daños podrá ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela»⁶⁰¹. El artículo siguiente al texto citado dispone así: «El cumplimiento específico

⁶⁰⁰ Véase en Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO, PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 250.

⁶⁰¹ Artículo * (De los medios de tutela del acreedor) de la Sección 2.a (Medios de tutela del acreedor), del Capítulo 2 (Incumplimiento de las obligaciones contractuales) [el texto está tomado de la noticia de Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO, PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 250].

procede siempre en las obligaciones dinerarias. / Tratándose de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes: 1. No procede cuando el cumplimiento sea imposible. Sin embargo, el acreedor puede exigir al deudor la cesión de las acciones y derechos que tuviere contra terceros. 2. 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. 3. No procede tampoco cuando se trate de una obligación inherente a la persona»⁶⁰².

En la misma sección, se dedica un artículo a la reparación y sustitución en los cumplimientos imperfectos o defectuosos, que dispone lo siguiente: «Tratándose de cumplimientos imperfectos, el cumplimiento específico comprende, con las mismas limitaciones del artículo anterior, la reparación o la corrección de la falta de conformidad o la sustitución. / La sustitución requiere siempre el incumplimiento esencial»⁶⁰³.

⁶⁰² Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO, PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 250.

⁶⁰³ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO, PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, pp. 250 - 251.

Se dedica otro artículo a la reducción del precio: «En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptarlo y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento, si hubiere existido cumplimiento. / La reducción del precio es incompatible con la indemnización de cualquier otro daño»⁶⁰⁴.

4. La CISG

«En la CISG el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor o del comprador hace surgir una serie de remedios, orientados a procurar satisfacción al interés del otro contratante. Todos estos remedios funcionan sin tomar en cuenta la culpa del deudor, lo que implica un sistema de responsabilidad objetiva⁶⁰⁵. De acuerdo con Antonio Manuel Morales, la lista de remedios es la siguiente⁶⁰⁶:

- a) La acción de cumplimiento;
- b) La facultad resolutoria;
- c) La excepción de contrato no cumplido;

⁶⁰⁴ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO, PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, pp. 250- 251.

⁶⁰⁵ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, pp. 213 - 214.

⁶⁰⁶ Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, pp. 214-220.

- d) La reducción del precio; y,
- e) La indemnización por daños y perjuicios.

Como afirma John Honnold, el sistema de remedios del incumplimiento contractual en la CISG está basado en el compromiso de que la parte incumplidora puede ser obligada a cumplir su obligación. El paquete de remedios, tanto del incumplimiento por los vendedores (Ch. II, Sec. III), como del incumplimiento por los compradores (Ch. III, Sec. III) empiezan con la regla ofreciendo el cumplimiento específico. Cuando el vendedor se desvia de cualquiera de sus responsabilidades contractuales (Art. 45(1)), “el comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones” (Art. 46(1)). Del mismo modo, si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben, “el vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia”⁶⁰⁷.

Me referiré a continuación, brevemente, a dos de estos remedios (el cumplimiento forzoso y la rebaja de precio), ya que en el capítulo siguiente trato los tres restantes (y (la excepción de contrato no cumplido

⁶⁰⁷ «the Convention's system of remedies for breach of contract is based on the premise that a party in breach may be compelled to perform his obligations.....», véase en: John Honnold, *Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1982, p. 221.

o suspensión del contrato, la resolución del contrato, y la indemnización por daños) con mayor profundidad.

A. Exigencia del cumplimiento en forma específica (*Specific performance*)

Como afirma el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, «en la CV, siguiendo los modelos del Derecho Civil continental, el cumplimiento específico es un remedio primario, bastando para su ejercicio el mero hecho del incumplimiento, a diferencia de lo que acontece con otros como es el de la resolución del contrato o el de la indemnización de daños, cuyo uso reclama de la concurrencia de otras condiciones siendo insuficiente la sola infracción contractual»⁶⁰⁸.

En cuanto al cumplimiento específico, en el artículo 28 de la CISG encontramos una regla general (*el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico*), y una excepción a la regla (*a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*). Dice así el precepto: «Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a

⁶⁰⁸ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 73.

menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención».

El artículo 46 de la Convención de Viena establece el derecho del comprador para exigir el cumplimiento del vendedor, y el artículo 62 regula el derecho del vendedor para exigir el cumplimiento del comprador. Lo hace en los siguientes términos:

Artículo 46 CISG: «1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia./ 2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento./ 3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que

se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento».

Artículo 62 CISG.- «El vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia».

John Honnold explica que, los artículos 46 y 62 de la CISG establecen que cada parte podrá ser “exigida del cumplimiento” por la otra parte. Esta regla general y amplio reflejaba el entendimiento de los delegados sobre los remedios proporcionados por algunos sistemas del Derecho civil continental⁶⁰⁹.

B. La reducción del precio

Sigo aquí la explicación que da la doctrina china sobre este remedio de la CISG. De este modo, los lectores latinos pueden comprobar la aproximación al mismo desde la perspectiva oriental o asiática. En particular, los comentarios del jurista chino Han Shiyuan⁶¹⁰, cuya traducción aporto a continuación:

⁶⁰⁹ John Honnold, *Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, p. 227.

⁶¹⁰ 韩世远(Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011; Véase en: 341

«CISG 第 50 条规定了减价 (*price reduction*) ，就此规定，是理解为对于大陆法继受自罗马法的减价之诉(*actio quanti minoris*) ，抑或理解为合同改订的一种情形，抑或理解为普通法(*common law*) 中的一种损害赔偿，看法并不统一。»

El artículo 50 de la Convención de Viena contempla la rebaja del precio. Hay varios puntos de vista sobre este artículo: se entiende este artículo como heredero de la *actio quanti minoris* del Derecho romano; o bien se comprende como un tipo de revisión y modificación del contrato; o también se comprende como un tipo de la indemnización por daños y perjuicios del Derecho anglosajón (*Common Law*) ; es decir, los puntos de vista no son uniformes.

«大陆法圈的文献倾向于持“合同的一部解除”或者合同改订的观点加以说明; »

La doctrina del Derecho civil continental tiende a apoyar el punto de vista de “resolución parcial del contrato” o modificación o revisión del contrato;

«而在普通法圈中，一方面引用大陆法圈的见解，又以之可以通过本来的损害赔偿加以处理，对于减价规定的设置表示怀疑，这样的文献也是存在的。»

La doctrina anglosajona, por un lado toma en cuenta los puntos de vista del Derecho civil continental, a la vez que –por otro lado- considera que se puede tratar como indemnización por daños. También hay recelos en torno a la disposición de reducción de precio como remedio.

«不过, 也有学者提示, 从 CISG 对于条文的安排来看, 减价(第 50 条) 被放在合同解除(第 49 条) 与出卖人的一部不履行(第 51 条) 之间, 故将减价放在合同的一部解除(*partial avoidance*) 的位置上, 也是可能的.»

Por su parte, algunos juristas chinos opinan que, desde el punto de vista de la organización de los artículos de la Convención, la rebaja del precio (artículo 50) se coloca entre la resolución del contrato (artículo 49) y el incumplimiento por el vendedor (artículo 51), por lo tanto, es posible poner la rebaja del precio en la posición de la resolución parcial del contrato.

John Honnold explica que, en el Marco de 1978, como en el artículo 46 de ULIS, la fórmula para la reducción del precio estaba basada en el ratio entre el valor del inconformidad y del conformidad de mercaderías “a la hora de la conclusión del contrato”. En la Reunión Diplomática, el punto de referencia fue cambiado a la hora de *entrega*. Este cambio evitó

a construir un valor teórico para bienes defectuosos que podían no existir a la hora del contrato⁶¹¹.

5. China

Los remedios frente al incumplimiento contractual en el vigente Derecho chino reciben la influencia de la CISG⁶¹². Por esta razón, al explicar a continuación el sistema de remedios en la Ley de Contratos de China de 1999, se harán referencias a la CISG. Como ya indiqué al tratar los remedios en la CISG, me ocuparé en este capítulo de algunos de ellos (cumplimiento forzoso, rebaja del precio e indemnización), dejando para el capítulo siguiente los dos restantes (resolución y suspensión del cumplimiento), ya que estos últimos serán objeto de un estudio más profundo.

Dada la importancia del trabajo del Han Shiyuan⁶¹³, seguiré en mi exposición su obra, junto con la de otros autores.

⁶¹¹ John Honnold, *Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, p. 313.

⁶¹² Rafael Domingo (ED.), *China, el dragón rampante, panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, SA, primera edición, Navarra, 2007, p. 122.

⁶¹³ Han Shiyuan, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tsinghua de China. Como licenciada en Filología Hispánica, considero parte de mi aportación en este trabajo la traducción al castellano de textos del gran jurista chino HAN SHIYUAN. Por esta razón, citaré textualmente sus textos y mis traducciones, a las que añadiré algunos comentarios personales y que completaré con la opinión de otros autores.

Los remedios frente al incumplimiento, en el Derecho chino, son los siguientes:

A. Cumplimiento en forma específica (*Specific performance*)

Ofrezco a continuación una traducción técnica original al español de los comentarios del prestigioso jurista chino antes citado (Han Shiyuan)⁶¹⁴:

« 中国合同法第 107 条作为违约责任的一般条款, 并列规定违约方“应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”, 肯定非违约方有履行请求权, 在通常解释上, 非违约方原则上具有选择救济方式的权利, 法院对于非违约方的选择有一定的裁量权。 »

El artículo 107 de la Ley China de Contrato establece la responsabilidad por el incumplimiento contractual: “la parte incumplidora deberá seguir cumpliendo los compromisos, tomar medidas correctivas, o compensar por daños y perjuicios”, y sin duda la parte no incumplidora tiene derecho a exigir el cumplimiento conforme a lo estipulado en el contrato. En principio, la parte incumplidora tiene el derecho a elegir el remedio, pero los tribunales tienen cierta discrecionalidad en la materia.

⁶¹⁴ 韩世远(Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

«中国合同法第 109 条规定了金钱之债的债权人的履行请求权，第 110 条规定了非金钱之债债权人的履行请求权。这种区分，虽然可以从形式上能够分别对应于 CISG 第 46 条和第 62 条，从实际内容上看，似乎没有鲜明的受 CISG 影响的痕迹。»

El artículo 109 de la Ley de Contrato de China establece el derecho del acreedor, cuando la obligación es dineraria, para exigir el cumplimiento; el artículo 110 establece el derecho del acreedor, cuando la obligación no es dineraria, para exigir el cumplimiento. Esta clasificación, formalmente puede corresponder al artículo 46 y al artículo 62 de la Convención de Viena. No obstante, del contenido real o de hecho, parece que no hay muchas influencias dejadas por la Convención en la práctica.

«中国合同法第 110 条针对非金钱债务规定了三种排除履行请求权的情形:

El artículo 110 de la Ley de Contrato de China establece tres tipos de circunstancias donde se excluye el derecho de exigir el cumplimiento, respecto a las obligaciones no dinerarias:

(1) 法律上或者事实上不能履行;

1^a. Cuando jurídicamente no es posible el cumplimiento o de hecho no es posible ;

(2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;

2^a . Cuando el sujeto de la obligación no es apto para el cumplimiento obligatorio o el coste del cumplimiento es demasiado alto.

(3) 债权人在合同期限内未要求履行。

3^a. Cuando el acreedor no exige el cumplimiento dentro de la vigencia del contrato.

与之相比, CISG 虽未作相似的规定, 但通过解释, 也可以获得相似的效果。»

Comparada con este artículo de la Ley de Contratos de China, la Convención de Viena no establece un artículo similar, pero a través de la interpretación, la Convención puede obtener el mismo efecto que el artículo mencionado de la Ley de Contratos de China⁶¹⁵.

«中国合同法第 111 条针对质量不符合约定, 规定了修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。其中的“修理、更换、重作”属于强制履行的表现形态, 被称作“补救的履行请求”。»

En cuanto a la falta de conformidad, el artículo 111 de la Ley de Contrato de China establece las responsabilidades, por incumplimiento de

⁶¹⁵ «比如, 学者指出, 在 CISG 中在货物交付原始不能场合并不妨碍合同成立, 由此引发是否可能就不能的给付请求履行的问题, 不过, 参照 CISG 第 46 条第 2 款和第 3 款, 有排...» 韩世远 (Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

contrato, como la reparación, la sustitución, la elaboración de nuevo, la devolución de mercancías y la reducción del precio o remuneración, entre las cuales la reparación, la sustitución y la elaboración de nuevo son manifestaciones de cumplimiento obligatorio, conocido como la “exigencia de cumplimiento” como remedio, de forma semejante a la CISG⁶¹⁶.

«与之相比，中国合同法第 111 条的规定比较富有弹性，“受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择”救济方式，这里的“合理”一词，其实也是在赋予裁判者以裁量权。」

Comparada con la Convención, el artículo 111 de la Ley de Contrato de China es relativamente flexible, “La parte perjudicada puede elegir razonablemente la forma de remedio de conformidad con la naturaleza del sujeto y la severidad de la pérdida”, donde la palabra

⁶¹⁶ «CISG 第 46 条第 2 款规定了更换，同条第 3 款规定了修理，并分别规定了相应的请求权要件，前者要求“此种不符合同情形构成根本违反合同”，且要求“必须与依照第 39 条发出的通知同时提出，或者在该项通知发出后一段合同时间内提出”；后者要求“必须与依照第 39 条发出的通知同时提出，或者在该项通知发出后一段合同时间内提出”。», 韩世远(Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

Ofrezco la traducción: El 2) del artículo 46 de la Convención de Viena establece la sustitución, y el 3) del mismo artículo establece la reparación, y con los elementos necesarios correspondientes al derecho de exigirlo respectivamente. El 2) exige que “la falta de conformidad “constituya” un incumplimiento esencial del contrato” y exige que “la petición de sustitución de las mercaderías “se formule” al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento”.

“razonablemente”, de hecho, también dota al juez del derecho de discreción.

«另外，修理、更换、重作，作为强制履行的表现形态，也要适用《合同法》第 110 条对履行请求权所做的限制.»

Además, la reparación, la sustitución, la elaboración de nuevo, como manifestaciones de cumplimiento obligatorio, también deben cumplir con las restricciones para el derecho a exigir el cumplimiento, regulado por el artículo 110 de la Ley de Contrato de China.

« 包括“债权人在合理期限内未要求履行”场合(第110 条第3 项) ， 排除债权人的履行请求权。 »

Si “el acreedor no exige el cumplimiento dentro de un período razonable de tiempo” (artículo 110.3 de La Ley de Contrato de China), se excluye el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento.

« 值得探讨的是，《合同法》第 110 条第3 项与《合同法》第 158 条所规定的检验期间(瑕疵发现期间) 的关系。我个人初步的意见是，二者所规定的属于同一类性质的问题，可将前者理解为一般规定(在总则部分) ， 将后者理解为特别部分(在分则部分)，并依特别法优先于一般法解决法律适用问题。 »

Vale la pena pensar la relación entre el artículo 110.3 y el artículo 158 de la Ley de Contrato de China. En este último, se estipula el periodo

de prueba (periodo durante el cual se encuentran defectos). Mi opinión personal –dice el autor- es que los problemas mencionados en los dos artículos son de la misma naturaleza, se puede entender el 3) del artículo 110 como disposición general, y el artículo 158 como disposición especial. Por lo tanto, en cuanto al problema de ley aplicable, lo solucionamos de acuerdo con que la ley especial tiene prioridad sobre la ley general.

B. La reducción del precio

« 中国合同法在总则第 111 条规定了“减少价款或者报酬”，在立法体系安排上，将减价规定在合同法总则，而不是像德国民法第 441 条规定在“买卖”部分（注：对于德国新债务法的规定，Zimmermann 教授不无遗憾地指出，鉴于新债务法起草人的总体目标是尽可能地将对隐蔽瑕疵的责任统合进规范违约的一般制度，看到在新的德国民法典中保留着分裂着的减价规定，真是让人吃惊。»

El artículo 111 de las Disposiciones Generales de la Ley de Contratos de China establece la rebaja del precio como remedio frente al incumplimiento contractual. Respecto a la organización de los artículos, hay una diferencia comparada con el Código Civil alemán: que el artículo de la rebaja del precio se encuentra en las Disposiciones Generales de la Ley de Contratos de China, mientras que el artículo 441 (de la rebaja del

precio) del Código Civil alemán se encuentra en la parte de compraventa. [Nota: Para las disposiciones del nuevo Derecho de obligaciones alemán, el profesor Zimmermann opina que, dado que el objetivo general de los redactores del nuevo Derecho de obligaciones de Alemania es integrar las responsabilidades por defectos ocultos en las disposiciones generales del incumplimiento, le sorprende que mantengan el artículo separado de la rebaja del precio en el nuevo Código Civil alemán (Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press 2005, pp.115 -116.)].

La PMCC española de la Comisión General de Codificación sí lleva a la Parte General este remedio (en el sentido apuntado por Zimmermann), como hace la Ley china.

Si bien la doctrina china no se ha interesado excesivamente por el debate sobre la naturaleza de la reducción del precio; las investigaciones realizadas al respecto prefieren encuadrar este remedio en el marco de la modificación del contrato, mejor que en el marco de la resolución parcial del contrato.

« 中国的学说对于减价的探讨尚不多见，既有的探讨将减价权理解成为一种形成权，同时认为与其将减价权建构在“一部解除”思想之上，不如建构在“合同变更”思想之上。 »

C. Indemnización de los daños y perjuicios

Este remedio lo trataré en el Capítulo 4 con mayor detalle. A esas explicaciones me remito en este punto.

6. España

Considerando la evolución histórica y la situación actual, como afirma la profesora Carmen Jerez Delgado, podemos decir que, la noción de «remedios», traducida de la expresión «*remedies*» del Derecho anglosajón, es consecuencia y muestra significativa de la aproximación entre el Derecho anglosajón y el Derecho civil continental. «La expresión «remedios» se refiere a los mecanismos de defensa de los que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual. Esta terminología- que es moderna y no está aun completamente asentada entre nuestros juristas-, ha sido defendida por la doctrina más autorizada y tiene visos de implantarse definitivamente, en un intento de simplificar el sistema vigente de mecanismos de protección del acreedor ante el incumplimiento, por un lado, y de armonización con el Derecho uniforme y europeo, de otro»⁶¹⁷.

⁶¹⁷ JEREZ DELGADO, Carmen; *La doctrina sobre los remedios frente al incumplimiento contractual en el moderno Derecho español de obligaciones*, trabajo inédito (conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá, 25 noviembre 2013), pp. 1-2. La autora

Explicaré en primer lugar el sistema vigente (que incluye los saneamientos en la compraventa) y después su superación en la PMCC (que traslada a la parte general de remedios frente al incumplimiento los clásicos saneamientos, superándolos).

6. 1. El sistema vigente en el Código Civil

Como afirma el jurista español Eugenio Llamas Pombo, «Son variadas las *clasificaciones doctrinales* de los medios de tutela del acreedor. En cualquier caso, lo que no es de recibo es englobar todos ellos dentro de una omnicomprendiva y vaga "responsabilidad contractual", como simplistamente se ha pretendido. Entre nosotros, la tipología más completa quizás sea la de DÍEZ-PICAZO, que abarca tanto la tutela preventiva del crédito frente a un racional y probable peligro de insatisfacción o lesión del derecho del acreedor, como la llamada "tutela represiva", que se actúa una vez frustrado tal derecho, al haberse consumado la insatisfacción, por falta de ejecución o ejecución defectuosa del deber de prestación del deudor. Dejando de lado los instrumentos preventivos, y las acciones de conservación de la garantía

cita a Fernando Pantaleón y a Antonio Manuel Morales Moreno entre los autores que introducen esta modernización en España, y que luego han sido seguidos por otros, como Fernando Gómez Pomar o Esther Gómez Calle.

patrimonial y de la solvencia, los remedios de que dispone el acreedor son los siguientes:

- a) Pretensión de cumplimiento, que conlleva la posibilidad de ejecución forzosa de la prestación.
- b) El cumplimiento por equivalente.
- c) Remedios especialmente establecidos para las relaciones obligatorias sinalagmáticas (que comprenden la reducción del precio, la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento).
- d) Resarcimiento de daños.
- e) Restitución del enriquecimiento injustificado del deudor a costa del acreedor (artículos 1186, 1683, 1777 y 1778 del CC, y 136, 138, 288 y 613 del Ccom) »⁶¹⁸.

El profesor Antonio Manuel Morales Moreno ha explicado la evolución del concepto de obligación hasta llegar al nuevo sistema de responsabilidad contractual. Con sus explicaciones, es fácil comprender lo que significa la transformación del sistema: En los Códigos civiles elaborados en el siglo XIX, que aún no hayan sido modernizados, podemos encontrar el modelo del saneamiento por vicios redhibitorios, como régimen de responsabilidad específico de la compraventa, que

⁶¹⁸ Eugenio Llamas Pombo, *La Compraventa*, Wolters Kluwer España, LA LEY Tratados, Madrid, 2014, pp. 595-596.

convive con los remedios generales frente al incumplimiento (debiendo aplicarse, en principio, la regla según la cual lo especial prima frente a lo general). «Bajo este modelo -explica Morales Moreno, refiriéndose al saneamiento-, el vendedor está, en cierta medida, vinculado en cuanto a las cualidades que debe tener la cosa (aquellas cuya ausencia la convierte en una cosa defectuosa). Esa vinculación consiste en quedar sometido al posible ejercicio, por el comprador, del sistema de remedios del saneamiento por vicios ocultos. Pero no implica que dichas cualidades sean contenido del deber de prestación del vendedor; que el comprador pueda exigirla, mediante la pretensión de cumplimiento, o que, en caso de ausencia de ellas, tenga derecho a ser indemnizado en la medida de su interés en la existencia de las mismas (interés positivo)»⁶¹⁹. Esto no parece ajustarse a un mercado como el actual (en el que es tan frecuente la producción de bienes en masa y la obligación de entregar cosa genérica), sino más bien a un mercado de bienes artesanales y a la obligación de entregar una cosa específica. De ahí el interés por la modernización del sistema, además de la ventaja de armonizar el Derecho interno con el Derecho internacional y uniforme.

⁶¹⁹ Antonio Manuel Morales Moreno, *Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa*, ADC, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 7. El autor cita: «por ejemplo, en los artículos 1626 ss. del Código civil francés, los apartados 459 ss. del BGB antes de 2002, los artículos 1857 ss. del Código civil chileno y los artículos 1484 ss. del Código civil español».

6.2. La Propuesta de Modernización del Código Civil (2009)

Como vimos, a diferencia de lo dispuesto en el Código Civil español en sede de compraventa (saneamientos), la CISG sí permite afirmar la obligación del deudor de satisfacer el interés contractual del acreedor, garantizándole el cumplimiento de sus expectativas conforme a lo dispuesto en el contrato. La jurisprudencia española ha evolucionado en este sentido acudiendo a las disposiciones aplicables en materia de incumplimiento conforme al régimen general de las obligaciones en el Código Civil⁶²⁰.

Pues bien, la PMCC de 2009 -elaborada por la Comisión General de Codificación- ha adoptado este concepto de obligación como garantía del interés contractual del acreedor. De este modo, la Propuesta supera el vigente régimen de los saneamientos, que se suprimiría del Código Civil, regulándose la materia por las disposiciones generales del Derecho de obligaciones.

Los remedios frente al incumplimiento en la PMCC han sido estudiados por Esther Gómez Calle⁶²¹. El artículo 1190 de la PMCC

⁶²⁰ Por ejemplo, puede verse al respecto la tesis doctoral: Fenoy Picón, N.; *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, prólogo de Morales Moreno, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de estudios registrales, 1996.

⁶²¹ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 43.

contempla los remedios frente al incumplimiento contractual: «En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos» que luego desarrolla en los artículos siguientes. Como afirma Esther Gómez Calle, «hay que añadir la suspensión del cumplimiento en las relaciones obligatorias sinalagmáticas, que se prevé en el artículo siguiente al citado, el art. 1191 PMCC, dentro de las “Disposiciones generales” del mismo Capítulo; probablemente esta ubicación se deba a que la facultad de suspender el cumplimiento también puede ser considerada como un límite a la pretensión de cumplimiento»⁶²².

IV. CONCLUSIONES

El incumplimiento contractual se explica de modo muy diverso en el Derecho anglosajón y en el Derecho civil continental. Esta diferencia está relacionada en parte con el distinto concepto de obligación que existe en uno y otro sistema (recordemos que en el Common Law se concibe la obligación como garantía del acreedor o deber del deudor de satisfacción

⁶²² Esther Gómez Calle, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 43.

del interés del acreedor mientras que en el Civil Law se identifica con el mero deber de prestación del deudor). Así, de una parte, el incumplimiento en el Derecho anglosajón es toda no satisfacción del interés contractual del acreedor; y, de otra, el incumplimiento en el Derecho civil continental es –en sentido estricto- la no prestación por parte del deudor, distinguiéndose una serie de modalidades de no satisfacción del interés contractual del acreedor que quedarían fuera de ese concepto de incumplimiento en sentido estricto (tales como la mora o el cumplimiento defectuoso), y que son reguladas, según el caso, en la parte general del Derecho de obligaciones de los códigos civiles y en la parte especial de contratos (en particular, los saneamientos en la compraventa). Esto hace que los mecanismos de defensa del acreedor frente al deudor se diversifiquen en los sistemas de Civil Law, mientras que en el Common Law los encontramos sistematizados en torno a un concepto único de incumplimiento contractual (remedies).

La CISG optó por el modelo anglosajón y emplea un concepto amplio de incumplimiento, que abarca –por tanto- toda no satisfacción del interés contractual del deudor, y que lleva asociado un sistema articulado de remedios (empleando la expresión del profesor Morales Moreno).

En busca de seguridad jurídica y eficacia en un mercado globalizado, ya algunos países de la familia del *Civil Law*, como Alemania o China, entre otros, han adaptado su Derecho interno a este modelo, optando por la armonización jurídica como vía de modernización de su Derecho de obligaciones. En otros países se observan intentos de modernización aún no fraguados (como España). A mi juicio, esta vía es adecuada, práctica y recomendable para todos los países de Derecho civil continental, ya que contribuye a simplificar y ordenar la materia del incumplimiento contractual, liberándola de un modelo que responde a una economía antigua (obligación de entrega de cosa específica) y adaptándose al actual mercado global y de producción en masa. De otra parte, el modelo puede aplicarse sin problemas a las compraventas de cosa específica celebradas entre particulares, que hay que tenerlas en cuenta porque siguen existiendo, en la medida en que es posible afirmar que, en esos casos, la satisfacción del interés del acreedor consiste en recibir exactamente el bien acordado y conforme a lo acordado.

Capítulo 4. TRES MANIFESTACIONES PRÁCTICAS DE LA NECESIDAD DE CONVERGENCIA EN EL ÁMBITO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

I.INTRODUCCIÓN

Tras haberme aproximado al concepto de incumplimiento y los remedios frente al incumplimiento contractual, abordaré a continuación tres cuestiones destacadas que, como anuncié en su momento, considero que merecen una especial atención desde una perspectiva de Derecho comparado. Como en el capítulo anterior, mi propósito es evidenciar la necesidad de estudios de Derecho comparado que, de un lado, contribuyan a aproximar nuestros respectivos sistemas jurídicos y, de otra parte, den a conocer que las semejanzas también existen entre nuestros sistemas y debemos partir de ellas como ventaja en este largo camino hacia la seguridad jurídica.

Las tres cuestiones que he elegido para profundizar en la materia del incumplimiento contractual llegando a las consecuencias prácticas de la

existencia de similitudes y diferencias entre los diversos sistemas objeto de nuestro estudio, son las siguientes:

En primer lugar, la suspensión del cumplimiento. Veremos en ese apartado una comparativa entre diversos remedios próximos entre sí que existen en el Derecho chino, en la CISG y en los sistemas de la familia de Derecho civil continental.

En segundo lugar, la resolución del contrato. Veremos en ese apartado cómo este remedio tiene su origen, en los ordenamientos de la familia continental, en la condición resolutoria implícita (por herencia del Código civil francés) y cómo, a partir de ahí, está evolucionando –por influencia del Derecho anglosajón, en muchos de los sistemas de esta familia.

Por último, la indemnización por incumplimiento contractual, en relación con la que estudiaré el criterio subjetivo de imputación de responsabilidad por culpa y la evolución hacia una mayor objetivación de la responsabilidad en diversos ordenamientos, como tendencia propia del Derecho globalizado de contratos.

II. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO: COMPARACIÓN ENTRE LA EXCEPCIÓN POR INSEGURIDAD (O LA EXCEPCIÓN POR INCERTIDUMBRE), LA *EXCEPTIO NON ADMIPLETI CONTRACTUS* Y EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO

La excepción por inseguridad (también se denomina como la excepción por incertidumbre) es una regla importante en materia de incumplimiento de la prestación contractual en el Derecho civil continental, que está contenida en el Derecho chino. Como veremos a continuación, existen otras figuras afines: en particular, la *exceptio non adimpleti contractus* y el incumplimiento anticipado, que conviene contrastar pues responden a distintos supuestos y tienen diversas consecuencias jurídicas.

1. La excepción por inseguridad

La excepción por inseguridad, consagrada en el Derecho chino, presenta caracteres propios que justifican su estudio detallado a fin de diferenciarla de las figuras afines que, como ella, permiten una suspensión del cumplimiento por parte del deudor en la relación sinalagmática.

1.1. *Concepto*

El gran jurista chino Shi Shangkuan⁶²³ ha definido así la excepción por inseguridad: “en el caso de que una parte tenga que cumplir en primer lugar (suele ser el acreedor⁶²⁴), si el patrimonio de la otra parte se reduce de forma significativa después del contrato, de modo que suponga un peligro para su cumplimiento, la parte que debe cumplir en primer lugar puede denegar su propio cumplimiento a menos que la otra parte proporcione una garantía del cumplimiento”. (en chino: “当事人一方应向他方先为给付者, 如他方的财产于订约后明显减少, 有难为对待

⁶²³ Shi Shangkuan (en chino: 史尚宽, 1898-1970), el jurista chino más prestigioso del periodo republicano de China. Cursó su licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Imperial de Tokio (esta universidad luego se ha cambiado el nombre a la Universidad de Tokio), luego fue a la Universidad de Berlín por el estudio de Derecho en dos años, después fue a la Universidad de París para el estudio de la economía política. Volvió a China en el año 1927 y fue profesor de la Universidad Zhongshan, la Universidad Central y la Universidad de política sucesivamente. En el año 1927, el Gobierno republicano empezó la legislación y en el año 1929 el Gobierno republicano nombró un grupo legislativo del Derecho civil y Shi Shangkuan es un miembro de este grupo. Shi Shangkuan jugaba un papel muy importante en la legislación del Derecho civil del periodo republicano de China, y se considera como el civilista más prestigioso de China. De su perfil (estudios de Derecho realizados en Japón, Alemania y Francia sucesivamente) y su papel en la legislación de periodo republicano, podemos deducir y se entiende la influencia del Derecho japonés y europeo dejada en la legislación china de este periodo. Fuente: Ji Pomin (纪坡民), “Shi Shangkuan: la persona No.1 del Derecho civil chino (史尚宽: 中国民法第一人), *Southern Weekly* (南方周末), día 17 de mayo de 2002, disponible en Southcn.com (南方网); baike.baidu.com/view/50872.htm; zh.wikipedia.org/wiki/史尚宽.

⁶²⁴ Ge Yunsong (葛云松), según el jurista chino Ge Yunsong, esta parte quien cumple en primer lugar suele ser el acreedor, Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible* (期前违约规则研究), Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003.

según el jurista chino Ge Yunsong, esta parte quien cumple en primer lugar suele ser el acreedor,

给付之虞时, 在他方未为对待给付或提出担保前, 得拒绝自己之给付。
„⁶²⁵).

En el Derecho español no se encuentra el concepto de la excepción por inseguridad, pero he encontrado una noción parecida, que es la suspensión del propio cumplimiento ante el *incumplimiento temido*, que significa que el acreedor puede suspender el propio cumplimiento cuando existe riesgo de incumplimiento por la otra parte, salvo que el deudor garantice el cumplimiento (arts. 1467 y 1502 del Código Civil).

Como explica Ángel Carrasco, este riesgo o temor ante el incumplimiento contractual ajeno no da lugar a la resolución del contrato, sino a la suspensión del propio cumplimiento, salvo lo dispuesto en el artículo 1503 del Código Civil⁶²⁶.

El ordenamiento español presenta tres posibilidades de reacción del acreedor ante el «incumplimiento simplemente temido» -explica Ángel Carrasco-, pese a que la regla general sea que antes del incumplimiento no existen remedios disponibles para el acreedor»⁶²⁷. Ante el

⁶²⁵ Citado por Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property”, *Journal of Henan University of Science and Technology (Social Science)*, Vol. 29, No.6, Dec. 2011, p.100; Shi Shangkuan (史尚宽), *Derecho de obligaciones (债法总论)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, 2000, p. 588.

⁶²⁶ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, primera edición, p. 869.

⁶²⁷ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, primera edición, p. 872.

incumplimiento temido, el acreedor puede: 1º) Suspender el propio cumplimiento (según hemos visto, arts. 1467⁶²⁸ y 1502⁶²⁹ del Código Civil); 2º) Resolver el contrato cuando exista «fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble y el precio» (art. 1503⁶³⁰ del Código Civil, previsto para la compraventa y a favor del vendedor); y 3º) la facultad general de solicitar el vencimiento anticipado de la obligación (art. 1129 del Código Civil⁶³¹). De estas tres situaciones, como antes

⁶²⁸ El artículo 1467 del Código Civil español contempla que, «Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido. »

⁶²⁹ El artículo 1502 del Código Civil español contempla que, «Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago».

⁶³⁰ El artículo 1503 del Código Civil español contempla que, «Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. / Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1.124».

El Artículo 1124 del Código Civil español contempla que,

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

⁶³¹ El artículo 1129 contempla que, «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3º. Cuando por

indiqué, la que se asemeja a la solución del Derecho chino (ante la inseguridad o incertidumbre del cumplimiento ajeno) es la primera. «En los artículos 1502 y 1503 CC se exige (y basta) un “fundado motivo” para temer el incumplimiento», pero mientras que el primero admite sólo la suspensión o excepción al propio cumplimiento, el segundo admite la resolución del contrato. «El temor fundado ha de estar basado en una causa sobrevenida»⁶³².

1.2. Derecho comparado

La excepción por incumplimiento se distingue –como veremos en su momento- de la *exceptio non adimpleti contractus*. Trataremos a continuación de avanzar algo más en el perfil de esta figura en los distintos ordenamientos objeto de nuestro estudio, para compararla después con las figuras afines.

1.2.1. Alemania

actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

⁶³² Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, primera edición, pp. 872- 873.

El §321 del BGB contempla la excepción por inseguridad (*Unsicherheitseinrede*)⁶³³. Aunque se ha afirmado que los §§ 320 y 321 del BGB son disposiciones sobre la *exceptio non adimpleti contractus*⁶³⁴, la percepción de los juristas chinos es distinta: Para ellos el § 320 BGB recoge la *exceptio non adimpleti contractus*, pero el § 321 BGB establece la excepción por inseguridad⁶³⁵.

Veamos a continuación el texto original del § 321 BGB, y su traducción en nota a pie de página:

«(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird./ (2) Der

⁶³³ Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, p. 100; Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 56.

⁶³⁴ María Cruz Moreno, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p.16.

⁶³⁵ Véase en: baike.com/wiki/不安抗辩权; Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, pp. 100-103.

Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten»⁶³⁶.

1.2.2. Francia

El Código civil francés (*Code civil*) no cuenta con la disposición general de la excepción por inseguridad, pero el artículo 1613⁶³⁷ establece que, en el contrato de compraventa, el vendedor tiene el derecho a denegar la entrega del objeto bajo la condición de que el comprador no sea capaz de pagar. A juicio de algunos juristas chinos, en comparación con el BGB, las disposiciones de BGB son más razonables,

⁶³⁶ «§ 321 Excepción por incertidumbre / (1) El que se ha obligado por un contrato bilateral a cumplir anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe cuando después de celebrarse el contrato se ponga de manifiesto que su pretensión a la contraprestación pelagra por la escasa capacidad de la contraparte. El derecho a denegar la prestación decae cuando se efectúe la contraprestación o se preste garantía para ella. / (2) El obligado a cumplir en primer lugar puede establecer un plazo razonable dentro del cual la contraparte deba efectuar la contraprestación inmediatamente a la prestación del primero o le preste una garantía, a su elección. Una vez transcurrido el plazo sin éxito, el obligado a cumplir en primer lugar puede resolver el contrato. Será de aplicación lo dispuesto por el § 323», María Luisa Vives Montero; «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, TOMO LV, FASCÍCULO III, Julio-septiembre, 2002, pp. 1261-1262.

⁶³⁷ También a juicio del jurista chino Li Xintian, este artículo es la disposición de la excepción por inseguridad. Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 56.

por lo que son adoptadas por muchos países de Derecho civil continental⁶³⁸.

1.2.3. China

La excepción por inseguridad se toma en el Derecho chino siguiendo el modelo alemán (pero no sólo de éste, según veremos), y se denomina “不安抗辩”, El primero de estos caracteres “不” significa «no»⁶³⁹, o «contrario a; in-; im-»⁶⁴⁰ que es una palabra negativa; el segundo carácter “安” significa «tranquilo, seguro⁶⁴¹; quieto⁶⁴²», etc.

不安 (*bu an*): intranquilo; inquieto⁶⁴³; intranquilo; inquieto; preocupado⁶⁴⁴.

⁶³⁸ Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, p.100. Ofrezco una traducción del texto original en chino del autor. El texto original en chino es lo siguiente: 《法国民法典》没有不安抗辩权的一般性规则,只在 1613 条规定了买卖合同中卖方在买方支付不能情况下不交付标的物的权利。相比较而言,德国法的规定更为合理,因此被许多大陆法国家所采纳。

⁶³⁹ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 22.

⁶⁴⁰ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 149.

⁶⁴¹ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 2.

⁶⁴² Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 3.

⁶⁴³ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 40.

⁶⁴⁴ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 22.

El tercer carácter 抗 (*kang*), significa resistir, luchar contra, rechazar, negarse a, anti-⁶⁴⁵; o -si acudimos a otro diccionario- resistir, hacer frente, luchar contra; rechazar, rehusar⁶⁴⁶.

El cuarto carácter 辩 (*bian*) se traduce por discutir, debatir⁶⁴⁷, o –según el diccionario empleado- argumentar; discutir⁶⁴⁸. Por último, 抗辩 (*kang bian*) significa contradecir⁶⁴⁹.

Pues bien, según los juristas chinos, la Ley de Contratos de China de 1999, por un lado, adopta el derecho a la excepción por inseguridad o la excepción a causa de incertidumbre; y, por otro lado, también absorbe el sistema del incumplimiento anticipado (*anticipatory breach*) que se originó en el Derecho anglosajón⁶⁵⁰.

Los artículos 68 y 69 de la Ley de Contratos de China de 1999 son disposiciones sobre la excepción por causa de incertidumbre. A continuación desglosaré el contenido de estos artículos ofreciendo como

⁶⁴⁵ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 299.

⁶⁴⁶ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 184.

⁶⁴⁷ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p17.

⁶⁴⁸ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 29.

⁶⁴⁹ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 299.

⁶⁵⁰ El texto original en chino es lo siguiente: «在中国合同法中, 一方面采纳并规定了不安抗辩权, 另一方面, 也吸收了发端于普通法的先期违约制度». véase en Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: 违约形态比较研究 (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005.

aportación su traducción técnica-jurídica al castellano:

El artículo 68 contempla que,

«应当先履行债务的当事人, 有确切证据证明对方有下列情形之一的, 可以中止履行。»

«La parte que debe realizar primero el cumplimiento, podrá suspenderlo si tiene pruebas concluyentes que demuestren que la otra parte se encuentra bajo cualquiera de las siguientes circunstancias:»

«(一)经营状况严重恶化;»

«(1). Que el negocio (actividad económica) de la otra parte se ha deteriorado seriamente;»

«(二)转移财产、抽逃资金, 以逃避债务;»

«(2). Que la otra parte se ha involucrado en la transferencia de activos, o la retirada de fondos con el propósito de evadir el pago de las deudas (fraude de acreedores);»

«(三)丧失商业信誉;»

«(3). Que la otra parte ha perdido su reputación empresarial;»

« (四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形; »

«(4). Que la otra parte se encuentra en otras circunstancias que causarán o podrán causar la pérdida de su capacidad de cumplimiento de las obligaciones.»

«当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。»

«Si una parte suspende su cumplimiento sin pruebas concluyentes, será responsable por el incumplimiento de contrato.»⁶⁵¹.

El artículo 69 de la Ley de Contratos de China contempla la forma de ejercicio del derecho de excepción por causa incertidumbre:

⁶⁵¹ La versión inglesa de este artículo es la siguiente:

«Article 68 The party which ought to discharge its debts first may suspend the discharge if it has truthful evidence to prove that the other party falls under any of the following situations:

(1) business operations seriously deteriorating;

(2) diverting properties and withdrawing capital to evade debts;

(3) falling into business discredit; or

(4) other situations showing inability or possible inability to meet liabilities.

A party that suspends the discharge without truthful evidence shall bear the liability for breach of contract». Fuente: página web oficial de la Asamblea Popular de la República Popular de China (véase en: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Frameset-page2.html>).

«第 69 条规定,当事人依照本法第 68 条的规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。»

«Si una parte suspende su cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de esta Ley, lo notificará oportunamente a la otra parte. Si la otra parte da garantías apropiadas para su desempeño, la parte primera tiene que reanudar su cumplimiento. Después de que se suspendió el cumplimiento de la prestación, si la otra parte no recupera su capacidad de cumplir ni logra proporcionar una garantía adecuada en un plazo razonable, la parte que suspende el cumplimiento podrá resolver el contrato.»⁶⁵²

En relación con la primera de las causas que justifican la excepción por inseguridad, las circunstancias que equivalen a «que el negocio de la otra parte se ha deteriorado seriamente» son las siguientes (artículo 68 de la Ley de Contratos de China)⁶⁵³:

⁶⁵² La versión inglesa de este artículo es la siguiente:

«Article 69 Where a party suspends the discharge of its debts in accordance with the provisions of Article 68 of this Law, it shall promptly notify the other party of the suspension. The party shall resume the discharge when the other party provides a guarantee. The party that has suspended the discharge may dissolve the contract if the other party has failed to regain its capability of meeting its liabilities and to provide a guarantee within a reasonable period of time». Fuente: página web oficial de la Asamblea Popular de la República Popular de China (véase en: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Frameset-page2.html>).

⁶⁵³ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: Wei

«(1). 公司或企业资不抵债，申请或被申请破产清算；»

«(1). La sociedad o la empresa está insolvente y está solicitando la liquidación;»

«(2). 公司或企业拖欠工人工资3个月以上；»

«(2). La sociedad o la empresa lleva más de tres meses con retraso del pago de salarios de los trabajadores;»

«(3). 公司或企业停产或半停产；»

«(3). La sociedad o la empresa había totalmente o parcialmente liquidado o concluido las actividades productivas;»

«(4). 公司或企业被有关部门吊销执照；»

«(4). La licencia de la actividad de la sociedad o la empresa está revocada por las autoridades;»

«(5). 公司或企业被有关部门决定撤销；»

«(5). La sociedad o la empresa está anulada por las autoridades;»

«(6). 公司或企业的银行账号被冻结，查封，厂房或生产设备被

查封，无法正常生产经营；»

«(6). La cuenta bancaria de la sociedad o la empresa está bloqueada e incautada, la fábrica o el equipo fue cerrado, dando lugar a la imposibilidad de la producción y el funcionamiento normal;»

« (7). 公司或企业发生重大经营或非经营性亏损，资产遭受重大损失； »

«(7). La sociedad o la empresa sufre un déficit significativo, en su actividad comercial o no comercial, que causa la pérdida grave de los activos de la sociedad o la empresa.»

«(8). 公司或企业经营发生重大变化，无法正常生产经营； »

«(8). La sociedad o la empresa sufre cambios significativos en su negocio, que afectan negativamente a la producción y el funcionamiento normal de la sociedad o la empresa;»

« (9). 公司或企业涉及诉讼，有可能被判令承担重大责任，等等。
»

«(9). La sociedad o la empresa está involucrada en un litigio, es posible que sea condenada a cargar con una responsabilidad importante, etc.».

Cabe mencionar que, las condiciones para ejercer la excepción de inseguridad, establecidas en la Ley de Contratos de China -como explica Li Xintian⁶⁵⁴-, no solamente se refieren a prestaciones económicas de la otra parte, sino además a los casos en que la otra parte ofrece una prestación de carácter personalísimo y la consideración a su persona –por tanto- fue tomada en cuenta al tiempo de contratar: si su condición física o psíquica se deteriora, también se puede ejercer la excepción. Así el autor indica: «la parte que debe cumplir las obligaciones en primer lugar, también puede ejercer la excepción por causa incertidumbre, por ejemplo, en el caso de un contrato firmado con un cantante, si el cantante está hospitalizado, y su condición física demuestra que no podrá realizar la interpretación ni cumplir el contrato»⁶⁵⁵.

2. La *exceptio non adimpleti contractus*

El jurista español Eugenio Llamas Pombo ha explicado el origen de la figura de la «*exceptio non adimpleti contractus*» del siguiente modo: «Del *consensus* de comprador y vendedor respecto de cosa y precio, que

⁶⁵⁴ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, pp. 82-83.

⁶⁵⁵ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 82.

perfecciona el contrato, surgirán de manera simultánea las obligaciones de entrega y de pago. Ninguna de las partes podrá exigir a la otra que cumpla con su obligación sin antes haber cumplido la que le corresponde, como enseña ULPIANO. Respecto del vendedor, si seguimos a PAULO, tampoco podrá reclamar el precio sin entregar antes la cosa. Esta correlación entre obligaciones de *bona fides*, implica la posibilidad de excepción del cumplimiento, como acertadamente afirma SCHULTZ, cuando la obligación recíproca aún no ha sido cumplida, lo que se corresponde con lo que los canonistas denominarán, posteriormente, *exceptio non adimpleti contractus*»⁶⁵⁶.

2.1. Concepto

La jurista María Cruz Moreno ha definido así la figura: «La *exceptio non adimpleti contractus* es un remedio defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca para que pueda negarse legítimamente a la ejecución de la prestación por él debida, en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la contraprestación que se le debe»⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ Eugenio Llamas Pombo, *La Compraventa*, Wolters Kluwer España, LA LEY Tratados, Madrid, 2014, pp. 80-81.

⁶⁵⁷ María Cruz Moreno, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 11.

Como antes indiqué, este remedio es distinto de la excepción por inseguridad, ya que esta última está prevista para supuestos en que una de las partes contratantes tiene que cumplir en primer lugar, mientras que la *exceptio non adimpleti contractus* contempla el carácter sinalagmático del contrato, que legitima a un contratante para negarse a cumplir entre tanto el otro no lo haya hecho, cuando está prevista la ejecución simultánea.

En cuando a los efectos de la *exceptio non adimpleti contractus*, el jurista español Luis Díez-Picazo ha explicado lo siguiente: «La excepción de incumplimiento contractual constituye una medida de defensa del demandado, fundada en la regla del sinalagma funcional, de la simultánea ejecución de las prestaciones y del mantenimiento del equilibrio patrimonial propio de las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Su efecto primordial es, por ello, como dice ESPÍN, una suspensión provisional del cumplimiento de la obligación del demandado. Desde el punto de vista sustantivo, la excepción no destruye ni extingue el derecho reclamado por el actor y sólo impone una dilación en el cumplimiento, que queda subordinado a su simultaneidad con la prestación de la parte demandante, de manera que neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero no lo extingue. Naturalmente, todo ello debe entenderse fundado en el hecho de que el demandado ha preferido ejercitar la excepción de incumplimiento, aun cuando tuviera en su mano la posibilidad del ejercicio de una acción resolutoria, que podía haber puesto

en marcha por vía reconvenicional. / Desde el punto de vista procesal, la excepción de incumplimiento determina la desestimación de la demanda. Sin embargo, el actor podrá iniciar una reclamación mejor fundada, tras cumplir su propia obligación, pues en este caso no puede funcionar la excepción de cosa juzgada, ya que la causa petendi y los hechos que fundamentan la segunda demanda son parcialmente distintos de los de la primera»⁶⁵⁸.

2.2. Derecho comparado

«Actualmente puede decirse que en casi todos los Ordenamientos, de un modo u otro, se reconoce la regla de la excepción de contrato no cumplido»⁶⁵⁹.

Como antes indiqué, la mayoría de los juristas chinos consideran que el antiguo § 320 del BGB trata sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, y el § 321 se refiere a la excepción por inseguridad. Sin embargo, también hay algún jurista chino que considera que tanto el § 320 como el 321 del BGB son disposiciones sobre la *exceptio non adimpleti contractus*⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Luis Díez-Picazo; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 806-807.

⁶⁵⁹ María Cruz Moreno, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p.16.

⁶⁶⁰ Zhang Jinhai, Lun Shuang Wu He Tong Zhong Ji Fu Yi Wu De Qian Lian Xing (论双务合

Como vimos, el antiguo § 320 del BGB (antes de la reforma de 2002) disponía lo siguiente: «Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente. Si la prestación ha de realizarse para varios, puede ser negada a cada uno la parte a él correspondiente hasta la efectuación de toda la contraprestación. No se aplica la disposición del párrafo 273, párrafo 3°. Si ha sido cumplida parcialmente la prestación por una parte, la contraprestación no puede ser negada, siempre que la negativa, según las circunstancias, en especial a causa de la proporcional insignificancia de la parte atrasada, fuese contraria a la fidelidad y a la buena fe»⁶⁶¹.

María Cruz Moreno explica que «la consagración legal de la *exceptio* en el BGB, fue ejemplo para el Derecho suizo, que le dedica a la excepción los arts. 82 y 83 de su Código de obligaciones, y para algunos otros, como el griego (art.374 Código Civil), holandés y argentino (el Código Civil argentino regula expresamente la excepción de incumplimiento, en el art. 1.235, mientras que sólo admite la resolución si hay cláusula expresa). También se dejó sentir su influencia en la segunda

同中给付义务的牵连性), *Fa Lv Ke Xue (法律科学)*, 02, 2013.

⁶⁶¹ La autora María Cruz Moreno cita a la «traducción de MELÓN INFANTE, *Apéndice Código Civil Alemán (BGB) del Tratado de Derecho Civil de Enneccerus/Kipp/Wofff*, Barcelona, 1955», María Cruz Moreno, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 16-17.

codificación civil italiana y portuguesa. Así, en el art. 1.460 del Código Civil italiano se acaba regulando la *exceptio*⁶⁶².

En Latinoamérica encontramos también la excepción de contrato no cumplido. Así, por ejemplo, el artículo 1.168 del Código venezolano define la excepción del contrato no cumplido, en los siguientes términos: «En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones». En relación con este texto, en el informe coordinado por Carlos Pizarro Wilson, se afirma que los requisitos para oponer esta excepción son los siguientes: «En primer lugar, que se trate de obligaciones bilaterales; En segundo lugar, que el incumplimiento sea culposo; En tercer lugar, Eloy Maduro Luyando estima que debe tratarse de un “incumplimiento de importancia”, en el sentido de que no basta con que se trate del incumplimiento de obligaciones secundarias, con las dificultades que la calificación de las obligaciones como principales o subsidiarias puede acarrear, tarea que estará en manos del juez; En cuarto lugar, es necesario que las obligaciones nacidas del contrato sean de ejecución simultánea; Finalmente, el propio autor admite que, aunque obvio, es necesario que la

⁶⁶² María Cruz Moreno, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p.18.

parte que invoca la excepción no haya a su vez motivado el incumplimiento de la otra parte»⁶⁶³.

«En España, como en Francia y en Bélgica, no se ha regulado expresamente la *exceptio*, pero parece no haber duda de su vigencia, gracias a los esfuerzos doctrinales realizados, y a la labor de la Jurisprudencia. Con todo, en Francia aún hoy se la confunde en muchas ocasiones con el derecho de retención»⁶⁶⁴.

Los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL) contemplan la excepción de contrato no cumplido en el art. 9.201: «una parte que está obligada a cumplir al mismo tiempo que la otra después de ella, puede suspender el cumplimiento hasta que la otra parte haya cumplido u ofrezca hacerlo. La suspensión será completa o en parte, según resulte razonable en atención a las circunstancias que concurren en cada caso. Del mismo modo, se podrá suspender el cumplimiento, en el supuesto la contraobligación esté aplazada, pero quede claro que resultará incumplida cuando llegue a nacer».

En el Derecho chino, la *exceptio non adimpleti contractus* se traduce como “同 (Tong) 时 (Shi) 履 (Lv) 行 (Xing) 抗 (Kang) 辩 (Bian)

⁶⁶³ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 630.

⁶⁶⁴ María Cruz Moreno, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 19.

权 (*Quan*)”, las primeras dos palabras de este término —同 (*Tong*) 时 (*Shi*)— significan “simultáneamente” (o “simultáneo”, porque esta palabra puede utilizarse como adjetivo o como adverbio), las siguientes dos palabras —履 (*Lv*) 行 (*Xing*) — significan “cumplimiento”, y las últimas tres palabras —抗 (*Kang*) 辩 (*Bian*) 权 (*Quan*)— significan “excepción”. La Ley de Contratos de China contempla la *exceptio non adimpleti contractus* en el artículo 66 y el Código civil de Macau la contempla en el artículo 422⁶⁶⁵.

3. Incumplimiento previsible del contrato (*anticipatory breach*)

A diferencia de la excepción por inseguridad o por causa de incertidumbre, el incumplimiento previsible del contrato (*anticipatory breach*) brinda un remedio para aquellos supuestos en que no sólo existe un riesgo de incumplimiento previo al vencimiento de la obligación, sino que existe certeza objetiva de que no hará cumplimiento.

⁶⁶⁵ Fan Jianhong, «Fa Xue Jiao Xue An Li De Yi Ban Jie Xi Gui Ze—Si Fa Guan Xi An Qian De Wen Gu Er Zhi Xin (法学教学案例的一般解析规则—司法官析案前的温故而知新)», [www. http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8507&page=2](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8507&page=2), 2007. De acuerdo de la nota 1 de este artículo, este artículo fue publicado en *US-China Law Review*, ISSN1548-6605, vol. 4, No. 6, Junio de 2007, USA.

También véase en: Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003; Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005.

Veamos a continuación, brevemente, el concepto y sus remedios para –después- hacer un estudio desglosado de Derecho comparado (Derecho anglosajón, CISG, Derecho chino, Derecho español, Derecho de los países latinoamericanos y *Soft Law*) y concluir explicando algunos problemas semánticos y de la traducción de estos textos.

3.1. Concepto⁶⁶⁶

La noción del incumplimiento previsible del contrato (*anticipatory breach of contract*), fue creada por el *Common Law* para el caso en que se sabe por anticipado, esto es, antes del vencimiento de la obligación, que el deudor no va a cumplir en la fecha prevista, o se sabe o se prevé que no va a haber un cumplimiento total y correcto de la obligación⁶⁶⁷. Posteriormente, fue heredada por el *Civil Law*. En tales circunstancias se admite la resolución del contrato⁶⁶⁸.

El jurista chino Chen Chong explica que, el incumplimiento previsible del contrato no sólo ofrece al contratante afectado el derecho a la resolución del contrato sino también el derecho a reclamar la

⁶⁶⁶ «manera elíptica de expresar *breach for anticipatory repudiation (Farnsworth)*», citado por Claudia R. Brizzio, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 12.

⁶⁶⁷ María Teresa González-Palenzuela Gallego, «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 505.

⁶⁶⁸ Claudia R. Brizzio, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 12.

indemnización por daños. Estos remedios ayudan a reequilibrar el interés de ambas partes del contrato y reducir las pérdidas derivadas del incumplimiento, con el fin de resolver las controversias contractuales con prontitud y evitar el desperdicio de recursos⁶⁶⁹.

La doctrina del incumplimiento anticipado tiene su regulación internacional en la Convención de Viena (artículos 71 y 72 CISG), los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (arts. 7.3.3 y 7.3.4 P.UNIDROIT), los Principios de Derecho Contractual Europeo (arts. 8:105 y 9:304 PECL)⁶⁷⁰, también se establece la figura del *anticipatory breach* o resolución por incumplimiento previsible o anticipado en el III.-3:504 del DCFR y 116 de la Propuesta de

⁶⁶⁹ El texto original en chino del autor Chen Chong es lo siguiente: «预期违约也称先期违约, 它赋予一方当事人解除合同并请求赔偿的权利, 有助于平衡合同双方当事人的利益, 有效减少实际违约所造成的损失, 从而及时解决合同纠纷, 在很大程度上避免了资源的浪费。», Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, p. 100.

En este sentido, véase en: Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003; Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005.

⁶⁷⁰ Iñigo Esparza Lasaga, *El incumplimiento previsible del contrato en la Convención de Viena de 1980*, trabajo fin de máster acceso a la abogacía, 2014, p. 5. (web: academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9664/Iñigo%20Esparza.pdf?sequence=1).

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea del año 2011⁶⁷¹.

Como ya se ha indicado, el incumplimiento previsible del contrato es un recurso basado en la doctrina anglo-estadounidense de incumplimiento anticipado. Mediante este mecanismo se permite al contratante inocente resolver un contrato si se produce el incumplimiento, sin tener que esperar a que el cumplimiento de la obligación sea exigible⁶⁷².

En pocas palabras, podríamos decir que el incumplimiento anticipado surte efectos en situaciones en que los hechos objetivos indican, antes de la fecha de finalización del mismo, que una de las partes no quiere o no será capaz de ejecutar el contrato en la fecha de vencimiento, o una parte ha declarado que no cumplirá una parte esencial o la totalidad de sus obligaciones en el plazo para su cumplimiento. Aunque el remedio habitual para el incumplimiento anticipado en algunos sistemas jurídicos es la suspensión temporal de la prestación sujeta a ciertas condiciones, si el incumplimiento anticipado constituyera un

⁶⁷¹ Juan Ignacio Contardo González, «Obligaciones y responsabilidad civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 20, pp. 225-233, Julio 2013, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000100008&script=sci_arttext.

⁶⁷² Iñigo Esparza Lasaga, *El incumplimiento previsible del contrato en la Convención de Viena de 1980*, trabajo fin de máster acceso a la abogacía, p. 5. (web: academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9664/Iñigo%20Esparza.pdf?sequence=1).

incumplimiento esencial, la parte perjudicada tendría derecho a la resolución anticipada del contrato⁶⁷³.

3.2. *Derecho Comparado*

Veamos a continuación cuáles son las características del *anticipatory breach* en el Derecho anglosajón y, después, cómo se resuelve la misma cuestión en diversos ordenamientos nacionales.

3.2.1. Derecho anglosajón e influencia en el sistema español

En el Derecho anglosajón, el *anticipatory breach* puede enmarcarse en la teoría de la *repudiation*, como veremos a continuación. Ángel Carrasco pone de manifiesto su aceptación en el Derecho español, como veremos más adelante.

«En el Derecho *anglo-norteamericano*» –explica Claudia Brizzio⁶⁷⁴– «una de las partes tiene derecho a extinguir el contrato ante las siguientes circunstancias (*Attiyah*):

⁶⁷³ Jianming Shen, «Declaring the Contract Avoided: The U.N. Sales Convention in the Chinese Context»; *New York International Law Review*, Vol. 10, No. 1, New York State Bar Association (Winter 1997); pp. 20-21. Available online at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/shen.html>>.

⁶⁷⁴ Claudia R. Brizzio, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 12. dirección internet, fecha de consulta.

a) Cuando la otra parte incurre en incumplimiento (*non-performance*);

b) Cuando la otra parte declina el cumplimiento, expresándolo mediante palabras o cierto comportamiento (*repudiation*);

c) Cuando la otra parte realiza un cumplimiento defectuoso (*defective performance*), esto es, una ejecución parcial o una ejecución íntegra pero no adecuada a lo convenido;

d) Cuando ha habido una *misrepresentation of facts*, es decir, en los casos en que no se da cierta situación de hecho incluida como *promise* en el contrato»⁶⁷⁵. Así, -la autor sigue explicando que- por ejemplo, si se fleta un barco por contrato declarando que se encuentra en cierto puerto, y ello es inexacto⁶⁷⁶.

Ángel Carrasco toma un ejemplo en que la jurisprudencia española aplica el concepto de incumplimiento por repudiación: «La STS 27 junio 1984 (RJ 1984, 3438): el vendedor rompe el contrato y propone un nuevo precio, acorde con el mayor coste de la materia prima, haciendo valer la cláusula *rebus sic stantibus*. El TS considera que es incumplimiento por repudiación, y que no se puede imponer una variación cuando el

⁶⁷⁵ Claudia R. Brizzio, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 12.

⁶⁷⁶ Claudia R. BRIZZIO, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 12.

comprador tiene ya revendida la mercancía a tercero por un determinado precio.»⁶⁷⁷ .

Consiguientemente, Ángel Carrasco define la noción *repudiation*, traducida al castellano como *repudiación*, del siguiente modo: «el deudor repudia cuando manifiesta llanamente que no cumplirá. Mas también cuando subordina su cumplimiento a la satisfacción por el acreedor de condiciones nuevas o suplementarias a las que éste no está obligado por contrato. Repudia el contrato el que exige al acreedor una renegociación como condición para cumplir»⁶⁷⁸ .

Pues bien, el sistema del incumplimiento anticipado y la institución de la resolución por anticipación nació a partir del caso inglés *Hochster v. de La Tour*⁶⁷⁹ y se estableció por primera vez por el tribunal inglés. (“*Hochster v. De la Tour*”, 118 Eng. Rep. 922 [Q. B. 1853]), redactado por Lord Campbell, lo cual se considera como un fallo de la Corte Suprema de Gran Bretaña⁶⁸⁰. En el caso, De la Tour había contratado los servicios de Hochster, que debía prestarlos a partir del primero de junio de 1852, pero el 11 de mayo le comunicó que había cambiado de idea, y

⁶⁷⁷ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, primera edición, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 870.

⁶⁷⁸ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, primera edición, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p.870.

⁶⁷⁹ Juan Ignacio Contardo González, «Obligaciones y responsabilidad civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 20, Julio 2013, p. 228, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000100008&script=sci_arttext.

⁶⁸⁰ Claudia R. BRIZZIO, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 13.

que lo liberaba de su prestación. La Corte Suprema de los Estados Unidos la admitió en 1900 (“Roehm v. Horst”, 178 U.S. 1 [1900]), en una venta de lúpulo con entrega diferida cuya recepción rehusó el comprador⁶⁸¹.

El jurista chino Chen Chong⁶⁸² advierte que los artículos 2 - 609、2 - 610、2 - 611 del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (*Uniform Commercial Code*, o *UCC*) también contemplan el incumplimiento anticipado, y lo desarrollan con innovación (el texto original en chino es lo siguiente: “美国商法领域最重要的成文法典《美国统一商法典》在第 2 - 609、2 - 610、2 - 611 条对预期违约制度加以规定并进行创新。”)⁶⁸³.

El jurista Chen Chong expresa que, comparado con el sistema inglés, el Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos cuenta con disposiciones sobre el incumplimiento anticipado más completas y detalladas, centrándose más en el equilibrio de los intereses del comprador y el vendedor. (el texto original en chino es lo siguiente: «与

⁶⁸¹ Claudia R. BRIZZIO, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 13.

⁶⁸² Chen Chong (陈翀), «Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)», *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, pp.100-103. A continuación, ofrezco una traducción de alguna parte del texto original en chino del autor.

⁶⁸³ Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, p. 100.

英国法相比,《美国统一商法典》对于预期违约的规定完整详尽,更注重买卖双方利益的平衡,具有代表性。») ⁶⁸⁴.

3.2.2. La CISG desde las perspectivas china e hispana

Hay muchas investigaciones chinas sobre el incumplimiento anticipado en la CISG, entre las cuales se destacan las de los juristas chinos Wang Liming y Han Shiyuan ⁶⁸⁵. Aparte de los dos juristas chinos, también hay más juristas chinos quienes han estudiado el incumplimiento anticipado en la CISG.

Ofrezco a continuación un resumen y síntesis de sus trabajos, con la traducción original técnico-jurídica al español:

El jurista chino Chen Chong expresa que, el La Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercancías (CISG) es

⁶⁸⁴ Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, p. 100.

⁶⁸⁵ En cuanto a las investigaciones de la CISG por los civilistas chinos, caben destacar el profesor chino Wang Liming (王利明), de la Universidad Renming de China (Beijing), y el profesor Han Shiyuan (韩世远), de la Universidad Tsinghua (Beijing). Actualmente, el profesor Han Shiyuan es el miembro chino de *CISG Advisory Council* (Página web oficial de *CISG Advisory Council*: <http://www.cisg-ac.org/>, Fuente: <http://www.tsinghua.edu.cn>) desde 2010 y el único miembro chino desde su fundación (Fuente: página web de la Universidad Tsinghua, <http://www.tsinghua.edu.cn>).

una convención importante de la venta internacional de bienes, en la que el incumplimiento previsible se divide, según sea éste esencial o no, en el incumplimiento esencial esperado (artículo 72) con el incumplimiento no esencial previsto (artículo 71). El sistema de defensa razonable desarrollado puede ser aceptado por la mayoría de los países⁶⁸⁶.

De acuerdo con los juristas chinos, se aborda en la CISG lo que en el Derecho anglosajón se conoce como “incumplimiento anticipado” (*anticipatory breach*), que se contempla en los artículos 71 y 72 de la CISG, el artículo 71 contempla el incumplimiento anticipado no esencial, mientras que el artículo 72 contempla el incumplimiento anticipado esencial. Al mismo tiempo, el artículo 71 también coge la excepción por inseguridad del Derecho continental⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, p.100. El texto original en chino del autor Chen Chong es lo siguiente: “《联合国国际货物销售合同公约》(CISG) 是国际货物买卖领域一部重要的国际公约,它没有采用明示预期违约和默示预期违约的分类,而是“区分为预期的根本违约(第 72 条)与预期的非根本违约(第 71 条)”,大体上与美国的预期违约制度相当,同时融合大陆法系不安抗辩制度的合理之处,制订了能被多数国家所接受的规则。”

⁶⁸⁷ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, No. 02, Sum No. 151, marzo de 2011, pp. 9-10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>; Chen Chong (陈翀), “Research on Internal Relations of Anticipatory Breach and the Plea of Deterioration of Property (不安抗辩与预期违约的体系构建, Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian)”, *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011, p. 100.

Sin embargo, de acuerdo con el jurista español Mario E. Clemente Meoro, la CISG contempla el incumplimiento anticipado en el artículo 72⁶⁸⁸, mientras que Íñigo Esparza considera que la CISG regula el incumplimiento anticipado en sus artículos 71, 72 y 73⁶⁸⁹.

«CISG 第 71 条和第 72 条是对先期违约(anticipatory breach)的规定, 同时, 第 71 条也吸收了大陆法系的“不安抗辩”(Unsicherheitseinrede) 的内容。»

El jurista chino Han Shiyuan explica que los artículos 71 y 72 del Convenio de Viena son normas establecidas sobre el incumplimiento anticipado, y que -al mismo tiempo-, el artículo 71 también ha absorbido el contenido de la excepción a causa incertidumbre del Derecho Continental⁶⁹⁰.

«在中国合同法中, 一方面规定了不安抗辩权, 另一方面, 也吸收了发端于普通法的先期违约制度。»

La Ley de Contratos de China, por un lado, establece el derecho de la excepción por causa incertidumbre; por otro lado, también absorbe el

⁶⁸⁸ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, p. 6.

⁶⁸⁹ Íñigo Esparza Lasaga, *El incumplimiento previsible del contrato en la Convención de Viena de 1980*, trabajo fin de máster acceso a la abogacía, p. 5.

⁶⁹⁰ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, No. 02, Sum No. 151, marzo de 2011, pp. 9-10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

sistema del incumplimiento anticipado que se originó en el *Common law*⁶⁹¹.

«与 CISG 相比，一个形式差异在于，中国合同法并非规定在并排的两个条文，而是在不同的地方，规定了这两个制度，分别是第 68 条、第 69 条、第 94 条、第 108 条。»

Desde el punto de vista de la ordenación sistemática, a diferencia de la CISG, la Ley de Contratos de China no establece estos dos sistemas (*Unsicherheitseinrede* e incumplimiento anticipado) en dos artículos consecutivos y paralelos, sino en diferentes lugares, las disposiciones de estos dos sistemas son el artículo 68, el artículo 69, el artículo 94 y el artículo 108⁶⁹².

«《合同法》上关于不安抗辩权与预期违约制度的规定在合同法学界及实务界争议较多。»

Cabe mencionar que, las disposiciones sobre el derecho de la excepción a causa incertidumbre y el incumplimiento anticipado de la

⁶⁹¹ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, No. 02, Sum No. 151, marzo de 2011, pp. 9-10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

⁶⁹² Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, No. 02, Sum No. 151, marzo de 2011, p. 10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>;

Ley de Contratos de China han causado muchas controversias tanto en el ámbito académico como en el ámbito profesional⁶⁹³.

3.2.3. España y la PMCC de 2009

Veamos brevemente una aproximación al incumplimiento anticipado en el vigente Derecho español y en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009).

El «*anticipatory breach*» del Derecho inglés se traduce y se introduce en el Derecho español como el incumplimiento previsible⁶⁹⁴, incumplimiento anticipado, repudiación anticipada⁶⁹⁵ o incumplimiento antes del plazo de cumplimiento⁶⁹⁶, tanto por la jurisprudencia como por la nueva propuesta de modernización consagrada en el texto de 2009 por la Comisión General de Codificación (PMCC).

Ángel Carrasco ha recogido en su manual “Derecho de contratos” el siguiente ejemplo de la jurisprudencia:

⁶⁹³ Lu Jiangli (卢江丽), “Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)”, *Fa Zhi Yan Jiu* (法治研究), No. 5, 2013, p. 83.

⁶⁹⁴ Iñigo Esparza Lasaga, *El incumplimiento previsible del contrato en la Convención de Viena de 1980*, trabajo fin de máster acceso a la abogacía,

⁶⁹⁵ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, primera edición. P. 867.

⁶⁹⁶ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, primera edición. P. 867.

STS 30 marzo 2010 (JUR 2010, 153078): «Como puso de relieve la sentencia de 10 de octubre de 2005, seguida por la de 19 de mayo de 2008, también constituye incumplimiento- intencional- la declaración de la voluntad de no cumplir, emitida cuando la prestación aun no es exigible, si la otra parte no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo. Ésa es la situación que resulta de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, conforme a los que la ahora recurrente no ha estado dispuesta a cumplir la prestación prometida. Y no porque Lanetro, SA no hubiera creado las nuevas acciones, sino porque declaró no estar obligada a hacerlo en ningún caso. La reacción de la otra parte de la relación contractual, considerando producido un incumplimiento, fue totalmente razonable y la declaración judicial atacada plenamente fundada»⁶⁹⁷.

En la PMCC de 2009 se acoge «lo que en el Derecho anglosajón se conoce como “incumplimiento anticipado” (*anticipatory breach*): el acreedor, aun antes de que haya habido propiamente incumplimiento, por no haber plazo o no haber vencido el concedido para cumplir, puede, si existe un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor, fijar un plazo razonable para que éste cumpla o preste garantía adecuada de

⁶⁹⁷ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, primera edición. p. 868, cita 20.

cumplimiento; de manera que si el deudor ni cumple ni garantiza, el acreedor puede resolver (cfr. art. 1200.2); pero si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones, ni siquiera será necesaria la fijación de plazo, tanto si tal declaración es anterior como si es posterior al vencimiento del plazo (cfr.art. 1200.3)»⁶⁹⁸.

«El art. 1200.II PMCC permite al acreedor anticiparse al previsible incumplimiento esencial por parte del deudor; a tal fin le autoriza a resolver el contrato aun antes de que ese incumplimiento tenga lugar, cuando hay razones que patentizan que se va a producir y, habiéndole dado un plazo al deudor para que cumpla o garantice adecuadamente que lo va a hacer, el plazo transcurre sin que este haya hecho ninguna de las dos cosas. Así, el art. 1200. II PMCC dispone: “También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado el efecto”. En este supuesto, al igual que en el anterior, es preciso que el acreedor le dé un plazo al deudor, a no ser que este haya declarado su voluntad de no cumplir con sus obligaciones (art. 1200. III PMCC)»⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización de Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, p. 6.

⁶⁹⁹ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la

3.2.4. Latinoamérica

Tomemos dos países representativos de América Latina, Chile y Argentina, como aproximación a la figura del incumplimiento anticipado en los sistemas latinoamericanos.

3.2.4.1. Chile

«A diferencia de lo que ocurre en el ámbito anglosajón y en los instrumentos de Derecho Contractual uniforme, ni el Código Civil chileno ni el Código de Comercio contempla, por lo menos de forma expresa, el incumplimiento previsible. Aparte de lo mencionado, parece ser un tanto extraño a la tradición chilena. En un momento en que los instrumentos de Derecho Contractual uniforme son estudiados con amplitud para buscar interpretaciones que adecúen ciertos aspectos del Código Civil chileno a las actuales realidades del tráfico, bien cabría explorar la posibilidad de introducir una institución como la de la resolución por anticipación» para solucionar los problemas que presenta el incumplimiento anticipado⁷⁰⁰. Otra vía para llegar a un resultado

Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 70.

⁷⁰⁰ Juan Ignacio Contardo González, «Obligaciones y responsabilidad civil, Comentarios de jurisprudencia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 20, julio 2013, p. 227-228.

similar –continúa el autor-, sería la de la «resolución por pérdida de confianza. Acá el supuesto de hecho es diverso. Se trata de situaciones en que los incumplimientos reiterados y contumaces del deudor, aunque no son resolutorios en sí mismos individualmente considerados, de su sumatoria imponen una pérdida de la esperanza en que los resultados prácticos del negocio terminarán por cumplirse con satisfacción para el acreedor»⁷⁰¹.

«A partir de estas dos instituciones, una ajena (por lo menos aparentemente) y la otra más cercana a nuestra tradición sobre la resolución por incumplimiento, debemos, entonces, -continúa reflexionando el autor- cuestionarnos sobre la verdadera necesidad de exigir la constitución en mora del deudor como un requisito *sine qua non* de toda resolución contractual. La doctrina de la Corte, por lo menos, lo sugiere así»⁷⁰².

3.2.4.2. Argentina

Como hemos visto en el Derecho chileno, Claudia Brizzio⁷⁰³ explica que el Derecho vigente en Argentina no contempla la figura del

⁷⁰¹ Juan Ignacio Contardo González, «Oligaciones y responsabilidad civil, Comentarios de jurisprudencia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 20, julio 2013, p. 228.

⁷⁰² Juan Ignacio Contardo González, «Oligaciones y responsabilidad civil, Comentarios de jurisprudencia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 20, julio 2013, p. 228.

⁷⁰³ Claudia R. BRIZZIO, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del

anticipatory breach. El Código Civil argentino no contiene normas en materia contractual relativas al incumplimiento anticipado o previsible. La doctrina jurídica anglo-norteamericana de que el incumplidor repudia al contrato, y por lo tanto lo extingue, es ajeno al actual sistema de Argentina, en el cual el derecho a extinguir el contrato con obligaciones correlativas cuando una parte incumple le corresponde -en términos generales- a la parte inocente, mediante el ejercicio del pacto comisorio expreso (art. 1203, Cód. Civil), o de las virtualidades de la cláusula resolutoria tácita (art. 1204, Cód. Civil; art. 216, Cód. Comercio)⁷⁰⁴.

«El Código Civil argentino –explica la autora- no regula el cumplimiento anticipado del contrato, por lo que son de aplicación las reglas generales sobre el pago. Conforme esa normativa, el plazo se considera establecido a favor de ambas partes; por lo tanto, el deudor no puede obligar al acreedor a recibir la prestación antes del plazo convenido y, aunque ambos estén de acuerdo, el acreedor no puede ser obligado a hacer descuentos (art. 570 del Código Civil)».

No obstante -concluye-, «en ciertas circunstancias, si una de las partes, antes de llegar el momento de la ejecución de sus obligaciones, adopta una actitud incompatible con su cumplimiento, la otra parte

cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, pp. 15-16.

⁷⁰⁴ Claudia R. BRIZZIO, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, pp. 15-16.

disfruta de un régimen especial, que presenta ciertas coincidencias con el de la *anticipatory breach*»⁷⁰⁵.

3.2.5. China: El adoptado *anticipatory breach* (incumplimiento anticipado o previsible) junto a la clásica excepción por inseguridad

Antes de la Ley de Contratos de China de 1999, el incumplimiento previsible en la Ley de Contrato Económico Extranjero de China era cuestión discutida, según explica el jurista chino Li Xintian⁷⁰⁶. Ofrezco a continuación sus explicaciones y la traducción técnico-jurídica original al español:

«在 1999 年新《合同法》生效以前，对于我国合同法上是否存在预期违约制度，是有争议的。这主要涉及如何解释原《涉外经济合同法》第 17 条之内容。该条规定，当事人一方有另一方不能履行合同的确切证据时，可以暂时中止履行合同，但是应当立即通知另一方；当另一方对履行合同提供了充分的保证时，应当履行合同。当事人一

⁷⁰⁵ Claudia R. BRIZZIO, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 16.

⁷⁰⁶ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 79.

方没有另一方不能履行合同的确切证据，中止履行合同的，应当负违反合同的责任⁷⁰⁷。»

Es controvertido o polémico determinar si el supuesto del incumplimiento previsible en el Derecho contractual antes del *Ley de Contratos* de China de 1999 existió como tal. La controversia radica en la interpretación del artículo 17 de la *Ley de Contrato Económico Extranjero* de China, pues algunos juristas chinos opinan que este artículo es sobre la excepción por inseguridad, mientras que otros juristas chinos opinan que es sobre el incumplimiento previsible. El artículo 17 de la derogada *Ley de Contrato Económico Extranjero* contemplaba que: «Cualquiera de las partes podrá suspender el cumplimiento del contrato si tiene pruebas concluyentes de que la otra parte no podrá cumplir el contrato, y deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte; y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. Si la parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, no tiene pruebas concluyentes de que la otra no podrá cumplir el contrato, deberá asumir las responsabilidades del incumplimiento de las obligaciones»⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 79.

⁷⁰⁸ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*),

De las varias interpretaciones del artículo arriba mencionado y las controversias para determinar si este artículo era del supuesto del incumplimiento previsible o de la excepción de inseguridad, destacan las opiniones de los juristas chinos Wang Liming y Ge Yunsong, como las más representativas, respectivamente. El jurista Wang Liming opinaba que este artículo era una disposición sobre el supuesto del incumplimiento previsible, porque si se interpretaba este artículo como la disposición sobre la excepción de la inseguridad, se chocaría con la definición de la excepción de la inseguridad, la cual se efectúa por la parte obligada a cumplir en primer lugar en los contratos bilaterales, pero este artículo no exige que solamente la parte quien cumple por primer lugar tiene este derecho, por lo cual, este artículo no era del supuesto de la excepción por inseguridad en sentido verdadero⁷⁰⁹. También había interpretaciones diferentes y en contra de la del jurista Wang Liming, las cuales opinaban que si se interpretaba como disposición del supuesto del incumplimiento previsible del Derecho anglosajón, no se coordinaría y se chocaría con todo el sistema chino del Derecho de obligaciones y sus

Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 79.

⁷⁰⁹ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 79.

teorías, heredado del Derecho continental, que contenía dos tipos de excepciones, incluida la excepción de inseguridad⁷¹⁰.

Con la Ley de Contratos de China de 1999 se simplifica el régimen jurídico del Derecho contractual en un único instrumento que, como vimos, se redactó mirando a los textos internacionales y de Derecho uniforme como referencia. Los juristas chinos Han Shiyuan⁷¹¹ y Lu Jiangli⁷¹² ha comentado lo siguiente en relación con la cuestión del incumplimiento anticipado, que aparece plasmado en el texto legal:

«第一百零八条 [拒绝履行] 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的,对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。»

El artículo 108 de la Ley de Contratos de 1999 dispone que si una parte manifiesta de forma explícita, o indica por su conducta, que no va a cumplir las obligaciones que le corresponden en virtud del contrato, la otra

⁷¹⁰ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 79.

⁷¹¹ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

⁷¹² Lu Jiangli (卢江丽), “Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)”, *Fa Zhi Yan Jiu (法治研究)*, No. 5, 2013, p. 83.

parte podrá exigirle la responsabilidad por el incumplimiento del contrato antes de que expire el período de ejecución.

«在中国合同法中，一方面规定了不安抗辩权，另一方面，也吸收了发端于普通法的先期违约制度⁷¹³。»

De las disposiciones arriba mencionadas –explica el jurista chino Han Shiyuan-, podemos deducir que la Ley de Contratos de China, por un lado, establece el derecho de la excepción a causa incertidumbre, heredado del Derecho continental; por otro lado, también absorbe el sistema del incumplimiento anticipado que se originó en el Derecho anglosajón⁷¹⁴.

«我国《合同法》同时吸取大陆法系与英美法系的经验,于第 68 条、第 69 条设立不安抗辩权制度;于第 94 条、第 108 条设立预期违约制度⁷¹⁵。»

Por tanto, mientras que el artículo 68 y el artículo 69 de la Ley de Contratos de China establecen el derecho de la excepción por causa incertidumbre, el artículo 94 y el artículo 108 establecen el incumplimiento

⁷¹³ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, pp. 9-10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

⁷¹⁴ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, pp. 9-10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

⁷¹⁵ Lu Jiangli (卢江丽), «Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)», *Fa Zhi Yan Jiu (法治研究)*, No. 5, 2013, p. 84.

anticipado⁷¹⁶. Los dos sistemas, mezclados en la Ley de Contratos de China, tienen características en común, y también se diferencian de algunos aspectos:

1) Características comunes:

«从两种制度的价值目标来看，两者的目标十分相似⁷¹⁷。»

Por su finalidad, las dos doctrinas tienen los mismos objetivos. La jurista Lu Jiangli pasa a explicarlos a continuación⁷¹⁸.

«一是防患于未然，针对合同履行期到来前一方很可能发生违约的情形采取先发制人的措施。»

El primer objetivo se trata de la precaución, es decir, tomar medidas preventivas contra el incumplimiento contractual posible de la otra parte antes de que llegue el período del cumplimiento del contrato.

«二是保护交易安全与交易公平。»

⁷¹⁶ Lu Jiangli (卢江丽), «Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)», *Fa Zhi Yan Jiu (法治研究)*, No. 5, 2013, p. 84.

⁷¹⁷ Lu Jiangli (卢江丽), «Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)», *Fa Zhi Yan Jiu (法治研究)*, No. 5, 2013, p. 84.

⁷¹⁸ Lu Jiangli (卢江丽), «Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)», *Fa Zhi Yan Jiu (法治研究)*, No. 5, 2013, p. 84.

El segundo objetivo consiste en proteger la seguridad y la justicia de las transacciones.

«合同履行可能形成一系列交易链条。如果法律听任其中某一交易环节出现明显破裂的迹象而不为守约者设计应对措施的话，»

El proceso del cumplimiento del contrato puede formar una serie de cadenas de transacciones. Si la ley deja que en un punto de estas transacciones aparezcan signos de incumplimiento de uno de los contratantes, sin diseñar las medidas correspondientes para la defensa de la otra parte, se causarán las siguientes consecuencias:

«则一是使交易上下游的履行利益受损进一步扩大，交易链条破裂也导致交易安全丧失；»

En primer lugar, hacen daño al beneficio del cumplimiento derivado de las transacciones, que se ampliará y provocará la ruptura de la cadena de las transacciones, también dará lugar a la pérdida de la seguridad de las transacciones,

«二是守约者眼睁睁看着对方大摇大摆进行违约的各种准备工作，只能坐以待毙，维护不可能形成公平的交易秩序»

En segundo lugar, la parte afectada no tiene remedios para hacer frente a los actos que preparan el incumplimiento en futuro y las

violaciones al cumplimiento contractual de la parte incumplidora, sino mantiene el orden de las transacciones, cuya justicia es imposible.

Los dos sistemas también se diferencian de algunos aspectos:

La jurista Lu Jiangli⁷¹⁹ sigue explicando que, las diferencias son las siguientes:

Las diferencias entre la excepción por causa de incertidumbre y el incumplimiento anticipado consisten en los siguientes aspectos:

«(1)价值取向不同。»

En primer lugar, los dos son diferentes en el aspecto de la orientación de valor.

«不安抗辩的理论基础是大陆法系不承认期前违约的传统学说,更为注重逻辑与公平,»

La base teórica de la excepción por causa incertidumbre se heredó de la doctrina tradicional del Derecho continental, que no reconoce el incumplimiento anticipado y presta más atención a la lógica y justicia.

«而预期违约则秉承英美法系注重实用的风格,显示了对“效益”价值目标的重视。»

⁷¹⁹ Lu Jiangli (卢江丽), “Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)”, *Fa Zhi Yan Jiu (法治研究)*, No. 5, 2013, p. 84.

Por otro lado, el incumplimiento anticipado se heredó del Derecho anglosajón, que se fija más en el estilo práctico y cuyo valor predeterminado es el “beneficio”.

« (2) 适用的主体范围明显不同。 »

En segundo lugar, el sujeto aplicable es significativamente diferente.

« 双务合同中的先履行义务人才能成为不安抗辩的主体，而预期违约适用的主体范围，则不受履行合同义务的先后顺序之限制。 »

En las obligaciones recíprocas del contrato, la parte que cumple en primer lugar puede ser el sujeto del derecho de la excepción por causa incertidumbre⁷²⁰, mientras que el sujeto del incumplimiento anticipado no está relacionado con la orden del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

⁷²⁰ De acuerdo con Ge Yunsong, «期前违约规则研究—兼论不安抗辩权», *Qi Qian Wei Yue Gui Ze Yan Jiu—Jian Lun Bu An Kang Bian Quan*, 中国政法大学出版社, Beijing, el enero de 2003, p. 296.

Para la excepción por causa incertidumbre del Derecho chino, el Derecho alemán y el de Taiwán contemplan que, en las obligaciones recíprocas del contrato, sólo la parte que cumple en primer lugar puede pedir esta excepción y ser el sujeto del derecho de la excepción por causa incertidumbre, pero en el derecho estadounidense y la Convención de Viena no hay esta restricción.

De acuerdo con Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 80. El Derecho francés también contempla que, para la excepción por causa incertidumbre, sólo la parte que cumple en primer lugar puede pedir esta excepción y ser el sujeto del derecho.

«(3)法律性质不同。»

En tercer lugar, la naturaleza jurídica es diferente.

«不安抗辩制度是通过赋予先履行义务人中止履行抗辩权保护当事人的利益,»

El sistema de la excepción por causa incertidumbre dota a la parte a la que correspondería cumplir en primer lugar el derecho de excepción por suspensión del cumplimiento a fin de proteger los intereses de dicha parte.

«而预期违约制度则是通过提前追究违约责任的方式, 保护当事人的利益.»

Sin embargo, el incumplimiento anticipado protege los intereses de la parte afectada por la renuncia anticipada.

Los dos sistemas, tanto la excepción por causa incertidumbre, como el incumplimiento anticipado, tienen el mismo objetivo de proteger el derecho del interés del contrato a la expectativa, no obstante, el primero logra este objetivo por activar el mecanismo de los derechos subjetivos, mientras que el segundo lo logra dentro del marco de la responsabilidad por incumplimiento del contrato.

« (4)法律效果不同。 »

En cuarto lugar, los efectos jurídicos son diferentes, señala la autora Lu Jiangli⁷²¹:

« 不安抗辩权的效果只是使先履行义务人暂时性地得以中止履行以对抗有可能丧失履行债务能力的另一方当事人,而非终局性地终止合同,效果只是阻却违约。预期违约制度的法律效果就是在一定情况下,确认一方在履行期到来之前已经构成违约.»

El efecto de la excepción por causa de incertidumbre no es resolver el contrato, sino consiste en que la parte a la que corresponde cumplir en primer lugar suspende temporalmente su cumplimiento contra la otra parte quien posiblemente sufra una pérdida de su capacidad de cumplimiento. Es decir, la parte a quien corresponde cumplir en primer lugar no puede desvincularse del contrato, el efecto es solamente impedir un efecto negativo por el incumplimiento de la otra parte.

El efecto jurídico del incumplimiento anticipado es, sin embargo, confirmar que una parte va a incumplir el contrato antes del período del cumplimiento.

« (5) 当事人的主观要件不同。不安抗辩权中后履行义务人主观上可能是故意、过失或意外事件,而预期违约中违约方主观上一般具有

⁷²¹ Lu Jiangli (卢江丽), “Las influencias de la CISG sobre la Ley de Contratos de China (国际货物销售合同公约对我国合同法的影响)”, *Fa Zhi Yan Jiu (法治研究)*, No. 5, 2013, p. 84.

故意，即明知其行为会造成履行利益的落空，却放任、希望这种损害后果的发生.»

En quinto lugar, los elementos subjetivos son diferentes. En el caso de la excepción por causa incertidumbre, la parte a que corresponde cumplir después puede actuar por la intención subjetiva, negligencia o verse vencida por el caso fortuito, mientras que en el caso del incumplimiento anticipado, la parte incumplidora tiene una intención subjetiva, consciente de que sus acciones resultarán en la pérdida del interés del cumplimiento, pero deja que esta consecuencia, los daños y el perjuicio, se produzcan o espera que se produzcan.

« (6)侵害合同利益期待权的确定性不同。不安抗辩权制度中合同期待利益的受损的确定性程度要明显低于预期违约制度。前者合同仍有重新启动与恢复履行的可能性，而后者合同违约的后果几乎是确定要发生的。合同期待利益受损的确定性不同，是两者的基本区别.»

En sexto lugar, los dos son diferentes en el grado de posibilidad de la violación al derecho del interés del contrato a la expectativa. En caso del incumplimiento anticipado es más posible violar el derecho del interés del contrato a la expectativa que en el caso de la excepción por causa incertidumbre. En el caso de la excepción por causa incertidumbre, el contrato está posiblemente por reactivar y recuperar su cumplimiento, mientras que el incumplimiento del contrato se producirá seguramente en

el caso del incumplimiento anticipado. Esta es la diferencia básica entre los dos sistemas.

« (7) 多数学者认为不安抗辩权对债权人的保护不够周到, 应当引入期前违约规则。⁷²²»

En séptimo lugar, el jurista chino Ge Yunsong⁷²³ sostiene que, comparada con la excepción por inseguridad, la doctrina del incumplimiento previsible puede ofrecer la protección más completa y suficiente para los acreedores, por lo cual algunos juristas chinos propusieron introducir la doctrina del incumplimiento previsible del contrato en la Ley de Contratos de China. Al respecto, presenta los siguientes aspectos derivados de la comparación entre ambas figuras:

« 具体而言, 不安抗辩权仅仅赋予有先履行义务一方, 而期前违约规则则可以公平保护双方利益; »

En primer lugar, la excepción por inseguridad sólo puede dotarse y proteger a la parte primeramente obligada a cumplir, mientras que la doctrina del incumplimiento previsible puede ofrecer una protección equitativa para el interés de ambas partes;

⁷²² Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003. p. 31.

⁷²³ Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003. p. 31.

«不安抗辩权的要件严格，须对方财产显形减少，而期前违约规则下则不限于此。»

En segundo lugar, los requisitos de los elementos de la excepción por inseguridad son más estrictos que los del incumplimiento previsible, los primeros exigen que la propiedad o los bienes de la otra parte se reduzcan de forma significativa, mientras que la doctrina del incumplimiento previsible no dispone de este requisito.

«不安抗辩权规则之下债权人能否取得解除权，虽然许多人也援引了台湾学者的研究，表明并非不可能，但是仍然认为赋予解除权并非不安抗辩权规则本身所能够解决，须引入期前违约规则才能够取得解除权。»

En tercer lugar, en el marco de la doctrina de la excepción por inseguridad, los acreedores no pueden obtener el derecho de la resolución del contrato. Aunque la investigación en Taiwán sobre este aspecto demuestra que no es imposible obtenerlo, en China todavía se cree que la propia doctrina de la excepción por inseguridad no puede dotar el derecho de la resolución del contrato, debiendo introducir la doctrina del incumplimiento previsible para obtener el derecho de la resolución del contrato;

«另外，不安抗辩权规则之下债权人不得请求对方赔偿，而期前违约规则下债权人可以请求对方赔偿.»

En cuarto lugar, bajo la doctrina de la excepción por inseguridad, los acreedores no pueden exigir la indemnización de la otra parte, mientras que la próxima infracción de las normas permite al acreedor pedir la indemnización por daños⁷²⁴.

«由于混合继受了两个法系的相似的制度，所以，中国合同法上述条文的解释适用遇到了问题⁷²⁵,»

El jurista chino Han Shiyuan explica que, como mecanismos similares, pero heredados de dos sistemas jurídicos diferentes (es decir, del Derecho continental y el Derecho anglosajón), los artículos arriba mencionados en la Ley de Contrato de China se enfrentan a problemas en su interpretación⁷²⁶.

Por último, y antes de concluir el presente apartado, quisiera mencionar, como lingüista, que el término *anticipatory breach* se ha introducido y traducido al chino en tres formas: 1) “*Qi Qian Wei Yue*” (“*期前违约*”), 2) “*Yu Qi Wei Yue*” (“*预期违约*”), y 3) “*Xian Qi Wei*

⁷²⁴ Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003, p. 31.

⁷²⁵ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, p. 10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

⁷²⁶ Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, p. 10; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

Yue” (“先期违约”)⁷²⁷. Ahora bien, en la versión china de la Convención de Viena, el concepto del *anticipatory breach* se traduce oficialmente como “Yu Qi Wei Yue” (“预期违约”)⁷²⁸. Aparte de esta traducción, también hay varias formas de traducirlo y referirse a este concepto como “Qi Qian Wei Yue” (“期前违约”), “Xian Qi Wei Yue” (“先期违约”), “Ti Qian Wei Yue” (“提前违约”)⁷²⁹ o Shi Qian Wei Fan (“事前违反”).

3.2.6. El *soft law*

Algunos autores han prestado atención al incumplimiento anticipado desde una perspectiva de Derecho europeo de *soft law*. Es el caso de Claudia Brizzio⁷³⁰, que compara el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos⁷³¹ y los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL).

⁷²⁷ Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003, p. 4-11;

⁷²⁸ Hui Congbing (en chino: 惠从冰); *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato (en chino: 违约救济比较研究, Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu; en inglés: Comparative studies on remedy for breach of the contract)*, 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 78.

⁷²⁹ Hui Congbing (en chino: 惠从冰); *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato (en chino: 违约救济比较研究, Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu; en inglés: Comparative studies on remedy for breach of the contract)*, 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 78.

⁷³⁰ Claudia R. Brizzio, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 13.

⁷³¹ El ACEC constituye un sistema de normas elaborado a finales del siglo XX y primeros del XXI por académicos –especialmente de la cuenca mediterránea- que aspiró a constituirse o a ser referencia para un futuro Código Europeo de Contratos.

Lo veremos a continuación y contrastaremos su contenido con otros textos de *soft law* como son el DCFR y los Principios UNIDROIT.

El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos contiene la siguiente regla: «1. Si, antes del vencimiento del plazo, parece razonable estimar que el deudor no está o no se ha puesto en condiciones de ejecutar una obligación contractual, o que no puede ejecutarla sin defectos notables, y todo eso no se debe a un hecho positivo o a una omisión del acreedor, éste puede invitarlo por escrito a otorgar en un plazo razonable, no inferior a quince días, una garantía apropiada en relación a la futura ejecución y declarar que, en su defecto, la inejecución será tenida por cierta. 2. El deudor, si no da la garantía solicitada, puede, en un plazo de ocho días, impugnar por escrito la pretensión del acreedor y debe, si éste no revoca por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, la inejecución será tenida definitivamente por cierta» (artículo 91)»⁷³².

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos de 1998 regulan el incumplimiento previsible en su artículo 9:304: Incumplimiento previsible.- «Cuando antes del plazo para que una parte cumpla es claro

⁷³² Claudia R. Brizzio, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 13.

que incurrirá en incumplimiento esencial, la otra parte puede concluir el contrato»⁷³³.

El DCFR, pese a ser heredero de los PECL, amplía la regulación del incumplimiento anticipado, que regula en los artículos III.-3:504 y III.-3:505. Como ha explicado Esther Gómez Calle, «el primero contempla la hipótesis de declarada voluntad del deudor de no cumplir (o de incumplimiento seguro por otro motivo), en cuyo caso no es precisa la determinación de plazo alguno por parte del acreedor para que éste pueda resolver el contrato; el segundo se refiere al supuesto en que, siendo razonable pensar que se producirá un incumplimiento esencial, el acreedor le da al deudor un tiempo para que le asegure adecuadamente el cumplimiento: si no se le facilita esa garantía en un tiempo razonable, el acreedor puede resolver»⁷³⁴.

También los Principios UNIDROIT contemplan el incumplimiento anticipado, y lo hacen en los artículos 7.1.5. (2) y 7.3.1. (2) (d), a juicio de Mario Clemente Meoro⁷³⁵. El primero de estos artículos se dedica al *plazo adicional para el cumplimiento* y, en su párrafo segundo, dispone

⁷³³ Versión de la traducción aportada por Claudia R. Brizzio, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*, p. 13.

⁷³⁴ Gómez Calle, Esther; «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario del Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 70.

⁷³⁵ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, p. 6.

que cuando se haya otorgado un plazo adicional, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ninguna otra acción, salvo que reciba comunicación de la otra parte anunciando que no cumplirá, en cuyo caso puede ejercitar los restantes remedios. A mi juicio, no estamos aquí propiamente ante el *anticipatory breach* salvo en el último caso, en que se admitiría la resolución del contrato; en el resto de casos estaríamos sencillamente ante la *exceptio non adimpleti contractus* o suspensión del cumplimiento como remedio. El segundo de los artículos citados regula el *derecho a dar por terminado el contrato*, para lo que se exige que el incumplimiento sea esencial, especificando en su segundo párrafo que, entre otros supuestos, el incumplimiento se considerará esencial cuando *(d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede creer en el cumplimiento futuro de la otra*⁷³⁶. Esta norma puede interpretarse en sentido amplio, como parece hacerlo el autor antes citado, y entender que abarca el incumplimiento previsible, o bien interpretarse en sentido estricto y negar su aplicación fuera de los supuestos en que pueda hablarse de la obligación vencida y exigible, en cuyo caso no contemplaría el *anticipatory breach*.

⁷³⁶ Cito la versión española de los Principios UNIDROIT facilitada en: Schulze, Reiner / Zimmermann, Reinhard; *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación, Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo* de Esther Arroyo i Amayuelas, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 513-518.

III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Como ya se explicó al tratar los remedios frente al incumplimiento, la resolución del contrato es uno de los remedios contractuales que la ley ofrece al acreedor perjudicado por el incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, no siempre ha sido considerado así en todos los sistemas jurídicos ni en todos los momentos históricos dentro de un mismo sistema jurídico. Podemos afirmar, por el contrario, que, junto al concepto antes descrito (resolución como remedio), propio de la CISG, encontramos la tradicional concepción de la resolución como fruto de una condición resolutoria tácita o implícita en el contrato, propia de algunos sistemas herederos del Derecho romano (como el francés, el derogado Código civil italiano o el español).

España asiste ya a la superación de este modelo y a la moderna interpretación del Código civil conforme al modelo de la CISG, plasmada en la PMCC. En este sentido se ha afirmado que la resolución de las obligaciones bilaterales por incumplimiento de una de las partes es una institución relativamente reciente⁷³⁷.

A continuación, pretendo exponer una perspectiva de Derecho comparado que me permita aportar alguna conclusión que facilite la

⁷³⁷ Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, tercera edición, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 1.

comprensión de los diversos sistemas y concluya en la necesidad o conveniencia de su armonización para mayor eficacia del mercado.

Aunque son muchos los aspectos relacionados en los que me podría detener, escogeré tres de ellos, que considero básicos, para comparar los sistemas y llegar a la conclusión de la conveniencia de una mayor armonización entre los textos jurídicos, con sugerencias al respecto: En primer lugar, me referiré a la citada evolución actual de la figura de la resolución dentro del movimiento armonizador; En segundo lugar, como sostiene el jurista Álvaro Vidal Olivares, «La dificultad que ofrece la resolución es determinar si el incumplimiento invocado como su fundamento es, o no, esencial», por lo que me detendré en el carácter esencial del incumplimiento como presupuesto básico de aplicación de este remedio; Por último, haré una breve mención a la cuestión de la forma de ejercicio del remedio resolutorio.

1. Hacia el remedio resolutorio

Afirma el jurista argentino Atilio Aníbal Alterini, que «para que se produzca la resolución del contrato a causa del incumplimiento, éste debe ser significativo y, en caso de ser parcial, ha de privar sustancialmente a la parte de lo que razonablemente tenía derecho a esperar en virtud del contrato [Cód. Civil portugués de 1967 (art. 436), Cód. Civil de

Louisiana de 1984 (art. 2014), Cód. Civil holandés de 1992 (arts. 6.265 y 6.279), Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (art. 73.1)»⁷³⁸.

1.1. El Derecho romano⁷³⁹

Juan Luis Miguel ha indicado que, «se acepta uniformemente que el derecho romano clásico no conoció el instituto de la resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes. Tampoco existía explícitamente enunciado el distinguo entre contratos unilaterales y bilaterales, ni la reciprocidad entendida en el sentido tradicional de interdependencia de obligaciones, o de prestaciones mutuamente condicionadas que se sirven de causa. El acreedor sólo tenía protección legal para exigir la ejecución del contrato, a cuyo fin se le otorgaban las acciones directas, de efectos sumamente rigurosos sobre los bienes y aun sobre la persona del deudor»⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Atilio Aníbal Alterini, «Los Principios de UNIDROIT y las soluciones del derecho común», *The UNIDROIT Principles: A common law of contracts for the Americas?*, Actas, Congreso Interamericano, UNIDROIT, Valencia, Venezuela, 1996, p. 270.

⁷³⁹ Véase en: Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 45-47; Mario E. Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 28.

⁷⁴⁰ Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 45.

En sentido semejante, Mario Clemente explica lo siguiente: «En el Derecho romano, se consideraba que las obligaciones dimanantes de un contrato bilateral eran independientes entre sí, por lo tanto, la falta de cumplimiento de una de las obligaciones no repercutía en la otra y cada parte sólo tenía acción para exigir el cumplimiento de la obligación de que era acreedor»⁷⁴¹.

El jurista argentino, Juan Luis Miguel, continúa diciendo: «En materia de incumplimiento contractual, el sistema romano adoptó dos criterios opuestos: uno para la venta, el contrato más usual; y el otro para el arrendamiento de inmuebles y los contratos innominados. Respecto de la venta, no admitió en principio la posibilidad de resolución judicial. Si la acción intentada por el acreedor no lograba del deudor obtener el cumplimiento del contrato, la relación jurídica quedaba, no obstante, subsistente, aunque incumplida, pero siempre obligatoria para las partes. El régimen resultaba especialmente peligroso para el vendedor, quien se hallaba expuesto, en caso de insolvencia del comprador, a perder la cosa y el precio»⁷⁴². «La experiencia –continúa diciendo el autor- demostró la inconveniencia de mantener obligado al vendedor cuando resultaba evidente que el comprador no pagaría el precio. De este modo, en la

⁷⁴¹ Mario E. Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 28.

⁷⁴² Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 45.

práctica de los negocios se impuso la costumbre de incluir en los contratos de venta un pacto por el cual el vendedor se reservaba el derecho de resolver el negocio cuando el comprador no pagase el precio en el plazo convenido. A este respecto dice Ulpiano: “Duda Marcelo, en el libro vigésimo, si el pacto de la ley comisoraria tendrá lugar si el requerido no pagara, o si no hubiera ofrecido el precio. Y juzgo más cierto, *que debe él ofrecerlo, si quiere librarse de la eficacia del pacto de la ley comisoraria*; pero que si no tiene a quién ofrecerlo, puede estar seguro” (Digesto, XVIII, III, 4,4)./ De manera que aceptándose rigurosamente el principio de “*pacta sunt servanda*”, no conoció el antiguo derecho romano el instituto de la resolución del contrato. La ley comisoraria vino a atemperar la dureza del esquema, permitiendo al vendedor (solamente) resolver la venta cuando el comprador no pagase el precio en el plazo convenido»⁷⁴³.

1.2. Del Derecho francés a la evolución del Derecho francés en el Derecho comparado

Un gran heredero del Derecho romano fue el Código civil francés de 1804 y -como resultado de su influencia- lo fueron también los sistemas de corte continental latino, tanto europeos como latinoamericanos. Sin

⁷⁴³ Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 46.

embargo, se observa que, entre estos últimos, algunos han superado actualmente el modelo romano-francés y se han aproximado al modelo de resolución que encontramos en la CISG. En este sentido, me referiré más adelante a Italia y España. En Latinoamérica comienza a despuntar también este modelo en la doctrina de algún autor, como ya adelanté en el Capítulo 4.

1.2.1. El Derecho francés

En relación con el Derecho francés, seguiré a continuación a los autores españoles y chinos que han realizado aportaciones significativas para explicar el origen de esta influencia recibida luego por tantos sistemas. Vemos así “desde fuera” este sistema, contando con la óptica de la doctrina china e hispana que nos interesa aquí para avanzar en el conocimiento mutuo y la construcción de las relaciones comerciales entre China y América Latina sobre la base de la seguridad jurídica.

«Las ideas de los canonistas medievales –explica Juan Luis Miguel– son recibidas en Francia por Domat, en el siglo XVII, y quedan como principios dogmáticos en su obra, en la cual se acepta la noción de interdependencia y de cambio recíproco de prestaciones como

características de los contratos bilaterales en los que una obligación es causa de la otra»⁷⁴⁴.

Domat opina que en la compraventa la falta de pago del precio en el término fijado o de la ejecución de cualquier otra convención dan lugar a la resolución «porque los contratantes no quieren que el contrato subsista, sino en el caso de que cada uno ejecute su compromiso»⁷⁴⁵.

«Las enseñanzas de Domat pasaron a Pothier»⁷⁴⁶, Pothier señala que en los contratos sinalagmáticos, que contienen obligaciones recíprocas entre cada uno de los contratantes, ha de tenerse por condición resolutoria de la obligación de cada una la inejecución de cualquiera de los obligaciones de la otra⁷⁴⁷.

«La doctrina de Domat y Pothier y sus moldes es recogida por los demás códigos latinos, el *Code (Código francés)* en su art. 1.184, de donde pasa al art. 1.042 del Proyecto español de Código de 1851, también al art. 1.165 del *Codice (Código italiano)* de 1865, los artículos 1.453 a

⁷⁴⁴ Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 50.

⁷⁴⁵ Citado por el autor Mario E. Clemente Meoro: DOMAT, J.: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771, Lib.I, tít. II, sección XII, n.13, pág.42, cita 12 de *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Mario E. Clemente Meoro, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33.

⁷⁴⁶ Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 50.

⁷⁴⁷ Citado por el autor Mario E. Clemente Meoro: POTHIER, R. J.: *Traité des obligations*, París, 1824, n. 672, pág. 406, cita 13 de *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Mario E. Clemente Meoro, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33.

1.459 del Código Civil italiano de 1942⁷⁴⁸, y llega al art. 1.124 del vigente *Código Civil* español de 1889»⁷⁴⁹.

En el mismo sentido se pronuncia el jurista argentina Juan Luis Miguel, que explica además que «en el aspecto de la bilateralidad, el código argentino siguió al pie de la letra el esquema francés»⁷⁵⁰.

El Código civil francés contempla en su artículo 1.184 lo siguiente: «*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.»*⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, tercera edición, editorial Comares, Granada, 2003.

⁷⁴⁹ Mario E. Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33; Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 50.

⁷⁵⁰ Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 50.

⁷⁵¹ traducción al español: «La condición resolutoria se entiende implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resolverá automáticamente. / La parte que no haya recibido el cumplimiento

El jurista chino Li Xintian ha explicado las notas que caracterizan la resolución por incumplimiento en Derecho francés: el carácter judicial en cuanto a la forma de ejercicio, y la necesidad de que el incumplimiento sea grave, en cuanto a los presupuestos del remedio:

«在法国，一方当事人以对方当事人违约为由要求解除合同，必须向法院提起诉讼，由法院作出判决⁷⁵²。»

En el Derecho francés, si una parte quiere pedir la resolución del contrato con causa del incumplimiento del contrato de la otra parte, tiene que pedírsela al Tribunal con el litigio, y el Tribunal la juzgará y dictará la sentencia. Cuando el juez decide si permite a la parte perjudicada la resolución del contrato, pone énfasis a la consideración de la gravedad del incumplimiento, sólo permite la resolución del contrato cuando el incumplimiento es grave⁷⁵³.

de la obligación podrá escoger entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, si fuese posible, o pedir la resolución, junto con el abono de daños y perjuicios. / La resolución deberá pedirse judicialmente, y podrá concederse al demandado un plazo, según las circunstancias». Citado por el autor: «Cfr.art. 1124 CC. *Código Civil Francés / Code Civil*, edición bilingüe, Álvaro Núñez Iglesias (traducción), Rafael Domingo (Coordinación), Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2005, p. 547.

⁷⁵² Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 102.

⁷⁵³ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 102.

Veamos a continuación la figura de la resolución por incumplimiento en otros sistemas vecinos al francés (Italia, España), que reciben su influencia, pero en los que se constata una evolución que aproxima estos sistemas al modelo de resolución propio de la CISG.

1.2.2. La evolución de los sistemas afrancesados

Como decía antes, el Código civil francés sirvió de referencia no sólo a varios países europeos como España e Italia sino también a los países de Latinoamérica a la hora de redactar sus propios Códigos civiles, razón por la cual nos hemos detenido en él brevemente, en primer lugar, para ahora hacer referencia a la evolución que ha sufrido en sistemas que lo tomaron como referencia en la elaboración de sus propios Códigos civiles (en particular, Italia y España).

1.2.2.1. Códigos civiles italianos de 1865 y 1942

El Código civil francés influyó en el Código civil italiano de 1865. Sin embargo, en la materia que nos ocupa veremos que el vigente Código civil de 1942 ya se distancia de él hacia un modelo de resolución más parecido a la figura actual de los textos del Derecho uniforme (resolución como remedio). La mención directa a la condición resolutoria implícita

propia del primero (como aparece también ubicada la resolución por incumplimiento en el Código civil español, artículo 1124), desaparece en este último. Veámoslo a continuación:

El Código civil italiano de 1865 disponía, en su artículo 1.165, lo siguiente: «La condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos bilaterales en el caso de que una de las partes no cumpla su obligación. En tal hipótesis el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a quien no fue hecha la prestación, podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato a la otra parte, cuando esto sea posible, o su resolución con el resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente y puede concederse al demandado una dilación, según las circunstancias »⁷⁵⁴.

Este artículo ha sido comentado por Rafael Álvarez Vigaray, que confirma la influencia del Derecho francés sobre el italiano: «El art. 1.165 del CC italiano de 1865 se expresa en términos análogos a los del art. 1.184 del CC francés, que le sirvió de modelo. La doctrina italiana interpretó este art. en términos análogos a los usuales en la interpretación del art. 1.184 del CC francés, por la doctrina de este país. Así se estimó que la condición resolutoria tácita, a diferencia de la expresa, confiere una mera facultad de demandar la resolución al juez, que puede no

⁷⁵⁴ Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, tercera edición, editorial Comares, Granada, 2003, pp. 46-47.

pronunciarla cuando, reconociendo posible y satisfactoria la prestación, estime preferible otorgar una dilación a quien no la cumplió»⁷⁵⁵.

El Código civil italiano de 1942 (Capítulo IV. *De la resolución del contrato*, Sección I. *De la resolución por incumplimiento*)⁷⁵⁶, vigente, contempla en su artículo 1.453 lo siguiente: «Resolución del contrato por incumplimiento.- En el contrato con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, la otra parte puede a su elección requerir el cumplimiento o la resolución del contrato, y, siempre, el resarcimiento del daño./ La resolución puede ser requerida aun cuando se haya promovido juicio para obtener el cumplimiento; pero cuando se demandó la resolución ya no puede recabarse el cumplimiento./ Desde la fecha de la demanda por resolución el inejecutante no puede ya cumplir sus obligaciones».

En cuanto a los presupuestos para que proceda la resolución del contrato, el artículo 1454 del Código civil italiano dispone que el emplazamiento al deudor para que cumpla es requisito previo para el ejercicio del remedio resolutorio por parte del acreedor⁷⁵⁷, salvo

⁷⁵⁵ Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, tercera edición, editorial Comares, Granada, 2003, pp. 46-47.

⁷⁵⁶ Seguiré, con leves variaciones, la versión al español aportada por Juan Luis Miguel, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 64.

⁷⁵⁷ Dispone el artículo citado lo siguiente: «La parte puede intimar al inejecutante por escrito para que cumpla en un término adecuado, con la declaración que trascurrido inútilmente ese término el contrato se entenderá sin más resuelto./ El término no puede ser inferior a quince

condición resolutoria expresa en cuyo caso será suficiente la notificación a la otra parte (artículo 1456⁷⁵⁸) o salvo término esencial (artículo 1457⁷⁵⁹). Además, para que pueda resolverse el contrato, el incumplimiento ha de tener una relativa importancia, no pudiendo resolverse el contrato si el incumplimiento «tiene escasa importancia» (artículo 1455).

La resolución tendrá efecto retroactivo entre las partes «salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, a cuyo respecto el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya cumplidas», y sin que perjudique a terceros (artículo 1458).

Por tanto, el Código Civil francés (en su artículo 1.184) y el derogado Código civil italiano de 1865 (en su artículo 1.165), se refieren a la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, conocido como «condición resolutoria implícita o tácita⁷⁶⁰»⁷⁶¹ y no como remedio

días, salvo pacto diverso de las partes o salvo que, por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte adecuado un término menor. / Trascurrido el plazo sin que el contrato haya sido ejecutado, éste queda resuelto de derecho».

⁷⁵⁸ Art.1456. «Cláusula resolutoria expresa.- Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso que una determinada obligación no se cumpla según las modalidades establecidas./ En este caso la resolución se produce de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que entiende valerse de la cláusula resolutoria».

⁷⁵⁹ Art. 1457. «Término esencial para una de las partes.- Si el término fijado para la prestación de una de las partes debe considerarse esencial en el interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso contrario, si quiere exigir la ejecución no obstante el vencimiento del plazo, debe notificar a la otra parte expresamente la resolución».

⁷⁶⁰ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 30; Mario E. Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 40 y Mario E. Clemente

general frente al incumplimiento del contrato. Esto cambió en el Código civil italiano de 1942. Como veremos a continuación, el Código civil español mantiene en su artículo 1124 la originaria norma de corte afrancesado, si bien la Propuesta de Modernización del Código civil (2009) busca ya ubicarlo ordenadamente como remedio general frente al incumplimiento contractual, conforme al modelo de la CISG y Principios UNIDROIT.

1.2.2.2. El Código Civil español y la PMCC

Por su autoridad en la materia, seguiremos aquí la doctrina de Clemente Meoro. Dice así el autor: «El Código Civil español (en adelante, CC español) regula la resolución por incumplimiento en un único precepto, en la sección relativa a las obligaciones puras y condicionales, que se remite, a su vez, a otros dos, los artículos 1295 y 1298, en sede de rescisión de los contratos. Es por su ubicación, por los antecedentes del precepto en los artículos 1184 del Código Civil francés y 1165 italiano, y por la dicción del propio artículo 1124.1 CC, que a la

Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, pp. 2-3.

⁷⁶¹ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 30 y también en *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Mario E. Clemente Meoro, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 40.

facultad de resolver se la ha conocido como condición resolutoria implícita o tácita»⁷⁶².

En efecto, el Código civil español dispone, en su artículo 1.124, lo siguiente: «La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe./ El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible./ El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo./ Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

Este último párrafo quiere decir que los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes no alcanzará a los terceros que hayan adquirido con buena fe y a título oneroso (e inscrito el título en el Registro de la propiedad cuando se trate de bienes inmuebles;

⁷⁶² Mario E. Clemente Meoro, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992. p. 30; Mario E. Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 40 y Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, pp. 2-3.

tratándose de bienes muebles, habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 464 del Código Civil). Veamos, por lo demás, el contenido del artículo citado:

«El art. 1124 del Código Civil español –explica Mario Clemente, citando textualmente parte del precepto- se limita a establecer la facultad de resolver las obligaciones “para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”. En consecuencia, se limita a referirse al incumplimiento de la obligación como hecho determinante de la resolución»⁷⁶³. Sin embargo, podemos preguntarnos aquí si cualquier tipo de incumplimiento de la obligación legitima al acreedor afectado para resolver el contrato, lo que parece en principio desproporcionado, o si –por el contrario- el legislador se refiere tan sólo a un incumplimiento cualificado que perjudique gravemente el interés del acreedor, aspecto al que nos referiremos más adelante, al estudiar el incumplimiento esencial como presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria.

Como hemos visto, el Código civil italiano vigente suprime toda alusión a la condición resolutoria implícita. Sin embargo, como explica Mario Clemente, el artículo 1.124 del Código civil español se refiere a una «facultad» resolutoria implícita, siendo este precepto el que cierra la

⁷⁶³ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, p. 4.

sección dedicada a las obligaciones condicionales⁷⁶⁴. Ahora bien, si atendemos a la vigente opinión de la doctrina española y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es posible afirmar que esta interpretación ha sido superada por influjo del Derecho comparado y muy en particular, por influencia de la CISG, que –al haber sido ratificada por España- constituye parte de su Derecho interno y contempla la resolución como uno de los remedios contractuales frente al incumplimiento de una de las partes, como vengo indicando.

En este sentido, Mario Clemente explica que la asimilación entre facultad –o acción– resolutoria y condición resolutoria ha sido objeto de crítica, sobre la base de consideraciones tales como⁷⁶⁵ que el derecho a la resolución nace de la ley y no de la voluntad de las partes; o que no es una resolución automática sino una facultad de actuación por la que puede optar el acreedor perjudicado; entre otros.

El jurista español Eugenio Llamas Pombo explica que, en cuanto a la relación entre la facultad resolutoria establecida en el artículo 1124 del Código Civil español y otros remedios, «expresamente se pueden obtener

⁷⁶⁴ Citado por el autor: «Por otra parte, siguen hablando de condición resolutoria implícita las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983 (R.A. 255), 1 de octubre de 1986 (R.A. 5.229; La Ley, 1987-1, 134) y de 30 de septiembre de 1989 (R.A. 6.393; La Ley, 1989-4, 842)». Mario E. Clemente Meoro, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992. p. 30 y también en *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Mario E. Clemente Meoro, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 40.

⁷⁶⁵ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992. pp. 30-33. y también en *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Mario E. Clemente Meoro, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 40-44.

del precepto dos importantes conclusiones: 1º). La absoluta incompatibilidad entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria, pues optar por una equivale automáticamente a descartar la otra. Esto es fácil de entender. 2º). La esencial compatibilidad entre cualquiera de los dos mecanismos, y el “resarcimiento de daños y abono de intereses”, y por tanto, entre la resolución y dicho resarcimiento»⁷⁶⁶.

La Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos, presentada al Ministro de Justicia español por la Comisión General de Codificación en 2009, supera el antiguo modelo de la condición resolutoria implícita y propone la resolución -como uno más- dentro del sistema general de remedios frente al incumplimiento contractual (artículo 1190 PMCC). El texto de la PMCC requiere que el incumplimiento sea esencial para que el acreedor pueda acudir al remedio resolutorio (artículo 1199.I), en cuyo caso la resolución del contrato se efectuará mediante «notificación a la otra parte» (artículo 1199.II).

1.2.2.3. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)

⁷⁶⁶ Eugenio Llamas Pombo, La compraventa, LA LEY grupo Wolters Kluwer, LA LEY Tratados, Madrid, 2014, pp. 629-630.

Los ya referidos PLDC abordan en su borrador la materia de modo semejante a lo que hemos visto en la española PMCC: En el artículo dedicado a los *medios de tutela del acreedor*, se dispone que «en caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela: (...); 3. Resolución del contrato; (...)». Otro artículo [están aún sin numerar, dado el estado incipiente de los PLDC], dedicado a la *resolución por incumplimiento*, dispone lo siguiente: «Cualquiera de las partes de un contrato puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial./ El incumplimiento recíproco no obsta la resolución del contrato. La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte, la que producirá efectos desde su recepción». Los PLDC dan una definición del carácter esencial del incumplimiento contractual: «Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: 1. Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento. 2. El incumplimiento es doloso. 3. La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato. 4. Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato».

Sin duda, como vengo afirmando, los Principios UNIDROIT y la CISG están ejerciendo una importante influencia en la armonización de los textos jurídicos del Orbe, de modo paulatino, a ritmos diversos, pero de forma clara y progresiva. Repasaré a continuación estos textos y la influencia que también en China han dejado sentir.

1.3. Los Principios UNIDROIT

En relación con el remedio resolutorio, los Principios UNIDROIT prevén, como afirma el jurista argentino Atilio Aníbal Alterini «el derecho a dar por terminado el contrato si la otra parte ha incurrido en un “incumplimiento esencial”, a cuyo fin es relevante la consideración de si “el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado”, y si “el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato” [art. 7.3.1 (2, a y b)]. / El artículo 7.3.3 de los Principios UNIDROIT otorga derecho a dar por terminado el contrato “si con anterioridad a la fecha de cumplimiento (...) queda claro que habrá un incumplimiento esencial por la otra parte”. A su vez, el artículo 7.3.2 (d) considera incumplimiento esencial que asigna derecho a dar por terminado el contrato al que “le otorga a la parte perjudicada razones para

creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte”; en el Comentario se asume como hipótesis la de “una prestación a plazos” cuando “resulta claro que los defectos en una de las primeras prestaciones permiten anticipar que éstos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes (...), aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismo la terminación del contrato”⁷⁶⁷.

1.4. La CISG

Como vimos, la CISG introduce en el ordenamiento interno español una regulación del contrato de compraventa fruto del consenso entre las diferentes familias jurídicas (en especial entre el derecho anglosajón y el derecho continental germánico y francés), por lo que sus reglas son muy diferentes a las de los Códigos Civil y de Comercio. Las principales novedades de este sistema son –como ya se dijo- la redefinición de las obligaciones del vendedor, eliminando las obligaciones de saneamiento por evicción y por vicios ocultos, a cambio de ampliar el concepto de entrega, que debe ser conforme, de un lado; y, la reestructuración del sistema de remedios frente al incumplimiento, que deja de centrarse en la calidad de la obligación incumplida para hacerlo en la esencialidad del

⁷⁶⁷ Atilio Aníbal Alterini, «Los Principios de UNIDROIT y las soluciones del derecho común», *The UNIDROIT Principles: A common law of contracts for the Americas?*, Actas, Congreso Interamericano, UNIDROIT, Valencia, Venezuela, 1996, pp. 270-271.

incumplimiento para resolver el contrato, que elimina las acciones edilicias e introduce otras como la de sustitución o la de reparación e incorpora la figura del plazo suplementario para permitir que un incumplimiento no esencial devenga en resolutorio⁷⁶⁸.

Pues bien, en la CISG el remedio resolutorio es uno más entre los que constituyen el haz de mecanismos de tutela frente al incumplimiento que se ofrecen al acreedor (artículos 45), que requiere para su ejercicio que el incumplimiento sea esencial (artículo 49), esto es, que «cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación» (artículo 25).

1.5. La Ley de Contratos de China de 1999

¿Cómo regula la Ley de Contratos de China de 1999 la resolución por incumplimiento? Lo hace en su artículo 94, del que ofrezco la traducción oficial al inglés de la Asamblea Popular de China, así como su traducción original al español:

⁷⁶⁸ Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears, p. 3. (el texto es prácticamente idéntico al original del autor dado que la autora de esta tesis es nativa china y ha preferido basarse en la literalidad de los textos españoles).

«第 94 条规定,有下列情形之一的,当事人可以解除合同:»

Article 94 The parties to a contract may terminate the contract under any of the following circumstances:

Las partes de un contrato podrán resolverlo en cualquiera de las siguientes circunstancias:

« (一)因不可抗力致使不能实现合同目的;»

(1) it is rendered impossible to achieve the purpose of contract due to an event of force majeure;

(1) Cuando sea imposible lograr el propósito del contrato por causas de la fuerza mayor;

« (二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;»

(2) prior to the expiration of the period of performance, the other party expressly states, or indicates through its conduct, that it will not perform its main obligation;

(2) Cuando, antes del vencimiento del plazo del cumplimiento, la otra parte afirma expresamente, o indica a través de su conducta, que no va a cumplir con su obligación principal;

« (三) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;»

(3) the other party delayed performance of its main obligation after such performance has been demand, and fails to perform within a reasonable period;

(3) Cuando la otra parte retrasa el cumplimiento de su obligación principal, y no realiza el cumplimiento dentro de un plazo razonable después de que la parte demande el cumplimiento;

« (四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;»

(4) the other party delays performance of its obligations, or breaches the contract in some other manner, rendering it impossible to achieve the purpose of the contract;

(4) Cuando la otra parte retrasa el cumplimiento de sus obligaciones, o incumple el contrato de alguna otra manera, lo que hace que sea imposible lograr el objeto del contrato;

« (五) 法律规定的其他情形。 »

(5) *other circumstance as provided by law.*

(5) Cuando concurren otras circunstancias previstas por la ley.

Como hemos visto, en China –como en todos los sistemas comparados antes estudiados, la resolución del contrato no se admitirá si el incumplimiento tiene escasa importancia, exigiéndose en muchos casos que tenga carácter esencial. Detengámonos brevemente, a continuación, en esta última cuestión.

2. El carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución del contrato

La noción del incumplimiento esencial, que actualmente encontramos en la doctrina española se tradujo de la noción inglesa “*fundamental breach*” que aparece en la CISG. El carácter esencial del incumplimiento se convierte en el criterio de determinación de la procedencia o no del remedio resolutorio⁷⁶⁹. Como veremos, el

⁷⁶⁹ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究 ·Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 96.

incumplimiento esencial del contrato significa que una parte incumple el contrato, causando a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

2.1. La noción del incumplimiento esencial en el Common Law

Para estudiar la noción del incumplimiento esencial en el *Common Law*, distinguiré –brevemente- entre el Derecho inglés y el norteamericano.

2.1.1. El Derecho inglés: La distinción entre *conditions* y *warranties*

Para estudiar la noción del incumplimiento esencial en el Derecho inglés, seguiré básicamente las tres obras de referencia sobre la materia desarrolladas por la doctrina china [Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013; y Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: 违约形态比较研究 (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005], así como las dos obras de referencia en Derecho español (Clemente Meoro, Mario E.; *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992; y de Álvarez Vigaray, Rafael; *La resolución de los contratos bilaterales por*

incumplimiento, tercera edición, editorial Comares, Granada, 2003) y las obras de referencia de juristas Latinoamericanos [Álvaro Vidal y Carlos Wilson, de Chile: Pizarro Wilson, Carlos / Vidal Olivares, Álvaro; *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010; Pizarro Wilson, Carlos (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012]; y Juan Luis Miguel, de Argentina Miguel, Juan Luis; *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986).

La noción del incumplimiento esencial se originó y se fundó en la sentencia del caso *Poussard v. Spiers* del año 1875. En aquel entonces, los tribunales ingleses distinguieron las cláusulas del contrato en dos tipos de pactos contractuales, “condición” (*condition* en inglés) y “garantía” (*warranty* en inglés), según la importancia de la cláusula. El incumplimiento de las primeras (condiciones), pero no el de las segundas (garantías), faculta para resolver.⁷⁷⁰

En el *Common Law*, el término “condición” (*condition*) tiene dos significados diferentes: uno es el requisito previo del contrato; el otro es un tipo de la cláusula del contrato. En el último, «a efectos de resolución», “condición” es la cláusula más importante o esencial del contrato, mientras que “garantía” es la cláusula adicional y auxiliar del contrato. Por lo tanto, si la parte incumple la cláusula “condición”, esto

⁷⁷⁰ Mario Clemente Meoro, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 102.

supone un incumplimiento esencial, por lo cual la parte perjudicada tiene el derecho a resolver el contrato; sin embargo, si la parte incumple la cláusula “garantía”, la otra parte no puede resolver el contrato⁷⁷¹. «A efectos de resolución, *condition* es aquel pacto (term) cuyo incumplimiento por el deudor legitima al acreedor para resolver la relación obligatoria; por el contrario, si el pacto pertenece a la categoría de las *warranties*, su incumplimiento no permite resolución, sino sólo reclamar *damages*»⁷⁷².

Ahora volvemos al caso de *Poussard v. Spiers*⁷⁷³. En este caso, el tribunal inglés opinaba que la actriz Poussard incumplió la cláusula “condición”, por lo tanto, la otra parte Spiers tenía derecho a resolver el contrato. En el caso *Bettini v. Gye* del año 1876⁷⁷⁴, como el tribunal

⁷⁷¹ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究 ·Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract.*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 97.

⁷⁷² Mario Clemente Meoro, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 102-103, cita 72, 73 y 74.

⁷⁷³ La señora Poussard firmó un contrato para actuar como cantante de ópera durante tres meses. Ella estuvo enferma cinco días antes de la noche de apertura, y no era capaz de realizar las primeras cuatro noches. Spiers la reemplazó con otra cantante de ópera. La señora Poussard incumplió la cláusula “condición”, por lo tanto, Spiers tenía derecho a rescindir el contrato, traducción del siguiente texto original en inglés: «*Madame Poussard entered a contract to perform as an opera singer for three months. She became ill five days before the opening night and was not able to perform the first four nights. Spiers then replaced her with another opera singer. Held: Madame Poussard was in breach of condition and Spiers were entitled to end the contract. She missed the opening night which was the most important performance as all the critics and publicity would be based on this night*», disponible en: <http://www.e-lawresources.co.uk/Poussard-v-Spiers.php>.

⁷⁷⁴ *Bettini v. Gye* (1876), L.Q.B.D.183 / forma para citar la sentencia: cita 83 de *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Mario Clemente Meoro, p105: (1876) 1 Q.B.D. 183. Vid.

opinaba que la parte incumplidora incumplió la cláusula “garantía”, y no la cláusula “condición”, la parte perjudicada no podía resolver el contrato⁷⁷⁵.

2.1.2. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho norteamericano

La distinción inglesa de las cláusulas contractuales (“condición” y “garantía”) ha dejado mucha influencia en el *Common Law* americano, pero la diferencia entre el *common law* inglés y el *Common Law* americano consiste en que el *Common Law* americano no emplea la noción del “*fundamental breach*”, sino la noción del “*material breach*” o la del “*substantial non-performance*”⁷⁷⁶. La norma general era que cuando el incumplimiento de una parte constituye un “*material breach*”,

también *Behn v. Burness* (1863) 3 B. & S.751.

«En *Bettini v. Gye*, un cantante de ópera—Bettini—se prometió a estar en Londres, para ensayar, seis días antes del comienzo de las representaciones, pero cayó enfermo y sólo pudo llegar dos días antes, razón por la cual el empresario resolvió. En opinión de Blackburn J. la cuestión central consistía en determinar si tal pacto era una *condition precedent* de la responsabilidad de la otra parte, o sólo un *independent agreement*, cuyo incumplimiento no justificaba la resolución.» *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Mario Clemente Meoro, p. 105.

⁷⁷⁵ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu* ; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 97.

⁷⁷⁶ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu* ; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china) , Beijing, 2013, p. 98

la otra parte puede pedir la resolución del contrato, como la sentencia de *Colonial Dodge v. Miller* de 1984⁷⁷⁷.

2.2. La noción del incumplimiento esencial en la familia del Derecho civil continental

En el Derecho civil continental, no existía ni la noción del incumplimiento esencial ni la uniformidad de las normas sobre el incumplimiento esencial⁷⁷⁸. El Derecho civil continental tampoco clasifica las cláusulas del contrato en cláusulas de “condición” y cláusulas de “garantía” como el Derecho anglosajón, pero existen disposiciones similares a las propias del incumplimiento esencial en el Derecho civil continental.

2.3. La noción del incumplimiento esencial en la CISG

Según sostiene el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, «la noción del incumplimiento esencial, si bien la CV la toma directamente de la LUCI (art. 10), tiene su origen mediato en el *Common Law* en la institución del *fundamental breach of contract*, que coincide con la

⁷⁷⁷ <http://www.4lawschool.com/contracts/dodge.shtml>

⁷⁷⁸ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 99.

versión inglesa de la CV. En el *Common Law* el criterio desde fines del siglo XIX ha sido el de la naturaleza del pacto incumplido, apoyándose en la distinción entre *conditions* y *warranties*, autorizando la resolución sólo ante la infracción de los primeros. Sin embargo, desde el año 1963, el criterio ha sido el de la gravedad de las consecuencias del incumplimiento, en términos de que se podrá resolver el contrato cuando éste afecte la raíz o la base del contrato, frustrando el propósito del acreedor o privándolo sustancialmente del beneficio que pretendía obtener. Las estipulaciones, cuya infracción afecta la base o raíz del contrato, se denominan esenciales o fundamentales, llegándose a la noción de *fundamental breach of contract*»⁷⁷⁹.

En la CISG se exige que, para que el incumplimiento legitime al acreedor no incumplidor a la resolución del contrato ha de ser un incumplimiento esencial (artículo 49), lo que exige la determinación de un criterio de distinción entre el incumplimiento esencial y el no esencial. Según el artículo 49 de la Convención, en los casos del incumplimiento esencial, la parte no incumplidora tiene derecho a resolver el contrato.

El criterio para determinar cuándo el incumplimiento es esencial viene establecido en el artículo 25 de la Convención de Viena, que

⁷⁷⁹ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador; Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 103.

contempla la noción del “incumplimiento esencial”. Se entiende por incumplimiento esencial el no cumplimiento de la obligación de una de las partes «que cause a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación» (artículo 25 CISG). La obligación incumplida puede ser tanto una expresamente contemplada en el contrato como una obligación de origen legal impuesta por la CISG⁷⁸⁰.

El artículo 25 de la Convención de Viena permite así distinguir el incumplimiento esencial del incumplimiento no esencial. El jurista mejicano Jorge Adame Goddard explica que sólo el incumplimiento que cause un *perjuicio grave* es un incumplimiento esencial y puede dar lugar a la resolución del contrato⁷⁸¹. Por su parte, el jurista chino Hui Congbing opina que la Convención de Viena exige dos requisitos para el incumplimiento esencial: la gravedad del incumplimiento y la previsibilidad del incumplimiento⁷⁸². A mi juicio, es más completa la

⁷⁸⁰ Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears, p. 4.

⁷⁸¹ Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, ISBN 970-10-0507-4, p. 231, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>.

⁷⁸² Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu* ; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*, 法律出版社(Law press

explicación del jurista chino. Como sostiene el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, «La razonable previsibilidad del resultado (privación sustancial de lo que el acreedor tiene derecho a esperar en virtud del contrato) se aprecia, aunque la norma no la exprese, al momento de la celebración del contrato, instante en que se fija su objeto y ámbito de protección; lo que ocurra después no incide en la posición contractual de las partes, especialmente en la del deudor, quien, sobre la base del conocimiento real o imputado que posea al momento del contrato, tiene la carga de prever varias cosas relacionadas con el desarrollo del programa de prestación: a) los incumplimientos que pueden privar a su acreedor de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato (art. 25 CV); b) los impedimentos que pueden afectar la preparación o ejecución de la prestación (art. 79(1) CV) y c) los daños que puedan ser una posible consecuencia de la infracción contractual que le atribuye responsabilidad (art. 74 CV). O sea, la carga de prever se proyecta en tres direcciones y el momento en el que actúa es el mismo: el de la celebración del contrato. En ese instante se reparten los riesgos entre las partes, permitiendo dibujar el ámbito de cada uno de estos remedios»⁷⁸³.

china), Beijing, 2013, p. 98.

⁷⁸³ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, pp. 101-102.

El jurista chileno Álvaro Vidal Olivares sostiene que, «La esencialidad no obedece a un criterio cuantitativo, ni menos atiende al carácter principal o accesorio de la o las obligaciones incumplidas, sino, exclusivamente, a uno cualitativo, vinculado directamente con el interés del acreedor y la posibilidad de su ulterior satisfacción por medio de una prestación tardía o la corrección de la prestación ejecutada defectuosa o imperfectamente»⁷⁸⁴.

El jurista mejicano antes citado atribuye a los juristas mejicanos un papel importante en el establecimiento de este criterio en el texto de la CISG: Cabe mencionar -explica- que, en las sesiones del grupo de CNUDMI que preparó el proyecto de la convención actual, los representantes mexicanos hicieron la propuesta de ligar la noción de incumplimiento esencial con la de “perjuicio importante”⁷⁸⁵. La propuesta fue aprobada, y en el proyecto de convención que se presentó a la Conferencia de Viena (art. 23) se definía el incumplimiento esencial como el que “causa un perjuicio importante”. Se pasó así -afirma-, por iniciativa de los juristas mexicanos, de una definición subjetiva de incumplimiento esencial a una objetiva⁷⁸⁶. La palabra “perjuicio” del

⁷⁸⁴ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 99.

⁷⁸⁵ Citado por el autor: «Véase *Yearbook VI* (1975) 53, 64, 77-78 y 94-95». Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, ISBN 970-10-0507-4, p. 232, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>, p. 232.

⁷⁸⁶ Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, ISBN 970-10-0507-4,

artículo 25 de la Convención de Viena debe interpretarse en sentido amplio –sigue diciendo el autor-, como cualquier deterioro o menoscabo económico, y no en el sentido restringido de ganancia dejada de obtener, con el que aparece en el artículo 74 que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios⁷⁸⁷.

Comentando el origen del incumplimiento esencial establecido en el artículo 25 CISG, el jurista chino Wang Liming explica lo siguiente⁷⁸⁸:

«这一制度产生于普通法，是普通法从条件和担保条款的分类中所发展出来的概念，而公约借鉴了这一经验，在第 25 条中确立了根本违约的概念，并在违约责任制度中确立了根本违约制度⁷⁸⁹。»

El incumplimiento esencial se origina en el *Common Law*. La CISG contempla la noción del incumplimiento esencial en el artículo 25 y ubica esta norma en el sistema de las responsabilidades por incumplimiento del contrato. Por esta razón, el autor contextualiza la norma explicando otras relacionadas con ella, tales como el artículo 51 CISG, conforme al cual cuando existe una entrega parcial de parte del obligado sólo habrá lugar a

p. 232, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>.

⁷⁸⁷ Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, ISBN 970-10-0507-4, p. 232, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>.

⁷⁸⁸ El jurista chino Wang Liming expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn.

⁷⁸⁹ El jurista chino Wang Liming expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn.

la resolución del contrato si puede hablarse de incumplimiento esencial, debiendo mantenerse el contrato en el resto de los casos:

«按照公约第 51 条规定, 买方只有在完全不交付货物或不按照合同规定交付货物等于根本违反合同时, 才可以宣告整个合同无效。例如, 出售的货物被污染, 且不符合明示的质量标准, 构成根本违约⁷⁹⁰。

»

De acuerdo con el artículo 51 de la Convención –sigue diciendo el autor chino citado-, «1) si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme. 2) el comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste. »

A juicio del jurista chino Wang Liming, es muy positivo exigir el carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución, porque aporta seguridad jurídica. Así, dice:

«根本违约制度严格限制了合同解除的条件, 为合同严守确立了重要的法律保障⁷⁹¹。 »

⁷⁹⁰ El jurista chino Wang Liming expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn.

⁷⁹¹ El jurista chino Wang Liming expresó en un discurso titulado “La modificación de la

El incumplimiento esencial limita severamente las condiciones de la resolución del contrato, y establece una protección legal importante para el cumplimiento del contrato.

En relación con la explicación del régimen del incumplimiento esencial en la CISG, pueden destacarse algunas diferencias de carácter expositivo o en cuanto al método de sistematización de la materia. Así, por ejemplo, a juicio de Mario Clemente Meoro, el concepto del incumplimiento esencial se encuentra en la Convención de Viena en los artículos 25, 46.2, 49.1 a), 51.2, 64.1 a), 70, 72.1 y 73⁷⁹². Por consiguiente, el autor incluye dentro del incumplimiento esencial los supuestos de incumplimiento anticipado esencial (*fundamental*) o *anticipatory breach*, lo que es admisible a mi juicio, ya que el autor sistematiza la materia tomando el criterio de esencialidad del incumplimiento como referencia. Sin embargo, los autores chinos clasifican el incumplimiento en dos apartados: 1) El incumplimiento previsible; y, 2) El incumplimiento de hecho, ubicando el incumplimiento esencial en este segundo apartado como aquélla de las modalidades del mismo que daría lugar a la resolución del contrato. Ambos modos de

CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn.

⁷⁹²Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, p. 4.

explicar la materia son compatibles. La diferencia es únicamente expositiva o de orden.

2.4. Los Principios UNIDROIT

La noción del incumplimiento esencial en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (PICC en inglés, en adelante, Principios UNIDROIT) se encuentra en el artículo 7.3.1. (*Derecho a dar por terminado el contrato*), como requisito para resolver el contrato.

De acuerdo con los Principios UNIDROIT, la parte perjudicada puede declarar resuelto el contrato en caso del incumplimiento esencial de la otra parte. En comparación con la CISG, los Principios UNIDROIT describen el incumplimiento esencial de un modo más amplio o exhaustivo que la CISG, ya que –junto al carácter grave e imprevisible del incumplimiento–, consideran también aspectos subjetivos (en particular, la actitud del deudor contraria al cumplimiento, intencional o temeraria), así como el incumplimiento esencial anticipado (la parte incumplidora da razones justificadas a la otra parte para desconfiar que se cumplirá en el futuro). Parece posible afirmar, por consiguiente, que los Principios UNIDROIT no siguen sólo el modelo de la CISG sino que recibe otras influencias.

En este sentido, se ha indicado que los Principios UNIDROIT contemplan con mucho detalle los factores determinantes de la existencia o no del incumplimiento esencial, y se ha explicado que la mayoría han sido tomados de las disposiciones relacionadas del *Restatement (Second)* de Contratos de E.E.U.U.⁷⁹³.

2.5. La noción del incumplimiento esencial en los Principios Europeos del Derecho de Contratos

En los Principios Europeos del Derecho de Contratos (en adelante, PECL), elaborados por la denominada Comisión Lando, y aprobados en 1998 por el Consejo europeo del Derecho contractual, el concepto del incumplimiento esencial se define en el artículo 8.103 PECL (*Incumplimiento esencial*), que dispone lo siguiente: «El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos

⁷⁹³ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu* ; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*, 研究), 法律出版社 (Law press china) , Beijing, 2013, p. 100.

a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte»⁷⁹⁴.

2.6. La española PMCC (2009)

En relación con la noción del incumplimiento esencial en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil español (Comisión General de Codificación, 2009), merece ser destacado el trabajo de Mario Clemente Meoro sobre la materia⁷⁹⁵.

La PMCC dispone que el incumplimiento esencial legitima al acreedor para resolver el contrato. Como ha afirmado Esther Gómez Calle, «se configura el incumplimiento esencial como causa de resolución en el art. 1199. I PMCC⁷⁹⁶». Como apunta Esther Gómez Calle, la

⁷⁹⁴ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de derecho civil de comisión general de codificación española*, p. 5.

⁷⁹⁵ Mario E. Clemente Meoro, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de derecho civil de comisión general de codificación española*. (Este trabajo constituye, con ligeras modificaciones, la conferencia impartida por su autor en las *Jornadas sobre la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* organizadas por el Ministerio de Justicia en Madrid del 15 al 17 de febrero de 2010, y ha sido publicado en la obra colectiva *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Valencia, 2010, pp. 97 y ss, Fecha de recepción: 8 - 3 - 2011. Fecha de aceptación: 8 - 3 - 2011), pp. 1-2.

⁷⁹⁶ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 65.

«cuestión es determinar cuándo el incumplimiento reviste la nota de *esencialidad*. El art. 1199.I PMCC se limita a apuntar que ello debe concretarse atendiendo a la finalidad del contrato: « Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial »⁷⁹⁷.

2.7. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino

En este apartado abordaré la cuestión del incumplimiento esencial en el Derecho Chino, basándome en el trabajo previo de los juristas chinos Wang Liming, Han Shiyuan, Hui Congbing y Li Xintian, entre otros. El texto aporta una síntesis y traducción de algunos de sus trabajos, y mi particular juicio al respecto.

2.7.1. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino antes de la Ley de Contratos de China de 1999

Aunque la ley china no emplea directamente la noción del incumplimiento esencial, el contenido sustancial del incumplimiento

⁷⁹⁷ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 65.

esencial se manifiesta en la Ley de Contrato Comercial Extranjero del año 1985 y la Ley de Contratos de China del año 1999.

Como ya se explicó, antes de que la Ley de Contrato de China entrase en vigor en el año 1999, había en China tres leyes que funcionaban y jugaban el papel de la Ley de Contrato en China. Estas normas son los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China (GPCL en inglés), la Ley de Contrato Comercial, la Ley de Contrato Comercial Extranjero y la Ley de Contrato de Tecnología, entre las cuales el GPCL servía como ley general, mientras que las otras tres leyes eran leyes especiales.

De entre ellas, sólo la *Ley de Contrato Comercial Extranjero* había contemplado muy sencillamente el incumplimiento esencial (su contenido). Aunque esta ley no utiliza el concepto del incumplimiento esencial propiamente dicho, el contenido sustancial o la interpretación de la norma sí coincide con la noción del incumplimiento esencial. La norma dice así:

«Una parte puede resolver el contrato bajo las siguientes condiciones:

(1). cuando la otra parte incumple el contrato, causando un perjuicio grave sobre el interés económico que tenía derecho a esperar en virtud del contrato;

(2) si la otra parte no cumple el contrato dentro del plazo estipulado por el contrato, y sigue sin cumplirlo dentro del plazo razonable pospuesto permitido».

A mi juicio, el texto se parece más a lo dispuesto en los PECL que en la CISG, toda vez que la CISG requiere que el incumplimiento resolutorio sea grave e imprevisible, mientras que los PECL admiten que pueda resolverse el contrato cuando se dio al acreedor un plazo para cumplir y no lo hizo.

Bajo las dos condiciones mencionadas en el artículo citado, la parte incumplidora causa con su conducta la imposibilidad de realización del objetivo del contrato para la parte no incumplidora, lo cual supone un incumplimiento esencial, que legitima a la parte perjudicada para resolver el contrato.

Aunque algunos juristas chinos opinan que la *Ley de Contrato Comercial* de China y la *Ley de Contrato de Tecnología* de China también contenían las disposiciones relacionadas con el incumplimiento esencial, estas disposiciones sobre las condiciones de la resolución del contrato solamente involucraban el incumplimiento del contrato, sin determinar si se puede resolver el contrato de acuerdo con la naturaleza del incumplimiento o la gravedad del perjuicio causado por el incumplimiento. Por lo tanto, se considera que la *Ley de Contrato*

Comercial Extranjero fue la única ley que contemplaba el incumplimiento esencial antes de la *Ley de Contratos* de China⁷⁹⁸. Esto también demuestra que, antes de la *Ley de Contratos* de China de 1999, el concepto del incumplimiento esencial solamente se aplicaba a los contratos económicos extranjeros, y no a los contratos internos, lo cual se ha considerado como un defecto significativo del derecho contractual de aquella época⁷⁹⁹, que se ha reformado después con la modernización del Derecho de contratos, derogando las diferentes leyes especiales y aprobando una única Ley General de Contrato que los rijan a todos, sin distinguir si son contratos internacionales o no, como veremos más adelante. A mi juicio, sería recomendable que los países latinoamericanos que comercian con China modernizaran sus Códigos civiles de modo semejante, a fin de que se aplique y conozca la misma regla en el mercado interior y el internacional, por razón de eficacia y seguridad jurídica.

El autor chino Li Xintian explica algunos aspectos de la resolución por incumplimiento del contrato en la antigua Ley de Contrato Comercial

⁷⁹⁸ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究), *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*, 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013, p. 100.

⁷⁹⁹ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 126.

de China, aplicable en el mercado interior (y no aplicable, a diferencia de la anterior, al contrato internacional):

«而根据我国原《经济合同法》的规定，如果“另一方在合同约定的期限内没有履行合同”，当事人一方就有权通知另一方解除合同，而不管这种在合同约定期限内没有履行合同的违约行为给受害方当事人造成何种程度的损害后果，不管违约方当事人是否已为履行合同进行准备，受害方当事人也无需给违约方当事人一个一个额外期限履行其合同义务。这种合同解除制度对于违约方当事人而言过于苛刻，是不公平的，有时也会造成社会资源的巨大浪费。⁸⁰⁰»

Vamos a ver la disposición de la *Ley de Contrato Comercial* de China sobre este aspecto. La *Ley de Contrato Comercial* de China contempla que «una parte podrá resolver el contrato y notificar la resolución del contrato a la otra parte si la otra parte no cumple las obligaciones dentro del plazo acordado en el contrato». Esta simple disposición demuestra que la resolución del contrato no tiene nada que ver con la consideración de la gravedad del perjuicio, sin considerar si la parte incumplidora está dispuesta a las acciones del cumplimiento, ni considerar la necesidad de dar a la parte incumplidora un plazo adicional para cumplir sus obligaciones contractuales, lo cual es más duro e injusto

⁸⁰⁰ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 126.

para la parte incumplidora⁸⁰¹, y a veces, también es un malgastado del recurso social, además, se ha desviado bastante de la finalidad de fomentar el comercio⁸⁰². Como ya se ha indicado, esta norma será derogada después para fundirse todo el régimen jurídico de la contratación en un sólo texto legal, aplicable a contratos internos e internacionales, por razón de eficacia y seguridad jurídica.

2.7.2. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino de la Ley de Contratos de China de 1999

Como se indicó, La Ley de Contratos de China de 1999 ha derogado el derecho anterior y es actualmente la única Ley aplicable a los contratos en China, sean nacionales o internacionales.

El artículo 94 de la Ley de Contratos de China contempla lo siguiente:

«Una parte puede resolver el contrato bajo las siguientes condiciones: (...)

⁸⁰¹ Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005, p. 126.

⁸⁰² El jurista chino Wang Liming expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn.

(3). Si, una parte está en mora en cuanto a la prestación, o existe otros actos del incumplimiento por esta parte, lo cual causa que el objetivo del contrato no se pueda realizar».

El artículo 148 de la *Ley de Contratos* dispone que «si la calidad del objeto no cumple los requisitos de calidad, causando que el objetivo del contrato no pueda realizarse, el comprador puede rechazar la entrega del objeto o resolver el contrato (.....)» (en chino: «第一百四十八条因标的物质量不符合质量要求, 致使不能实现合同目的的, 买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。 (.....)⁸⁰³»).

El jurista chino Wang Liming explica que, aunque la *Ley de Contratos* de China no emplea la noción del incumplimiento esencial, contempla que “el perjuicio grave” es la condición de la resolución del contrato de la parte perjudicada, lo cual demuestra que la Ley de Contratos de China acepta sustancialmente la regla del incumplimiento esencial⁸⁰⁴.

«我考察了一下, 英美法确实没有这样一个明确的根本违约概念, 但是他们有违反条件的规则, 公约也确实是借鉴了英美法的违反条件的规则。我向大家介绍一下根本违约规则的背景。现在有很多人不了

⁸⁰³ Fuente: www.gov.cn. (página web oficial del Gobierno de la República Popular de China).

⁸⁰⁴ Hui Congbing (en chino: 惠从冰), *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社(Law press china), Beijing, 2013, p. 100.

解我国合同法当时为什么要规定根本违约，第 94 条第 5 款第 4 项的意义何在。当时，我国的经济合同法在违约解除条件上没有任何限制。

⁸⁰⁵»

¿Por qué la *Ley de Contratos* de China ha adoptado el concepto del incumplimiento esencial?

Antes de la elaboración de la *Ley de Contratos* de China, en la *Ley de Contrato Comercial* de China, no había ningún límite a las condiciones para la resolución del contrato por incumplimiento.

«当时经济合同法的规定是：任何一方违反合同，另一方有权解除合同。它采纳的是任何违约都可以解除合同，即便是非常轻微的违约。但是，这条规定严重背离了鼓励交易的目的。»

La *Ley de Contrato Comercial* de China establecía que, si una parte incumple el contrato, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato, lo cual se desviaba bastante de la finalidad de fomentar el comercio.

«后来我们在公约中发现了根本违约制度，感觉非常好。因为根本违约就是对违约解除的一个限制，公约实际上就是把它作为违约解

⁸⁰⁵ El jurista chino Wang Liming expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn.

除的限制条件提出来的，应该说这是一个非常了不起的一个创造。⁸⁰⁶

»

Más adelante los juristas chinos encontraron el concepto del incumplimiento esencial en la Convención de Viena. El concepto del incumplimiento esencial es una restricción para la resolución del contrato, a los juristas chinos, les parece una creación importante.

«于是我国的合同法予以采纳，但是后来发现公约中借鉴英美法预期违约概念，又进一步根据根本违约制度来区分根本预期违约和根本非预期违约。»

Así que la nueva Ley de Contratos de China adopta este concepto, pero más tarde se descubrió que, heredado del incumplimiento anticipado del *Common Law*, la Convención distingue el incumplimiento anticipado esencial y el incumplimiento esencial no anticipado.

«后来我国的合同法借鉴了预期根本违约的概念，但是没有借鉴预期根本违约和预期非根本违约的区分。»

⁸⁰⁶ El jurista chino Wang Liming expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn.

Más tarde, la Ley de Contratos de China heredó el concepto del incumplimiento esencial anticipado, pero no adoptó la distinción entre el incumplimiento esencial anticipado y el incumplimiento anticipado no esencial.

«合同法第 94 条第 4 项规定：“当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的”，可以解除合同。»

El párrafo 4 del artículo 94 de la Ley de Contratos de China establece que «si una parte retrasa el cumplimiento del contrato o su incumplimiento del contrato frustra el objeto del contrato», la otra parte puede resolver el contrato.

Al respecto, quiero aclarar que la norma admite la resolución no solo en caso de retraso que frustre el fin del contrato sino también cuando por cualquier otra causa no pueda realizarse el objetivo de éste. Es decir, el último inciso marca la pauta de cierre de la norma, pudiendo afirmarse que lo esencial o decisivo para la resolución del contrato es la frustración del fin del contrato como consecuencia del incumplimiento.

En este sentido, se comprende que el jurista chino Wang Liming explique lo siguiente:

«该条款将根本违约作为了兜底条款，这实际上是将根本违约作为违约解除的主要条件。该规则自颁布以来，广受好评，成为我国《合同法》上的一大亮点。»

Esta disposición considera el incumplimiento esencial como la condición principal de la resolución del contrato por el incumplimiento.

2.8. El incumplimiento resolutorio en el Derecho chileno

Al hablar del «incumplimiento resolutorio», el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares sostiene que «Debe ser grave o esencial»⁸⁰⁷, o sea: «La resolución del contrato requiere un incumplimiento que sea lo suficientemente grave o, lo que es igual, que tenga el carácter de esencial»⁸⁰⁸. El jurista expresa que «desde que el art. 1.489 del *Código Civil* requiere para la que proceda la resolución que el deudor no cumpla lo pactado, sin distinguir, podría pensarse que cualquier incumplimiento, por insignificante que sea, sería suficiente. Sin embargo, desde hace mucho la doctrina y la jurisprudencia reserva la resolución por inexecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando

⁸⁰⁷ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006. pp. 93-194.

⁸⁰⁸ Álvaro Vidal Olivares, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, de Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 470.

así el ejercicio de la facultad resolutoria para aquellos casos en los que el incumplimiento incide en obligaciones esenciales o cuando en sí es grave. El profesor Peñailillo Arévalo, en su reciente obra, propone ciertos factores que sirven para determinar la trascendencia del incumplimiento y entre ellos considera: el valor del negocio (la naturaleza de ese valor dependerá del negocio que generalmente será económica); la función que por su naturaleza cumple el contrato (considerado en abstracto); la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor víctima del incumplimiento y concluye apuntando que el examen sobre la importancia del incumplimiento implica la interpretación del contrato y que los factores debidamente probados deben ser ponderados a la luz de la buena fe que ha de presidir las diversas etapas del trayecto contractual»⁸⁰⁹.

Aparte de esto, el jurista expresa que «la facultad resolutoria debe examinarse desde la perspectiva del interés del acreedor»⁸¹⁰. Él cita a Clemente Meoro, cuando habla de la concepción de la resolución, «medio de tutela frente a la inejecución (o defectuosa, o tardía ejecución) de la prestación. Ante el riesgo de pérdida de la contraprestación el

⁸⁰⁹ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, pp. 193-194.

⁸¹⁰ Álvaro Vidal Olivares, *La noción de “incumplimiento esencial” en el Código Civil, de Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 487.

ordenamiento faculta al contratante no incumplidor para desligarse de un vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía, de forma que pueda acudir al mercado y buscar formas más adecuadas y convenientes para satisfacer sus intereses»⁸¹¹.

2.9. El carácter esencial del incumplimiento en los PLDC⁸¹²

En los PLDC se dedica un artículo al *Carácter esencial del incumplimiento* (Sección 1.a *Del incumplimiento en general*, Capítulo 2. *Incumplimiento de las obligaciones contractuales*, Segunda Parte)⁸¹³: «Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: / 1. Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento. / 2. El incumplimiento es doloso. / 3. La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato. / 4. Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con

⁸¹¹ Álvaro Vidal Olivares, La noción de “incumplimiento esencial” en el Código Civil, de *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 488, nota 4.

⁸¹² Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

⁸¹³ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato»⁸¹⁴.

IV. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

En relación con el remedio indemnizatorio, conviven dos posibles sistemas en el Derecho de la contratación: De un lado, los sistemas de corte subjetivo, que requieren un cierto grado de culpa del deudor, cuanto menos, para imputarle responsabilidad. En esta línea se encuentran los ordenamientos de la familia del Derecho civil continental europeo si bien se aprecian movimientos evolutivos en algunos de ellos como veremos a continuación. De otro lado, los sistemas de corte objetivo, que permiten imputar responsabilidad al deudor en caso de incumplimiento, con independencia de la culpa, si bien puede quedar exonerado en caso de fuerza mayor o cuando quede fuera de su esfera de control el evitar el resultado dañoso. La responsabilidad objetiva, también llamada responsabilidad estricta (*strict liability*), es una noción proveniente del *Common Law*.

⁸¹⁴ Antonio Manuel Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

El jurista uruguayo Andrés Mariño Lopéz ha explicado bien esta diferencia. A continuación, me referiré a algunos de sus párrafos más significativos, a fin de penetrar en la visión de la materia que pueda tenerse en Latinoamérica: «La responsabilidad contractual -explica- se edifica sobre la base de fundamentos subjetivos u objetivos, según se tome en consideración, o no, la conducta exigible al deudor para la asignación de la obligación indemnizatoria. La opción por unos u otros es de suma relevancia, pues determina, en definitiva, a qué están obligados los sujetos de la relación obligacional»⁸¹⁵.

En cuanto a los «elementos y proceso de asignación de la responsabilidad contractual», el autor sigue explicando que, «el daño a un sujeto de derecho es el elemento básico de la responsabilidad contractual, en particular, y del derecho de daños, en general. En la responsabilidad contractual, si no existe un daño sufrido por una de las partes contratantes, no existe obligación indemnizatoria a cargo de la parte incumplidora. / Ese daño debe conectarse, por medio del nexo causal o relación de causalidad, con el incumplimiento material de la obligación, esto es, la no-ejecución del programa contractual: la cosa no se entrega, lo

⁸¹⁵ Andrés Mariño Lopéz, “El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del Derecho de los contratos”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Número 1 de 2011, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2011, p. 81.

que se debía hacer no se hace, lo que debía no hacer se hace. Se trata de la denominada imputación objetiva. / A su vez, constatada la conexión causal entre el daño y el incumplimiento material de la obligación, es necesaria la atribución de ese incumplimiento material al deudor (relación de atribución). Esa imputación denominada subjetiva se realiza por medio de los factores de atribución o criterios para la imputación. En consecuencia, el daño se conecta por medio del nexo causal con el incumplimiento material y éste con el deudor por medio del factor de atribución. / La asignación de la obligación indemnizatoria al deudor se realiza por un proceso que se conforma en etapas sucesivas y concatenadas, construido sobre la base la sistematización de los diversos elementos de la responsabilidad contractual (daño, relación de causalidad, incumplimiento material, relación de atribución, sujeto dañante y sujeto dañado)»⁸¹⁶.

Al tratar los «bases subjetivas y objetivas de la responsabilidad contractual», el autor explica que «La objetividad o subjetividad de la responsabilidad contractual se concreta en dos puntos de esa red: (i) el factor de atribución del incumplimiento material al deudor y (ii) el evento

⁸¹⁶ Andrés Mariño Lopéz, “El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del Derecho de los contratos”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Número 1 de 2011, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2011, p. 83.

que interrumpe (a) el nexo causal entre daño e incumplimiento material, o (b) la relación de atribución entre el incumplimiento material y el deudor. Este evento eximente de responsabilidad es denominado de diferentes formas. (...) De acuerdo con la construcción conceptual que se realice del factor de atribución y la causa extraña no imputable, la responsabilidad será más o menos objetiva o subjetiva. / ¿Cuándo la responsabilidad contractual es subjetiva? Cuando la determinación del factor de atribución y de la causa extraña no imputable se realiza tomando en consideración la conducta que debe desarrollar el deudor para dar cumplimiento a la obligación a su cargo. / En cambio, la responsabilidad es objetiva cuando no se toma en cuenta la acción exigible al deudor para determinar el factor de atribución y la causa eximente de responsabilidad. Basta que el incumplimiento material se haya producido para que el deudor deba resarcir los daños independientemente de su conducta. No es suficiente acreditar que se han desarrollado todas las conductas que el sujeto contratante puede realizar para que se considere fracturado el nexo causal o la relación de atribución»⁸¹⁷.

⁸¹⁷ Andrés Mariño Lopéz, «El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del Derecho de los contratos», *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Número 1 de 2011, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2011, pp. 83-84

1. La responsabilidad objetiva (*strict liability*) del *Common Law*

Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, han explicado que, en el Derecho anglosajón, «la construcción del contrato (...) no se basa en la idea de deber o de obligación, sino en la de garantía de un resultado a cargo del deudor.»⁸¹⁸. Siendo así, señalan, «la responsabilidad contractual se construye al margen de la culpa del deudor, en la medida en que el contratante no se vincula en torno a la promesa de su conducta futura, sino en torno a un resultado: garantiza la consecución del resultado previsto en el contrato; es la misma idea con la que se construye en los ordenamientos continentales la responsabilidad del vendedor en los saneamientos. La responsabilidad contractual construida en torno a esa idea admite límites; pero éstos no son la consecuencia de que el deudor haya incumplido sin culpa, sino de la existencia de hechos y circunstancias que obstaculizan el cumplimiento del contrato que no deben quedar cubiertos por la garantía del deudor»⁸¹⁹.

El *Common Law* define la responsabilidad contractual como la responsabilidad estricta (*strict liability*) u objetiva. La responsabilidad

⁸¹⁸ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 319.

⁸¹⁹ Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 319-320.

estricta significa que, cuando ocurre el incumplimiento contractual, para determinar la responsabilidad de la parte incumplidora, debe tenerse en cuenta especialmente si la conducta de la parte incumplidora ha llevado al resultado del incumplimiento, con independencia de la intención o la negligencia de la parte incumplidora. Es decir, podemos emplear la expresión de la profesora Esther Gómez Calle al referirse al concepto de incumplimiento que maneja la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de España (2009), la cual se corresponde y es la misma definición de la responsabilidad estricta del Derecho de contratos del *Common Law*: «hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato, no importa cuál sea la causa de ello (...); el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento)»⁸²⁰.

Podemos concluir que, si el deudor incumple una obligación contractual objetivamente, con independencia de cuál haya sido su conducta subjetiva, debe responder del incumplimiento del contrato.

Por supuesto, la responsabilidad objetiva no significa ignorar absolutamente la culpa de la parte incumplidora, sino que al determinar

⁸²⁰ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 37.

su responsabilidad, la principal consideración es la conexión o relación entre la conducta de la parte incumplidora y el resultado, en lugar de considerar su intención y negligencia.

El propósito de la responsabilidad objetiva es la compensación razonable por la pérdida de los acreedores, en lugar de castigar las infracciones de la parte incumplidora (propósito asociado a los sistemas de responsabilidad por culpa).

Como expresa el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, en los sistemas de responsabilidad objetiva u objetivada, «el incumplimiento se concibe como un hecho objetivo que comprende cualquier desviación del programa de prestación y que produce sus efectos con independencia a si el deudor invoca y acredita una causa de exoneración»⁸²¹.

2. La responsabilidad contractual en el Derecho civil continental

A diferencia del sistema anglosajón, explican Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, que en el Derecho civil continental «el contrato (obligacional) se concibe como un vínculo jurídico que genera deberes. (...). Este punto de partida determina

⁸²¹ Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 171.

que la responsabilidad contractual tienda a construirse con cierto subjetivismo, bajo el presupuesto del incumplimiento de deberes nacidos del contrato y el del reproche a la conducta del deudor (culpabilidad). Y, consecuentemente, la responsabilidad contractual basada en el incumplimiento de deberes contractuales, no ha de ser capaz de integrar y tratar unitariamente todas aquellas causas de insatisfacción del interés del acreedor que propiamente no constituyan incumplimiento de deberes contractuales.

Concretamente, queda fuera de la responsabilidad contractual, la responsabilidad basada en el incumplimiento de deberes de conducta precontractuales, aun cuando el efecto de ese incumplimiento sea el de que el acreedor no vea satisfecho su interés (*culpa in contrahendo*, dolo). Quedan también fuera de la responsabilidad contractual los supuestos de error que, por afectar a las cualidades del objeto, implique insatisfacción del acreedor. A todo esto se añade la fragmentación que supone el separar las normas generales de responsabilidad por incumplimiento de las especiales contenidas en la regulación de los saneamientos.

Podemos concluir afirmando que es un rasgo propio de los sistemas continentales la construcción desmembrada o desarticulada del sistema de

remedios a través de los cuales se da satisfacción al interés del acreedor»⁸²².

3. Criterios de imputación de responsabilidad en la CISG

De acuerdo con el profesor Antonio Manuel Morales Moreno, «en la CISG todos ellos [nota: se refieren a todos los remedios] funcionan sin tomar en cuenta la culpa del deudor, lo que implica un sistema de responsabilidad objetiva»⁸²³.

Tomando referencia del Derecho anglosajón, la CISG establece la responsabilidad objetiva. El primer párrafo del artículo 45 CISG dispone que, el comprador podrá solicitar los remedios frente al incumplimiento, si el vendedor no cumple las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención⁸²⁴. Por tanto, el vendedor tiene que asumir la responsabilidad por el incumplimiento del contrato con independencia de si tuvo culpa o no.

⁸²² Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 318-319.

⁸²³ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 214.

⁸²⁴ La traducción al chino de esta norma es:

«第三节 卖方违反合同的补救办法

第四十五条

(1) 如果卖方不履行他在合同和本公约中的任何义务, 买方可以:

(a) 行使第四十六条至第五十二条所规定的权利;

(b) 按照第七十四条至第七十七条的规定, 要求损害赔偿。) »

En sentido semejante, el primer párrafo del artículo 61 CISG dispone que, si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la Convención, el vendedor tiene derecho a solicitar los remedios frente al incumplimiento⁸²⁵.

Mas, si analizamos estas dos disposiciones junto con el artículo 79 CISG, comprobamos que existe para el deudor la posibilidad de quedar exonerado de responsabilidad cuando el resultado (incumplimiento) se deba a un hecho que queda fuera de su esfera de control (fuerza mayor). El deudor deberá asumir, en este caso, la carga de la prueba de la fuerza mayor.

En relación con la indemnización por daños, como remedio en la CISG, ofreceré a continuación la perspectiva de la doctrina asiática al lector hispano. Seguiré para ello al jurista chino Han Shiyuan, ofreciendo una versión técnica en español de sus comentarios a continuación.

En primer lugar, hace alusión a los artículos 41 y 61 CISG, que aluden, respectivamente a la obligación de indemnizar que corresponde al incumplidor, sea el vendedor (artículo 41), sea el comprador (artículo 61):

⁸²⁵ En chino: «公约第 61 条第 1 款规定：如果买方不履行其在合同和本公约规定的任何义务，卖方有权利寻求救济.»

«如果卖方不履行他在合同和本公约中的任何义务，受方可以按照公约第 74 条至第 77 条的规定，要求损害赔偿(CISG 第 45 条第 1 款 b 项) 。 »

El artículo 41.1 CISG dispone que “*Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la Convención, el comprador puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77 de la Convención*”.

«如果买方不履行他在合同和本公约中的任何义务，卖方可以按照第 74 条至第 77 条的规定，要求损害赔偿(CISG 第 61 条第 1 款 b 项) 。 »

Por otra parte, el artículo 61.1 CISG dispone que “*Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la Convención, el vendedor puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77 de la Convención*”.

Y a continuación los explica brevemente:

«CISG 第 45 条第 1 款 b 项所规定的损害赔偿请求权所基于的原理是，卖方担保其对于合同义务的履行。 »

El derecho para exigir la indemnización de los daños y perjuicios, establecidos en el 1) b) del artículo 45 de la Convención se basa en el

principio de que el vendedor garantiza el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

«该责任并非基于过错、在卖方控制下的特定情事的存在或者关于履行的特别合同担保，而只是由于不履行合同义务而产生责任。»

Esta responsabilidad no se basa en la culpa, ni en la existencia de circunstancias específicas que estuvieran bajo el control del vendedor, ni en la existencia de garantías especiales contractuales sobre el cumplimiento, sino que se deriva de la falta de conformidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

«如果不履行是由于第 79 条所谓的无法预见的客观障碍，则不产生损害赔偿义务»

Si la falta de cumplimiento o la no prestación se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, no se produce la responsabilidad de la indemnización por daños y perjuicios⁸²⁶.

«在 CISG 第 61 条第 1 款，违约亦无须是由于买方的过错，尽管人们须意识到存在着依第 79 条和第 80 条免责的可能。»

⁸²⁶ El autor cita a: Nota: See Huber in: Peter Schlechtriem ed., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2nd Edition (intranslation), translated by Geoffrey Thomas*, Clarendon Press Oxford 1998, Art. 45 Rn 37-38. Vgl. auch Müller-Chen in: Schlechtriem/Schwenzer (hrsg.) *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5.Aufl., 2008, Art.45 Rn 8.

Conforme al párrafo 1 del artículo 61 de la Convención, el incumplimiento de contrato no tiene que ser por culpa del comprador, aunque debe tenerse en cuenta la posibilidad de exoneración conforme al artículo 79 y al artículo 80⁸²⁷.

4. Criterios de imputación de responsabilidad en los PECL/DCFR

En la obra *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos* se afirma que «el sistema de responsabilidad contractual de los PECL está inspirado directamente en el de la CISG de 1980»⁸²⁸. En efecto, «el sistema de responsabilidad contractual de los PECL podemos también caracterizarlo como un sistema objetivo, basado en el incumplimiento. Es cierto que admite en relación con algunos remedios (no todos) ciertas causas de exoneración previstas en el art. 8.108. Pero dicha causas no autorizan a construir el sistema de responsabilidad sobre el presupuesto de la culpa, ni ellas mismas pueden ser entendidas como casos de ausencia de culpabilidad del deudor incumplidor»⁸²⁹.

⁸²⁷ El autor cita: *See Hager in: Peter Schlechtriem ed., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2nd Edition (intranslation), translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press Oxford 1998, Art.61 Rn 2.*

⁸²⁸ Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p. 318.

⁸²⁹ Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 317-318.

5. La objetivación de la responsabilidad contractual en la *Ley china de Contratos de 1999*

En la Ley de Contratos de 1999, China ha definido la responsabilidad contractual como responsabilidad objetiva, si bien la adopción de este criterio no estuvo exenta de polémica como veremos a continuación.

El artículo 107 de la *Ley de Contratos* de China dispone lo siguiente:

«当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。»

Ofrezco a continuación su traducción al castellano: «Si la parte no cumple alguna de las obligaciones del contrato o la prestación no es conforme al contrato, tiene que asumir la responsabilidad por incumplimiento, que abarca tanto la acción de cumplimiento, como las medidas correctoras, o la indemnización por daños y perjuicios, etc». A diferencia de las disposiciones existentes en las Leyes previas a Ley de Contrato de China, en este artículo no aparece el término *culpa*. La

doctrina china ha considerado que este es un avance muy importante y subraya la notable diferencia con el sistema anterior⁸³⁰.

El jurista chino Xia Yuanlin, explica que se dieron dos pasos en la fase preparatoria de la *Ley de Contrato* de China respecto a la responsabilidad por incumplimiento: En primer lugar, la Propuesta de Legislación de la Ley de Contrato de China y el Anteproyecto de la Ley de Contrato, definían la responsabilidad por incumplimiento como una responsabilidad basada en la culpa del deudor, que se presumía salvo prueba en contrario. Esta presunción de culpa ya era un primer paso hacia la objetivación. Pero los juristas participantes en el proceso legislativo propusieron dar un paso más y definirla como responsabilidad objetiva. Finalmente fue aprobada la definición última⁸³¹.

Durante el período de preparación de la *Ley de Contratos* de China de 1999, hubo mucha controversia respecto de la responsabilidad por incumplimiento del contrato. El jurista chino Wang Liming afirma lo siguiente (ofrezco a continuación la traducción técnica al castellano):

⁸³⁰ Xia Yuanlin (夏元林); «Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos (对《合同法》中适用严格责任违约归责的质疑)», *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College* (贵州省政法管理干部学院学报), Oct. 1999, p. 9

⁸³¹Xia Yuanlin (夏元林); «Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos (对《合同法》中适用严格责任违约归责的质疑)», *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College* (贵州省政法管理干部学院学报), Oct. 1999, p. 9

«关于责任认定问题，有两种观点争执不下，一个是过错责任，一个是严格责任。」

En cuestión de definición de la responsabilidad establecida en la Ley de Contrato de China, durante el proceso legislativo, hubo dos puntos de vista diferentes: unos proponían la responsabilidad subjetiva o por culpa, mientras otros eran partidarios de establecer la responsabilidad objetiva.

«我国的合同法总则基本照搬公约，采用严格责任；分则有很多规定采纳了过错责任，比如说保管不善等。」

En las Disposiciones Generales de la *Ley de Contratos* de China se tomó finalmente como referencia la Convención de Viena, adoptando y estableciendo la responsabilidad objetiva como criterio general; si bien en otras secciones hay muchas disposiciones que siguen adoptando la responsabilidad por culpa, como el cuidado inapropiado en el contrato de depósito, etc.

«我最近读到一些论文，有学者主张严格责任对于国际贸易可能是适宜的，因为跨界贸易可能需要更强的合同验收，国内采严格责任未必好。这一观点能否成立还有待于进一步商榷。」

Algunos juristas chinos opinan que la responsabilidad objetiva puede ser apropiada para el comercio internacional, porque el comercio transfronterizo necesita la concepción más estricta, pero es cuestionable

para el entorno interno, para el que quizás la responsabilidad objetiva no es apropiada⁸³².

«“联合国国际销售合同公约”是针对货物买卖的，仅限于此一种合同类型，而我们所从事的合同立法则是规范所有合同的一般法，以个别合同类型之性格套用于具有普遍适用性的一般法，很难说不会出现削足适履的结果。»

En sentido semejante, el jurista chino Xia Yuanlin explica que la Convención de Viena es especial para la compraventa de mercancías, y se limita a ese único tipo de contrato, mientras que la legislación de Ley de Contrato es una ley general para todo tipo de contrato. Por tanto, a su juicio, no es lógico aplicar la ley de un contrato singular a la ley universal y de carácter general⁸³³.

«另外，公约上用于规范国际货物买卖的，其适用的对象均为商人，彼此具有相当的交涉能力和注意能力，所追求的是利润的最大化而不是对过错的惩罚，所关心的是交易的安全，便捷及纠纷的迅速处理。这与针对普通民事主体的一般合同法显然有区别，若拿此公约中对商人的标准要求劳动者、消费者，时常会产生不公平的结果。»

⁸³² El jurista chino Wang Liming (王利明) expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China (公约的修改与中国合同法)”, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=57419>

⁸³³ Xia Yuanlin (夏元林); «Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos (对《合同法》中适用严格责任违约归责的质疑)», *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College (贵州省政法管理干部学院学报)*, Oct. 1999, p. 10.

Además –sigue diciendo el autor Xia Yuanlin-, la Convención de Viena es específica de la compraventa internacional de mercaderías, sus sujetos son comerciantes que tienen un considerable poder o capacidad de negociación y a quienes les interesa la maximización de las ganancias en lugar del castigo de la culpa. A los comerciantes, en efecto, les interesa la seguridad, la rapidez de la transacción, así como la agilidad en la solución de disputas. Esto es diferente de la preocupación de la gente común, en los contratos celebrados por éstos hemos de considerar especialmente que son sujetos de derechos civiles, y que si tomamos las normas de la Convención de Viena para exigir a los trabajadores (en el sentido de gente común) y a los consumidores lo mismo que a los comerciantes o empresarios, se producirán resultados injustos⁸³⁴.

Esta misma cuestión se la ha planteado el profesor Morales Moreno en Derecho español y merece la pena exponer aquí sus reflexiones: La generalización del modelo de responsabilidad de la CISG a ventas distintas de las reguladas por ella plantea -dice- una importante cuestión. El modelo estricto de responsabilidad por falta de conformidad ¿debe extenderse a todas las ventas, con independencia de los sujetos que intervengan en ellas?⁸³⁵.

⁸³⁴ Xia Yuanlin (夏元林); «Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos (对《合同法》中适用严格责任违约归责的质疑)», *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College* (贵州省政法管理干部学院学报), Oct. 1999, p. 10.

⁸³⁵ Antonio Manuel Morales Moreno, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las

A juicio del profesor Antonio Manuel Morales Moreno, la respuesta es negativa, al menos en cuanto posibilidad de admitir flexibilidad y convivencia de criterios. «La característica del nuevo modelo es utilizar un concepto unitario de incumplimiento y un sistema articulado de remedios, pero admite cierta flexibilidad en la configuración del supuesto de cada remedio. Las causas de exoneración del deber de indemnizar pueden ser diferentes»⁸³⁶. El profesor ha comparado tres tipos de ventas: (a) entre empresarios, (b) entre empresarios y consumidores, (c) entre particulares⁸³⁷.

El redactor principal de la *Ley de Contratos* de China, el jurista chino Liang Huixing, explicó los motivos por los que habían aceptado la responsabilidad objetiva general, que son los siguientes:

En primer lugar, a su juicio, *los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China* (GPCL en inglés), la *Ley de Contrato Económico Extranjero* y la *Ley de Contrato de Tecnología* que, como vimos en su momento, son los precedentes de la *Ley de Contratos* de 1999, habían definido la responsabilidad del incumplimiento contractual como responsabilidad objetiva. Por lo tanto, es lógico definirla de igual manera en la *Ley de Contratos* de China. Sin embargo,

cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc.I, pp. 24-25.

⁸³⁶ Antonio Manuel Morales Moreno, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc.I, p. 25.

⁸³⁷ Antonio Manuel Morales Moreno, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc.I, p. 25 y ss.

como veremos después, otros juristas chinos consideran que en esta objetivación se advierte la influencia clara de la CISG (me refiero a los comentarios de Han Shiyuan que expongo tras concluir la explicación de Liang Huixing).

En segundo lugar –afirma Liang Huixing-, es una tendencia mundial definir la responsabilidad del incumplimiento contractual como responsabilidad objetiva en la legislación de la ley de Contrato y así puede comprobarse contrastando otros sistemas jurídicos.

En tercer lugar -insiste-, la responsabilidad objetiva tiene las «siguientes ventajas:

- a. La responsabilidad objetiva facilitará el juicio;
- b. La responsabilidad objetiva favorecerá al coste más económico del litigio;
- c. La responsabilidad objetiva fortalecerá la responsabilidad cívica del ciudadano;
- d. La responsabilidad objetiva fortalecerá el conocimiento jurídico del ciudadano.

«四. 由于违约责任出于当事人自己的约定，按照后果自负的原则，适用严格责任更符合其本质。»

En cuarto y último lugar -apunta-, la responsabilidad del incumplimiento contractual tiene su origen en el acuerdo de las partes. La responsabilidad objetiva es más acorde con la naturaleza del principio según el cual cada uno responde de sus propios actos⁸³⁸.

Ofrezco a continuación la traducción técnico-jurídica al español de las explicaciones del jurista chino Han Shiyuan⁸³⁹ sobre el remedio indemnizatorio en la Ley de Contratos china de 1999, que el autor contrasta con la CISG, de cuya influencia da buena cuenta.

«CISG 就违约方损害赔偿责任的发生，不以过错为要件，但有免责的可能，这种规定在中国被称为“严格责任”，并被认为是合同法的发展趋势，进而影响到了中国《合同法》的起草。»

Según la CISG, para la producción de las responsabilidades de indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato, la culpa no es un elemento necesario, si bien existe la posibilidad de exoneración de responsabilidad. Esta disposición se denomina “responsabilidad objetiva” en China, y se considera como la tendencia de

⁸³⁸ Xia Yuanlin (夏元林); «Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos (对《合同法》中适用严格责任违约归责的质疑)», *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College* (贵州省政法管理干部学院学报), Oct. 1999, p. 9.

⁸³⁹ 韩世远 (Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, pp. 7-34; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

desarrollo del Derecho de contratos, lo que afecta a la redacción de la Ley de Contratos de China⁸⁴⁰.

«对此，虽有中国学者从立法政策立场提出反对意见，（注：参见崔建远：《严格责任？过错责任？》，载《民商法论丛》第11卷，法律出版社1999年版，第190页以下；韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社1999年版，第88页以下。）《合同法》第107条最终并未将“过错”作为违约责任或者损害赔偿责任的构成要件，在这点上，应该承认中国合同法确实受到了 CISG 的影响。»

En este sentido, aunque algunos juristas chinos plantearon objeciones desde el punto de vista de la política legislativa y mostraron sus discrepancias, el artículo 107 de la Ley de Contratos de China no establece la “culpa” como el elemento constitutivo y necesario de la responsabilidad por incumplimiento de contrato, ni de la responsabilidad de indemnización de los daños y perjuicios. En este punto, se debe admitir que la Ley de Contratos de China está influida por la CISG⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ 韩世远 (Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, p. 11; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

⁸⁴¹ 韩世远 (Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, p. 11; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

«CISG 第 74 条规定确定损害赔偿范围的可预见性规则 (*foreseeability*) ,这一规定被中国合同法第 113 条第 1 款完全吸收。 »

El artículo 74 de la Convención establece la norma de previsibilidad (*foreseeability*) para determinar el rango de la indemnización de daños y perjuicios, esta disposición se absorbe completamente por el apartado 1) del artículo 113 de la Ley de Contratos de China⁸⁴².

«CISG 第 75 条规定的替代交易场合的损害赔偿计算方式、第 76 条规定的未从事替代交易场合依时价计算损害赔偿的方法, 在中国合同法中虽未明确规定, 在中国实务中的做法, 也是大致相当。 CISG 第 77 条规定的减轻损害规则, 中国合同法第 119 条的规定与之大致相当。 »

El modo del cálculo de indemnización de daños y perjuicios, en los supuestos en que el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, establecido en el artículo 75 de la Convención, y el modo del cálculo de indemnización, en los casos en que no se ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo, establecido en el artículo 76 de la Convención, aunque no están claramente definidos en la Ley de Contratos de China, coinciden

⁸⁴² 韩世远 (Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, p. 11; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

más o menos con lo que constituye la práctica en China. El artículo 77 de la Convención (contribución del acreedor a la minoración del daño), es casi igual que el artículo 119 de la Ley de Contratos de China.

«CISG 第 79 条规定的免责事由是“不能控制的障碍” (an impediment beyond his control), 中国合同法规定的免责事由则是“不可抗力” (force majeure)。»

El artículo 79 de la Convención establece que es causa de exoneración de responsabilidad todo impedimento ajeno a la voluntad del deudor o fuera de su esfera de control (*impediment beyond his control*), mientras que la causa establecida en la Ley de Contratos de China es la fuerza mayor.

«后者被定义为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况” (第 117 条第 2 款), 而 CISG 所用的不是 and, 而是 or。因而, 中国合同法上的免责事由被限定得严格。»

Esta última se define como “condiciones objetivas imprevisibles, inevitables e insalvables” (artículo 117, párrafo 2), mientras que la Convención no emplea el término “y”, sino el término “o”. Por lo tanto, podemos decir –afirma Han Shiyuan– que, las condiciones de exoneración en la Ley de Contratos de China son más estrictas que la Convención. A mi juicio, en definitiva ambos sistemas están muy próximos ya que sólo

queda fuera de la esfera de control del deudor aquello que es imprevisible, inevitable o insalvable.

«CISG 第 79 条第 5 款规定, “本条规定不妨碍任何一方行使本 CISG 规定的要求损害赔偿以外的任何权利”。这包括宣告合同无效的权利。中国合同法第 94 条第 1 项规定, 因不可抗力致使不能实现合同目的的, 当事人可以解除合同。因而, 二者在这点上是一致的。

⁸⁴³»

No obstante, el párrafo 5 del Artículo 79 de la Convención establece que “Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la Convención”. Aquí se incluye el derecho a declarar la ineficacia del contrato. El párrafo 1 del artículo 94 de la Ley de Contratos de China establece que las partes podrán resolver el contrato si por la fuerza mayor no se puede realizar el objeto del contrato, por lo tanto, la Ley de Contrato de China y la Convención coinciden en este punto.

6. Posibilidades en el Código Civil español y la PMCC

⁸⁴³ 韩世远(Han Shiyuan), “Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)”, *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

Conforme al Código civil español, como ha explicado Antonio Manuel Morales, «las acciones reparatorias de los daños causados como consecuencia del incumplimiento están previstas en línea de principio en el artículo 1.101».

«Como consecuencia del modo tradicional de entender la responsabilidad contractual, circunscrita al remedio indemnizatorio y, a lo más, a la pretensión de cumplimiento –sigue explicando el autor-, la culpabilidad se ha considerado como un elemento del supuesto del incumplimiento, aunque no haya sido necesario al acreedor probar la culpa, porque se ha presumido»⁸⁴⁴.

Antonio Manuel Morales Moreno explica que la introducción de la culpa en la noción de incumplimiento, como elemento de la misma, es la consecuencia de una construcción de la responsabilidad contractual circunscrita al remedio indemnizatorio⁸⁴⁵, y cita en este sentido a Díez-Picazo⁸⁴⁶, Pablo Beltrán de Heredia y Castán⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 32.

⁸⁴⁵ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 39.

⁸⁴⁶ Ver cita 56 de *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Morales Moreno, Antonio Manuel; Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 39: Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1996, p. 568.

⁸⁴⁷ Ver cita 57 de *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Morales Moreno, Antonio Manuel; Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 39: «El incumplimiento (propio o impropio) dependiente de la voluntad del deudor, sujeta a éste a las consecuencias y a la responsabilidad derivadas de aquél. Por el contrario, el incumplimiento dependiente de

En efecto, en el Código Civil español encontramos un sistema de responsabilidad contractual basado en la culpa (artículos 1101-1104 CC), si bien es posible afirmar que, como en la CISG, quedará exonerado el deudor cuando pruebe que el incumplimiento se debe a un acontecimiento que quedó absolutamente fuera de su esfera de control (exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, artículo 1105 CC). A partir de este último punto de coincidencia con la CISG (que como antes se indicó parte de un concepto objetivo de la responsabilidad contractual), el jurista español Fernando Pantaleón, comenzó a explicar la vía para una posible objetivación del sistema de responsabilidad contractual, siendo el jurista más citado en la materia. A su juicio, el artículo 1105 CC podía interpretarse conforme a lo dispuesto en el artículo 79 CISG, elevando el nivel de diligencia exigible al deudor hasta ese parámetro (es decir, el deudor responde de todo lo que esté bajo su esfera de control y sólo queda exonerado de lo que quede fuera de ella)⁸⁴⁸. El Tribunal Supremo puede así objetivar en ocasiones el sistema de responsabilidad, en el que la culpa del deudor, además, se presume por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1183 del Código Civil⁸⁴⁹.

circunstancias ajenas a su voluntad no lleva consigo responsabilidad», CASTÁN, *Derecho civil español*, común y foral, tomo III, Madrid, 1958, p. 148.

⁸⁴⁸ Fernando Pantaleón Prieto; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, No. 4, 1993, pp. 1719-1746; y «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, No.3, 1991, pp. 1019-1092.

⁸⁴⁹ Luis Díez-Picazo, *Sistema de Derecho Civil, V. II El contrato en general*, 6ª Edición, 500

Apostando por la objetivación de la responsabilidad contractual, la Propuesta de Modernización del Código Civil español de 2009 (CGC) se ha sumado a las iniciativas legislativas de objetivación del sistema de responsabilidad contractual (artículos 1190, 1205, 1208). El artículo 1208 expresamente dispone que el deudor responderá «de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato». Este artículo queda remachado por el siguiente (artículo 1209) que dispone supuestos de exoneración de responsabilidad (fuerza mayor y no obligatoriedad conforme al contrato de evitar el daño).

Como ha explicado Esther Gómez Calle, en la PMCC no se configura la culpa del deudor como presupuesto de su deber de indemnizar. Se trata de un sistema objetivo de responsabilidad contractual. En la PMCC, el deudor no se exonera demostrando que no ha sido culpable, sino probando que concurren las circunstancias previstas al efecto por el art. 1209. I PMCC, (en el que encontramos las resonancias del artículo 79 CISG) según el cual: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1º. Que el incumplimiento haya obedecido a

un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control; 2°. Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias»⁸⁵⁰.

7. La responsabilidad contractual en el Derecho de contratos en los países latinoamericanos

En cuanto a «la construcción del factor de atribución en la responsabilidad contractual»⁸⁵¹, el jurista uruguayo Andrés Mariño López ha resumido que, en la doctrina del Derecho de los países latinoamericanos, se han sucedido tres etapas: «la doctrina clásica subjetiva», «la objetivación de la responsabilidad contractual: teoría de las obligaciones de medios y de resultado» y sus críticas, y «la flexibilización de la responsabilidad contractual»⁸⁵².

⁸⁵⁰ Esther Gómez Calle, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 81.

⁸⁵¹ Andrés Mariño López, «El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del Derecho de los contratos», *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Número 1 de 2011, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2011, p. 84.

⁸⁵² Andrés Mariño López, «El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del Derecho de los contratos», *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar*

En la obra colectiva coordinada por Carlos Pizarro Wilson, se pregunta a juristas de diversos países latinoamericanos si la culpa o dolo del deudor (que Carlos Pizarro identifica como la imputabilidad del deudor, si bien esto sería matizable desde la óptica que venimos tratando) constituye un requisito del incumplimiento contractual⁸⁵³.

Tras la lectura y análisis comparativo de los diversos informes, puedo afirmar que el Derecho de los países latinoamericanos muestra una

ambos regímenes?, Número 1 de 2011, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2011, p84-p89. La doctrina clásica subjetiva de los «países integrantes del movimiento de la Codificación», explica, «se ha pronunciado por un factor de atribución subjetivo sobre la base de la diligencia desplegada por el deudor en el desarrollo de la conducta debida. En efecto, los autores que conforman esta corriente en tierras orientales (AMÉZAGA, PEIRANO FACIO, SÁNCHEZ FONTANS) sostienen que la obligación se incumple cuando el deudor no actúa con la diligencia debida. (...) / Producido un daño, que se conecta causalmente con el incumplimiento material, se atribuye éste al deudor por medio de la culpa. Si actuó con culpa incumple la obligación y responderá de los daños y perjuicios. / En esta concepción, se asimila a la causa extraña no imputable con la ausencia de culpa. Hay causas cuando no hay culpa. Si el deudor prueba que no actuó con culpa, sino con la diligencia debida, se exonera de responsabilidad. / La rigidez de la uniformidad de un único criterio de atribución se flexibiliza por medio de una presunción de culpa: cuando el incumplimiento material se produce, se presume la culpa, pues si hubiera actuado con la diligencia del buen padre de familia no se habría producido la no-ejecución del programa contractual. Esta posición también es defendida en España sobre la base de una norma específica en sede de extinción de las obligaciones de las obligaciones de dar (art. 1182 CC español), y en Italia y Francia sobre desarrollos conceptuales doctrinarios y jurisprudenciales. / Otra forma de flexibilización de esta doctrina se encuentra en la consideración de que en la obligación de género, la causa extraña no imputable no exonera de responsabilidad, por aplicación de la regla *genus non perit* (art. 1362 CC uruguayo). De este modo, en las obligaciones de dar cosa genérica, basta el incumplimiento material para que se atribuya la responsabilidad al deudor... ».

⁸⁵³ Es una de las preguntas propuestas a contestar en el libro “*El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*”. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 620 y ss.

diversidad grande en esta materia. Con todo, la mayoría de los países latinoamericanos, adoptan un sistema mixto, distinguiendo entre las obligaciones de medios y de resultado. La responsabilidad sería objetiva en el primer caso y subjetiva en el segundo. En este sentido, cabe citar a Argentina⁸⁵⁴, Colombia⁸⁵⁵, y Uruguay⁸⁵⁶.

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, tan marcada a estos efectos (definir criterios de imputabilidad) en Latinoamérica, procede –a mi juicio- del Derecho francés.

Como expresa el jurista Francisco Jordano Fraga, «En particular, como ha señalado MENGONI, la distinción se instaure, a partir de la inclusión o no en la prestación del deudor, del logro o realización de aquel *interés primario* del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio. Cuando se incluye, nos hallamos ante una prestación de resultado, cuando no, ante una de medios o de simple actividad./ En el primer caso –obligación de resultado- el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto

⁸⁵⁴ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 81.

⁸⁵⁵ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p268, pp. 269-270.

⁸⁵⁶ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p532, pp. 533-534.

resultado (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. / En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere*, se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente –diligencia que puede ser técnico-profesional o común-, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor-en lo debido por éste- el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada. (...) La distinción obligaciones de medios, de resultado, tal y como sucintamente se acaba de exponer, ha sido objeto de diversas críticas. Pero éstas afectan, en realidad, sólo a la forma de la distinción –a la mayor o menor corrección de la terminología empleada para expresarla- y no al dato sustancial que permite establecerla».

En este primer grupo de países –que distingue obligaciones de medios y de resultado para acudir a un criterio subjetivo u objetivo de responsabilidad, respectivamente- estaría, por tanto, Colombia. Veamos brevemente algunas de las conclusiones del informe de este país en la obra citada:

«En el Derecho colombiano, en materia contractual, desde la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha servido de la clasificación de las obligaciones en *de medios* y *de resultado*./ Su finalidad: precisar los regímenes objetivos y subjetivos de reparación de daños por incumplimientos de obligaciones convencionales./ Dentro de esta óptica, el incumplimiento de una obligación de medios da lugar a un régimen subjetivo de responsabilidad que puede ser con culpa probada – la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante- o con culpa presunta – es al demandado a quien le compete probar en contrario»⁸⁵⁷. «El incumplimiento de una obligación de resultado conlleva un régimen objetivo de responsabilidad».⁸⁵⁸

Junto a Colombia, también Argentina se encontraría en ese primer grupo, que distingue entre obligaciones de medios y de resultado: El informe citado (en la obra coordinada por Carlos Pizarro) indica que «la mayoría de la doctrina argentina, y la casi totalidad de la jurisprudencia, adoptan el distingo entre las obligaciones de medios y de resultados. Se afirma, en consecuencia, que en las obligaciones de medios el

⁸⁵⁷ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 268, cita 192.

⁸⁵⁸ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 269.

incumplimiento equivale a la culpa del deudor, porque estando precisado de prestar una conducta diligente, la inejecución de la obligación consistirá en actuar de manera culpable. En los deberes de fines, en cambio, resultará indiferente la existencia de culpa por parte del deudor, pues para cumplir requerirá alcanzar el resultado comprometido. Así las cosas, la sola falta de consecución de este resultado configura el incumplimiento del *solvens*, sin necesidad de acreditar su culpa (o, *a fortiori*, su dolo)»⁸⁵⁹.

«Cabe señalar, asimismo, que sin negar que en muchos supuestos el incumplimiento se configura de manera objetiva, un sector doctrinal entiende que la clasificación binaria (obligación de medios / obligaciones de resultado) no resulta suficientemente elástica para abarcar todos los matices que la práctica presenta, y que van desde aquellas situaciones en las cuales ni siquiera el *casus* libera de responsabilidad (como ocurre en las obligaciones dinerarias), hasta aquellas otras en las que resulta necesario acreditar la culpa del obligado, pasando por supuestos en que es preciso probar una eximente calificada para lograr la exoneración (por ejemplo, la culpa de la víctima), o en que la culpa se presume y debe ser desvirtuada mediante la prueba en contrario. Surgen así, pretendiendo abarcar estos múltiples supuestos, las categorías adicionales de las

⁸⁵⁹ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 81.

obligaciones de resultado atenuadas o aligeradas, y de medios reforzadas. / Por último, llevando aún más lejos la objetivación del incumplimiento, una postura minoritaria sostiene que, incluso, en los deberes de medios, la diligencia prestable es el cumplimiento exacto (pues es sólo cuando se cumple la conducta debida que debe hacérselo de manera diligente), y que en el resto de las hipótesis de incumplimiento (mora, cumplimiento parcial, incumplimiento absoluto) la diligencia prestable no es relevante, pues el deudor debe desplegar su conducta para llegar a un fin, por lo que se aplican los mismos principios que en las obligaciones de resultado (es decir, el incumplimiento se produce sin culpa del deudor)»⁸⁶⁰.

Junto al sistema mixto, que distingue entre obligaciones de medios y de resultado para operar con un concepto subjetivo u objetivo de responsabilidad, encontramos en Latinoamérica países que siguen, como el Código civil español, un criterio subjetivo de imputación de responsabilidad en general. Puede decirse que en Latinoamérica está extendido también el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa. En este sentido, cabe citar a Chile, Paraguay y Uruguay.

El jurista uruguayo Andrés Mariño López, citado antes, explica que la doctrina clásica subjetiva en Uruguay, igual que otros países del

⁸⁶⁰ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, pp. 81-82.

movimiento Codificador, «se ha pronunciado por un factor de atribución subjetivo sobre la base de la diligencia desplegada por el deudor en el desarrollo de la conducta debida»⁸⁶¹. Además, en el Código Civil uruguayo, el artículo 1.344 dispone que «la diligencia del buen padre de familia, graduada según la naturaleza del contrato o las circunstancias del caso»⁸⁶².

También en este segundo grupo de países (responsabilidad subjetiva) estaría –como antes decía- el Derecho chileno. Conforme al informe citado (si bien algunos juristas chilenos –en otras obras- se muestran partidarios de distinguir entre obligaciones de medios y de resultado en este contexto): «En el Derecho chileno, la doctrina mayoritaria considera que el elemento de imputación subjetivo es requisito necesario para configurar el incumplimiento contractual»⁸⁶³.

⁸⁶¹ Andrés Mariño López, “El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del Derecho de los contratos”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Número 1 de 2011, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2011, p. 84.

⁸⁶² Andrés Mariño López, “El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del Derecho de los contratos”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Número 1 de 2011, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2011, p. 84.

⁸⁶³ Carlos Pizarro Wilson (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 349.

Es más, en cuanto a la relación entre la facultad resolutoria y la culpa del deudor, es decir, «si la facultad resolutoria considera la culpa del deudor en su supuesto específico»⁸⁶⁴, Álvaro Vidal explica que «para la doctrina nacional este punto no ha dado lugar a dudas, puesto que la idea de la culpa es indisoluble al incumplimiento, o en otros términos, incumplimiento y culpa son una sola cosa no susceptible de separación»⁸⁶⁵.

Por último, a mi juicio, Venezuela pudiera decirse que tiene un sistema de responsabilidad objetiva.

8. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: Objetivación de la responsabilidad

En cuanto a los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (PLDC), el borrador establece que «en todos los casos en que el incumplimiento cause daños, y siempre que no concurra causa de

⁸⁶⁴ Álvaro Vial Olivares, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado*, de *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 189.

⁸⁶⁵ Álvaro Vial Olivares, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado*, de *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 189.

exoneración, el acreedor insatisfecho podrá pedir su indemnización. / Son causas de exoneración las circunstancias que constituyen caso fortuito, cuyos efectos sean permanentes o temporales». Los PLDC, por consiguiente, atienden a un criterio objetivo de responsabilidad contractual, siguiendo el modelo anglosajón del Derecho contractual globalizado, internacional y uniforme.

V. CONCLUSIÓN

A pesar de la común influencia del Derecho europeo, en los sistemas Chino y Latinoamericanos existen diferencias en la regulación de los remedios frente al incumplimiento contractual (o medidas de protección del acreedor frente al deudor que no ha satisfecho plenamente su interés contractual). Estas diferencias han sido analizadas aquí en relación con tres remedios:

En primer lugar, en cuanto a la suspensión de la ejecución de la prestación o *exceptio non adimpleti contractus*, propia del Código civil francés y sistemas afrancesados como el español (aunque no aparece en el texto codificado sino en la jurisprudencia) o los latinoamericanos, encontramos diferencias con figuras semejantes presentes en el Derecho chino y en el Derecho alemán (en concreto, la excepción por inseguridad) o bien en el Derecho anglosajón (*anticipatory breach*). Esto demuestra la

diversidad entre los sistemas y la necesidad de aproximarlos o ser al menos conscientes de las diferencias pese a las afinidades entre ellos.

En segundo lugar, en relación con la resolución por incumplimiento contractual, encontramos también diferencias, ya que los sistemas afrancesados contemplan la figura normalmente como fruto de una condición resolutoria implícita en el contrato (como el artículo 1124 del Código civil español), mientras que en Derecho anglosajón es un remedio contractual del que dispone el acreedor en los casos de incumplimiento esencial del deudor. Existen diferencias, por otra parte, en cuanto a la definición de la esencialidad del incumplimiento que da lugar a la resolución. La esencialidad del incumplimiento resolutorio entra con fuerza en los sistemas nacionales a partir de la CISG, de modo que no sólo el incumplimiento de la obligación principal puede dar lugar a la resolución del contrato sino también el incumplimiento de otra obligación que frustre la finalidad del contrato. Esta es la solución expresamente plasmada en la Ley china de Contratos de 1999, no aparece tan clara en otros sistemas.

Por último, en relación con el remedio indemnizatorio, cabe destacar que, junto al modelo de imputación subjetiva o por culpa propio de los sistemas afrancesados, existe en el Derecho anglosajón un modelo de responsabilidad objetiva que permite imputar al deudor el coste del

incumplimiento salvo cuando éste se deba a causas que quedan fuera de su esfera de control. Este último es el modelo seguido por la CISG, y sirve como referencia para la modernización del Derecho de contratos en los países miembros, en distinta medida.

La diversidad de los remedios observada a través de estos tres ejemplos confirma la hipótesis de la necesidad de conocimiento mutuo y la conveniencia de armonización de los sistemas con vistas a mejorar la seguridad jurídica favoreciendo así la eficiencia del mercado.

CONCLUSIONES

- I.** Las relaciones comerciales entre China y América Latina han tenido como trasfondo, frecuentemente, la política, aspecto éste que China no desea mostrar, optando por poner de manifiesto una alianza entre países en vías de desarrollo más que una alianza política entre países de ideologías semejantes.
- II.** La vía para mejorar las relaciones comerciales entre China y América Latina es la seguridad jurídica.
- III.** Para avanzar en la construcción de una mayor seguridad jurídica es conveniente, en primer lugar, estudiar las diversas trayectorias históricas, culturales y jurídicas, a fin de avanzar en el conocimiento mutuo.

IV. Como resultado de este estudio, se constata que China y América Latina, lejos de estar distantes en el ámbito jurídico, han recibido la misma influencia del Derecho civil continental europeo en materia de Contratos, si bien China recibe una influencia mayor de la rama germana (pues toma como referencia a Japón que, a su vez siguió el modelo alemán), mientras que Latinoamérica recibe una influencia decisiva del Código civil francés y de un código afrancesado en Derecho de obligaciones y contratos como es el Código civil español.

V. Partiendo de esta proximidad, ajena en su origen a la influencia anglosajona, es posible dar un paso más y observar que, tanto China como la inmensa mayoría de países Latinoamericanos, han ratificado la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, que pasa por lo tanto a formar parte de su Derecho interno. Este hecho ha tenido mayor relevancia doctrinal, al parecer, en China que en América Latina (paralelamente en cierto sentido a la mayor influencia práctica de la Convención de Viena en el Derecho germano que en el Derecho francés).

VI. Del contraste entre los sistemas Chino y Latinoamericanos se desprende que, mientras China ha modernizado su Derecho de Contratos (unificando tres antiguas leyes en la Ley de Contratos de 1999, para simplificar el régimen jurídico de la compraventa), los países Latinoamericanos comienzan ahora a despertar a las

transformaciones del Derecho de la contratación y a los nuevos principios introducidos en el orden internacional del Derecho de comercio por los textos internacionales de Derecho uniforme (la ya mencionada Convención de Viena) y de *soft law* (Principios UNIDROIT).

VII. Los nuevos principios del Derecho de la contratación se caracterizan por su sencillez. Si tomamos como ejemplo el ámbito del incumplimiento contractual, vemos que estos principios constituyen una clara referencia para la modernización del Derecho de obligaciones de los Códigos del Derecho continental, ya que se emplea un concepto amplio del incumplimiento contractual (que abarca tanto la no prestación, como el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento tardío,...) al que se asocia «un sistema articulado de remedios» (empleando una expresión de Morales Moreno). De adoptarse este sistema, la materia del incumplimiento contractual quedaría sistematizada y ordenada, y se superarían las disquisiciones que plantea la existencia en el Código civil de remedios especiales en sede de compraventa (los saneamientos) con sus breves plazos de ejercicio (entre otras objeciones que pueden hacerse al mantenimiento de las acciones edilicias).

VIII. Países de la familia del Derecho continental europeo se han dejado guiar por estos nuevos principios: Alemania ha modernizado

su Código civil en 2002 (BGB); España ha elevado al Ministerio de Justicia una Propuesta de Modernización del Código Civil elaborada por la Comisión General de Codificación en 2009 (PMCC), y la jurisprudencia española está haciendo en ocasiones una interpretación del Código civil inspirada en estos nuevos principios. A nivel del Derecho europeo, la influencia de la Convención de Viena (CISG) y de los Principios UNIDROIT es evidente en los Principios de Derecho Contractual europeo (PECL) y en el Marco Común de Referencia (DCFR), textos académicos que cuentan con el respaldo de las instituciones europeas. Se ha plasmado también en el Derecho positivo a través principalmente de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo, así como, recientemente, en la Propuesta de Reglamento para la Compraventa Europea (CESL). Estas son sólo algunas manifestaciones de la influencia del Derecho anglosajón (con su concepción amplia de obligación como garantía de satisfacción del interés del acreedor) sobre el Derecho civil europeo. Adviértase, especialmente, la influencia de la entrada de este sistema de responsabilidad en la compraventa europea en los sistemas nacionales de los distintos países miembros a través de la citada Directiva 1999/44, que supera el régimen de los saneamientos con un sistema

de responsabilidad objetiva por la falta de conformidad de la mercadería.

IX. La apertura de un sector minoritario aún de la doctrina latinoamericana hacia los nuevos principios del Derecho de la contratación se advierte en el reciente borrador de Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Como conclusión de esta tesis se aboga a favor de esta vía hacia la seguridad jurídica del comercio internacional, como factor necesario para la mejora de las relaciones comerciales entre China y América Latina.

X. Avalan esta conclusión tres ejemplos prácticos a los que nos hemos aproximado: Los remedios de la suspensión del cumplimiento contractual, la resolución del contrato por incumplimiento y la indemnización por daños. El estudio de Derecho comparado pone de manifiesto las semejanzas y diferencias en el régimen jurídico de estas figuras y otras afines –existentes en China y América Latina, y –con ello- clama por la armonización jurídica entre sistemas y por el refuerzo de estudios de Derecho comparado que avancen por esta vía de la aproximación y el conocimiento mutuo.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel; *Derecho civil II Derecho de obligaciones*, Duodécima edición, EDISOFER, S.L., Madrid, 2004.

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen; «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho civil*, tomo LV, fasc. III, julio-septiembre, 2002.

Alcaraz Varó, Enrique / Hughes, Brian; *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2005.

Altemani de Oliveira, Henrique; «China-Brasil: perspectivas de cooperación Sur-Sur», *Revista Nueva Sociedad*, Caracas, Mayo-Junio 2006. Ver en: http://www.nuso.org/upload/articulos/3357_1.pdf.

Alterini, Atilio A. / Ameal, Oscar J. / López Cabana, Roberto M.; *Derecho de obligaciones*, 1995.

Alterini, Atilio Aníbal; «Los Principios de UNIDROIT y las soluciones del derecho común», *The UNIDROIT Principles: A common law of contracts for the Americas?*, Actas, Congreso Interamericano, UNIDROIT, Valencia, Venezuela, 1996.

Álvarez Vigaray, Rafael; *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, tercera edición, editorial Comares, Granada, 2003.

Arellano Cuan, David; *Los contratos internacionales y los principios del UNIDROIT*, publicado en *GLOBAL, Apuntes Jurídicos*, Año 3 Número 2, Agosto de 1999, Mendoza, Argentina.

Arroyo i Amayuelas, Esther (traductora); *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (R. Zimmermann, 2005), 2008, Bosch.

Barberán, Francisco / Domingo, Rafael; *Código civil japonés*, (traducción), Editorial Aranzadi, SA, Navarra, 2006.

Barrios Pintado, Feliciano / Domínguez Nafría, Juan Carlos / Maqueda Abreu, Consuelo; *Textos de Historia del Derecho Español*, Editorial Universitas, S.A., primera edición, Madrid, 2002.

Beltran de Heredia y Onis, Pablo; *El incumplimiento de las obligaciones*, Editorial revista de derecho privado, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1990.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), Álvarez Olalla, Pilar/Otros autores; *Manual de Derecho Civil, Contratos*, BERCAL, S.A., Madrid, 2011.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador)/ Álvarez Olalla, Pilar / Otros autores; *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, Tercera Edición, BERCAL, S.A., Madrid, 2011.

Blázquez-Lidoy, Jorge / Rodríguez, Javier / Santiso, Javier; «¿Ángel o demonio? Los efectos del comercio chino en los países de América Latina», *Revista de la CEPAL* 90, 2006, pp. 17-43.

Boyer, G.; *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1.184 C.civ.)*, París, 1924.

Bussani, Mauro; «En busca de un Derecho privado europeo», *Anuario de Derecho civil*, tomo LV, fasc. III, 2002.

Cabanillas Sánchez, Antonio; «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, Fascículo II, Abril-junio, 2007, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

Cabanillas Sánchez, Antonio; «La reforma del Derecho de los contratos en Francia», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV.

Cardozo, Gustavo A.; “Brasil-China: un nuevo subsistema internacional?”, en *Observatorio de la Economía y la Sociedad de China*,

No 05, diciembre de 2007. Programa Asia-Pacífico no *Centro Argentino de Estudios Internacionales (CARI)*. Ver en: <http://www.eumed.net/rev/china/05/gac.htm>.

Carrasco Perera, Ángel; *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, 2010, primera edición, Navarra.

Cartwright, John; *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyers*, Hart Publishing, 2007.

Casaburi, Ivana; «China also sees Spain as a platform that can indirectly support its firms entry into Latin America», ESADE China Europe Club, *Chinese investment in Europe 2014*.

Castañeda Jorge G.; *El Estado de Derecho Latinoamericano, integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Ediciones Universidad Salamanca, 2003.

Ceballos Gonzalo. *El crecimiento económico en el Tercer Mundo*, Alianza Editorial, 1989.

Chen Chong (陈翀), «Bu An Kang Bian Quan Yu Yu Qi Wei Yue De Ti Xi Gou Jian (不安抗辩与预期违约的体系构建)», *Journal of Henan University of Science and Technology (social science)* [河南科技大学学报 (社会科学版)], Vol. 29 No.6, Dec. 2011.

Chen Gengsheng (陈庚生); «El Derecho civil chino debe emplear el concepto de la obligación (我国民法应当使用债的概念)», *Chinese Journal of Law (法学研究)*, No. 2, 1986.

Cheng, Joseph; «Latin America in China's contemporary foreign policy». *Journal of Contemporary Asia*, 2006, Vol. 36, No. 4, pp. 500-528.

Clemente Meoro, Mario E.; *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

Clemente Meoro, Mario E.; *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

Contardo González, Juan Ignacio; «Oligaciones y responsabilidad civil,

Comentarios de jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 20, julio 2013.

Corral Talciani, Hernán; *La descodificación del Derecho Civil en Chile*, en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, 2007. En Internet: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/descodificacion.pdf>

Corral Talciani, Hernán; *Recensión* a la obra de Alejandro Guzmán Brito: «La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX», Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000; *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fascículo I, enero-marzo, 2002, pp. 267-270.

Cruz Barney, Óscar; *Historia del Derecho Indiano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

Cruz Moreno, María; *La «exceptio non adimpleti contractus»*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.

De Eizaguirre, José María; «*Civil law*: la vigencia de una categoría convencional», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. II, 2012.

Díez-Picazo Gímenez, Gema; *La mora del deudor*, Tesis doctoral dirigida por Luis Díez-Picazo, 1994, Universidad Autónoma de Madrid.

Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

Díez-Picazo, Luis; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

Díez-Picazo, Luis; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

Díez-Picazo, Luis; *Sistema de Derecho Civil, V. II, El contrato en general*, 6ª Edición, Tecnos, 1989.

Domat, J.; *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771, Lib.I, título II, sección XII, n.13.

Domingo, Rafael; *China, el dragón rampante. Panorama político, económico y jurídico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

Esplugues Mota, Carlos/ Hargain, Daniel/ Palao Moreno, Guillermo (Directores); *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*; Edisofer, Madrid, Buenos Aires y Montevideo, 2008.

Etsuko Asami, *Los sistemas del Derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

Fan Jianhong, «Fa Xue Jiao Xue An Li De Yi Ban Jie Xi Gui Ze—Si Fa Guan Xi An Qian De Wen Gu Er Zhi Xin (法学教学案例的一般解析规则— 司法官析案前的温故而知新)», [www.http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8507&page=2](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8507&page=2), 2007. De acuerdo de la nota 1 de este artículo, este artículo fue publicado en *US-China Law Review*, ISSN1548-6605, vol. 4, No. 6, Junio de 2007, USA.

Gandásegui, Marco A.; *China: Relaciones comerciales con América Latina*, ALAI, América Latina en Movimiento, 2005-07-28, disponible en <http://alainet.org/active/8813&lang=es>.

García, Julia / González de Castejón, Gabriela; *Venezuela historia, política, sociedad, economía, cultura*, Estudios de Política Exterior SA, Biblioteca Nueva, 2004.

Garrigues Walker, Antonio; *Prólogo del Código Civil Japonés*, de Rafael Domingo y Nobuo Hayashi (traductores), Marcial Pons, Madrid, 2000.

Ge Yunsong (葛云松), *Estudios sobre el incumplimiento previsible (期前违约规则研究)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003.

Gómez Calle, Esther; «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario del Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, pp. 31-102.

Gómez Pomar, Fernando; «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, Barcelona, Julio de 2007.

González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa»,

Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, pp. 489-518.

Gros Espiell, Héctor; “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, ISSN 1138-4824, No.6, 2002, pp.143-144.

Guo Delin, «Zhong Guo Yu Wei Nei Rui La Neng Yuan He Zuo De Qian Li», *Journal of Latin American Studies*, No. 2, 2003, pp. 26-30.

Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, resumen por Hermán Corral Talciani, ADC tomo LV, fascículo I, enero-marzo, 2002.

Guzmán Brito, Alejandro; “La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Colección Derecho Privado, Julio 2005, número II.

Guzmán Brito, Alejandro; *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005. Originalmente publicado en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, 2001), pp. 209-367.

Han Shiyuan (韩世远), «Ley de Contratos de China y CISG (中国合同法与 CISG)», *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, 02, 2011, pp. 7-34; Véase en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

Han Shiyuan (韩世远); «亚洲合同法原则：合同法的“亚洲声音” (“Los Principios del Derecho Asiático de Contratos: *las voces asiáticas* del Derecho de contratos”», *清华法学 (Tsinghua Law Journal)*, Vol. 7, No. 3 (2013), pp. 6-16.

Han Shiyuan (韩世远); Informe de China de *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Franco Ferrari (Ed.), Sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, p. 71.

He Qinhua (何勤华), “Nacimiento y desarrollo del Derecho civil y mercantil contemporáneo chino (中国近代民商法学的诞生与成长)”, *Studies in Law and Business*, enero de 2004.

Hozumi; *Lectures on the new Japanese civil Code*, 2nd. edition, 1912. En: <http://digital.library.yale.edu/cdm/ref/collection/rebooks/id/130988>

Hui Congbing (en chino: 惠从冰); *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* (en chino: 违约救济比较研究, *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative studies on remedy for breach of the contract*), 法律出版社 (Law press china), Beijing, 2013.

Jenkins, Rhys. «El impacto de China en América Latina». *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, No. 85-86, 2009, pp. 251-272.

Jerez Delgado, Carmen; *Los remedios frente al incumplimiento contractual en el moderno Derecho español de obligaciones*, trabajo inédito (conferencia impartida en la Universidad Jorge Tadeo de Bogotá, 25 noviembre 2013).

Jerez Delgado, Carmen / Pérez García, Máximo Juan; «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la UAM*, 2009-I, pp. 155-179. Versión en inglés: Jerez Delgado, Carmen/ Pérez García, Máximo Juan; «The General Codification Commission and the modernization of the Spanish law of obligations», *Zeitschrift fur Europäisches Privatrecht* (vol. 3, 2011, págs. 601-616).

Ji Pomin (纪坡民), “Shi Shangkuan: la persona No.1 del Derecho civil chino (史尚宽: 中国民法第一人), *Southern Weekly* (南方周末), día 17 de mayo de 2002, disponible en Southcn.com (南方网).

Jianming Shen, «Declaring the Contract Avoided: The U.N. Sales Convention in the Chinese Context»; *New York International Law Review*, Vol. 10, No. 1, New York State Bar Association (Winter 1997).

Junwei Fu, *Modern European and Chinese Contract Law, A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011.

Lacruz Berdejo, José Luis / Otros autores; *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato*. Quinta Edición, Dykinson, Madrid, 2011.

Lall, Sanjaya / Weiss, John; Oikawa, Hiroshi; «China's Competitive Threat to Latin America: An Analysis for 1990-2002». *Oxford Development Studies*. 2005, Vol. 33 No 2, pp. 163-194.

Lamarca Marqués, Albert; *Código Civil alemán*, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2008.

Lando, Ole / Beale, Hugh (ed.); *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Parte III (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Colegios notariales de España (Consejo general del notariado), Madrid, 2007.

Larraín, Sara / Aedo, M. Paz / Sepúlveda, Pablo; *China y América Latina: Comercio e inversiones, obstáculos y desafíos para la sustentabilidad*. CONOSUR SUSTENTABLE, HEINRICH BOELL Foundation © Programa Chile Sustentable, ISBN: 956- 7889- 32- 5, Primera Edición, Diciembre 2005. En Internet: <http://www.chilesustentable.net/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/chinaespanol.pdf>

Lasarte Álvarez, Carlos; *Principios de Derecho civil III, Contratos*, Decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Lederman Daniel / Olarreaga, Marcelo / Rubiano, Eliana; «Trade Specialization in Latin America: The Impact of China and India». *Review of World Economics*, 2008, Vol. 144 No. 2, pp. 248-271.

Li, He. «China's Growing Interest in Latin America and Its Implications». *The Journal of Strategic Studies*. 2007, vol. 30, No. 4-5, pp. 833-862.

Li, Lichun (李丽春) / Sun, Congcong (孙聪聪); “El desarrollo de la Ley de Contrato de China (Lun Zhong Guo He Tong Fa De Fa Zhan; 论中国合同法的发展)”, *Modern Business Trade Industry* (现代商贸工业), No. 05, 2009.

Li Maojun (李茂军), «Análisis tentativo de las influencias de la globalización económica para el Derecho—Comentarios sobre la teoría de la *globalización del Derecho*» (en inglés: *A tentative analysis of the influence of economic globalization on laws*; en chino: 浅析经济全球化对法律的影响—兼评“法律全球化”理论), *Journal of China Youth College for Political Sciences* (中国青年政治学院学报, *Zhong Guo Qing Nian Zheng Zhi Xue Yuan Xue Bao*), Vol. 21, No.3 de mayo de 2002 (2002 年 5 月第 21 卷第 3 期).

Li Meng, «Zhong Guo He Tong Fa Xian Jin Xing Shi Jie Ling Xian», *Zhong Guo Jing Ji Zhou Kan*, No. Z2, 2005, pp. 35-36.

Li Xintian (en chino: 李新天), Título del libro: *违约形态比较研究* (pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on breach of the contract*), Editorial: 武汉大学出版社 (en inglés: Wuhan University Press), Ciudad: 武汉, Wuhan; 2005.

Li Yongjun (李永军); *Derecho de los contratos* (*合同法, He Tong Fa*; en inglés: *Contract Law*), Law Press de China, Beijing, 2004.

Liang Huixing (梁慧星), «De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad estricta (从过错责任到严格责任)», *Civil and commercial law review* («*民商法论丛*»), No. 8.

Liang Huixing, *El Derecho civil chino: ¿De dónde viene y adónde va?*, se ve en: <http://www.privatelaw.com.cn>, el 3 de mayo de 2006.

Liu Qiang, «Zhong Guo Yu La Mei Shi You He Zuo Tan Tao», *Journal of Latin American Studies*, vol. 27, No. 1, 2005, pp. 25-29.

Llamas Pombo, Eugenio; *La Compraventa*, Wolters Kluwer España, La Ley Tratados, Madrid, 2014.

Madrid Martínez, Claudia / Franco Ferrari (Ed.), Informe Venezuela de *The CISG and its impact on national legal systems*, Sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008, pp. 337-343.

Mansilla Blanco, Roberto; *Asimetrías y convergencias en las relaciones Brasil-China (2003-2011)*.

Mao Jinli / Otros autores; *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991.

Miguel, Juan Luis; *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

Morales Moreno, Antonio Manuel; «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, No. 4; 1983, pp. 1529-1546.

Morales Moreno, Antonio Manuel; «Evolución del concepto de obligaciones en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006.

Morales Moreno, Antonio Manuel; «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», Anexo: Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I.

Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006.

Moreira Cunha, André; «A China e o Brasil na nova Ordem Internacional». Dossiê: China: Desenvolvimento econômico e segurança internacional, *Revista de Sociologia e Política*, Vol. 19, No Suplementar, Río de Janeiro (Brasil), 9-29 de noviembre de 2011.

Muñoz, Edgardo; *Modern law of contracts and sales in Latin America*,

Spain and Portugal, international commerce and arbitration, volume 6, eleven international publishing, 2011.

Nacht, Pablo Alejandro; «El Dragón en América Latina: las relaciones económico-comerciales y los riesgos para la región», *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, Num. 45, Quito, septiembre 2013, pp. 142 y siguientes.

Núñez Iglesias, Álvaro (traducción) / Domingo, Rafael (Coordinación), *Código Civil Francés / Code Civil*, edición bilingüe, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2005.

Pampillón Olmedo, Rafael. *Análisis económico de países, Teoría y casos de política económica*, segunda edición, Instituto de Empresas, McGraw-Hill. 1992.

Pantaleón Prieto, Fernando; «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *Anuario de Derecho Civil*, 1991.

Pantaleón Prieto, Fernando; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

Piettre, André. *La economía en los países socialistas y en el tercer mundo*, Ediciones Rialp, S.A. Madrid.

Pizarro Wilson, Carlos (coordinador), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012.

Pizarro Wilson, Carlos / Vidal Olivares, Álvaro; *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Pizarro Wilson, Carlos; «¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, (Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Pizarro Wilson, Carlos; *Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI

(Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre).

Pizarro, Ramón D. / Vallespinos, Carlos G.; *Obligaciones. Instituciones de derecho privado*, Hammurabi, 2012.

Poncelet, François Frédéric/ Amos, William/ Westoby, Scarborough; *Introducción histórica al Derecho civil francés e inglés*, traducciones y prólogo a cargo de Eduardo Pardo Unanua; Edición, revisión de la traducción y notas adicionales a cargo de María Encarnación Gómez Rojo, Zaragoza, 2000.

Pothier, R. J; *Traité des obligations*, París, 1824, n. 672.

Puig Brutau, José; *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Volumen II, Cuarta edición, Derecho General de las Obligaciones*, BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1988.

R. Brizzio Claudia, «UNIDAD XX- Extinción anticipada del contrato y suspensión del cumplimiento», *Contratos, Comisión 5*.

Ramírez Gómez, José Fernando M.P.; *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 4 de julio de 2002, Exp. 6461*, en

www.cortesuprema.gov.co, visitada el 12 de enero de 2011.

Requeijo, Jaime. *Estructura Económica Mundial*, McGraw-Hill, 1997.

Richmond, Jennifer; *Consumo de energía en China: implicaciones para el futuro a escala regional y global*.

Rosales, Osvaldo / Mikio Kuwayama, *China y América Latina y el Caribe: Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, marzo de 2012.

Roy Bin Wong, *China Transformed: Historical Change and the Limits of European Experience*, Cornell University Press, 1997.

Ruiz Díaz Labrano, Roberto; *Mercosur: Integración y Derecho*, Intercontinental Editora, Ciudad argentina, Buenos Aires, 1998.

Sánchez-Arcilla Bernal, José; *Historia del Derecho español*, 2ª edición, Cálamo, Barcelona, 2001.

Schlechtriem, Peter (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd Edition (intranslation), translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press Oxford 1998, Art.61 Rn 2.

Schulze, Reiner / Zimmermann, Reinhard; *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación, Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

Schulze, Reiner / Zoll, Fryderyk; *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, Sellier european law publishers, Munich, 2013.

Shi Jichun (史际春), “Guan Yu Zhai De Gai Nian He Ke Ti De Ruo Gan Wen Ti (关于债的概念和客体的若干问题)”, *Chinese Journal of Law (法学研究)*, No. 3, 1985, pp.11-13.

Shi Shangkuan (史尚宽), *Derecho de obligaciones (债法总论)*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, 2000.

Shiyuan Han / Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and its impact on national legal systems*, Sellier. european law publishers GmbH, Munich, 2008.

Song Xiaoping, *Relaciones y políticas de China con América Latina*, diciembre, 2004.

Sun Hongbo; *Ventajas y riesgos de la relación China-Brasil*, disponible en

<http://america.infobae.com/notas/26117-Ventajas-y-riesgos-de-la-relacion-China-Brasil>.

Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992.

Tomás y Valiente, Francisco; *Manual de historia del Derecho español*, 4ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

Trigueros Gatsman, Laura; *La Convención interamericana sobre derecho*

aplicable a los contratos internacionales, www.azc.uam.mx .

Vázquez de Castro, Eduardo; «Los contratos ilegales en el *Common Law*», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, fasc. I, enero-marzo, 2002.

Vidal Olivares, Álvaro; «El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Vidal Olivares, Álvaro; «La noción de *incumplimiento esencial* en el Código Civil», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Carlos Pizarro Wilson, Álvaro Vidal Olivares), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010. Artículo publicado también en la *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII Valparaíso, Chile, (1er. Semestre de 2009), pp. 221-258.

Vidal Olivares, Álvaro; *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones

Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006.

Vives Montero, María Luisa; «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, TOMO LV, FASCÍCULO III, Julio-septiembre, 2002, pp. 1229-1310.

Wang Wensheng (王文胜), «Fortalecer el estudio del Derecho comparado y mejorar el nivel de arbitraje en materia civil y mercantil» (en chino: 大力加强比较法研究, 提升民商事裁判水平), *Periódico de Tribunal Popular* (en chino: «人民法院报»), el 29 de octubre de 2009.

Wang Yong (en chino:王勇), *Zhong Guo Dui Wai Shi You Zhan Lue Yan Jiu* (中国对外石油战略研究), Editorial de la Universidad de Zhejiang (浙江大学出版社), 2009.

Wang Zejian, *Principios del derecho de obligaciones (Zhai Fa Yuan Li)*, 2ª edición, Editorial de la Universidad de Pekín, 2013, Pekín.

Wang, Zejian (王泽鉴); *Los principios del Derecho de obligaciones*, (en chino: 债法原理, *Zhai Fa Yuan Li*), la segunda edición, Peking University Press, marzo de 2013, Beijing.

Wendell Holmes, Oliver Wendell; *The Path of the Law*, Jr.,10 Harvard Law Review 457 (1897).

Wu Baiyi (吴白乙), *Annual Report on Latin America and the Caribbean (2010-2011)* [拉丁美洲和加勒比发展报告(2010-2011)], Social sciences academic press (China) (社会科学文献出版社), 2011.

Xia Yuanlin (夏元林); «Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos (对《合同法》中适用严格责任违约归责的质疑)», *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College* (贵州省政法管理干部学院学报), Oct. 1999.

Yang Bo, «Venezuela's Petroleum in Opening to the Outside World», *Techno-economics in Petrochemicals*, No.1 , 2005, pp. 14-19.

Zhang Gu(张谷), “Comparación entre el incumplimiento previsible y la excepción por inseguridad (预期违约与不安抗辩之比较)”, *Fa Xue*(法学), No. 4, 1993.

Zhang Jinhai, Lun Shuang Wu He Tong Zhong Ji Fu Yi Wu De Qian Lian Xing (论双务合同中给付义务的牵连性), *Fa Lv Ke Xue* (法律科学), 02, 2013.

Zhang, Lihong; «Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino», traducción dirigida (traducido) por el jurista chileno Patricio-Ignacio Carvajal, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 No.3, 2009.

Zhu Wenhui, «Nuevas tendencias del comercio sino-latinoamericano en el contexto de la globalización (en pinyin: Quan Qiu Hua Xia Zhong Guo Yu La Mei Mao Yi Guan Xi De Xin Qu Shi)», *Journal of Latin American Studies*, No. 3, 2004, pp. 8-15, y 63-64.

Zweigert, K. / Kötz, H.; *An introduction to Comparative Law*, Third Edition, Oxford, 1998.

OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Evolución reciente de las relaciones económicas entre la República Popular China y América Latina y el Caribe. Mecanismos institucionales y de cooperación para su fortalecimiento, XXXVI Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Caracas, Venezuela, 27 al 29 de octubre de 2010.

www.baike.baidu.com/

<http://www.civillaw.com.cn>

<http://www.eclac.org/> (página web de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe)

[http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo-322684-comercio-entre-china-y-venezuela-alcanzo-los-us18000-millones.](http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/articulo-322684-comercio-entre-china-y-venezuela-alcanzo-los-us18000-millones)

<http://www.eluniversal.com/opinion/120920/venezuela-y-china>

<http://www.mofcom.gov.cn/> (Página web oficial del Ministerio de Comercio de la República Popular China)

<http://www.mundopetroleo.com>

www.npc.gov.cn (página web oficial del Congreso Popular Nacional de la República Popular de China).

<http://www.politica-china.org/nova.php?id=2914&clase=8&lg=gal>.

ABREVIATURAS REFERIDAS A TEXTOS NORMATIVOS

ADC: Anuario de Derecho Civil

art.: artículo.

B.G.B.: Bürgerliches Gesetzbuch de 1900.

CC: Código Civil

CC esp. / CC español: Código Civil español / Código civil español, de 1889.

CC suizo: Code civil suisse, de 1907.

CC taiw. : Código civil de Taiwán, de 1929.

CdC: Código de Comercio

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe

Cfr.: Confer

CISG: Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (UNCITRAL, en inglés: Convention International of Sales of Goods), o Convención de Viena de 11 de abril de 1980. Ratificado por España el 24 de julio de 1990.

CNOOC: China National Offshore Oil Company

CNPC: Corporación Nacional de Petróleo de China

Code: Code civil français, de 1804.

Codice: Codice civile italiano, de 1942.

Codice 1865: Codice civile del Regno d' Italia, de 1865.

DCFR: *Draft Common Frame of Reference* (Marco Común de Referencia); *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft common frame of reference*, preparado por el *Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, *Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law*, editado por Christian von Bar y Eric Clive, Sellier, European Law Publishers, 2009.

ed. : edición.

http://: Dirección de Internet

INCOTERMS: *International Commercial Terms*

LUVI: Ley Uniforme sobre Venta Internacional de bienes muebles

Ob. cit.: Obra citada

PECL: Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Partes I y II revisadas, preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, que preside el Profesor Ole Lando. *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by The Commission of European Contract Law; Chairman: Ole Lando, editado por Ole Lando y Hugh Beale, Netherlands, 2000.

PMDOC: Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.

Principios UNIDROIT: los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (Principles of International Commercial Contracts).

PECL: los Principios Europeos del Derecho de Contratos.

PLDC: Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos (borrador). Recientemente publicados en el *Anuario de Derecho Civil* (2014) con una introducción de Antonio Manuel Morales Moreno.

PMCC: Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, Comisión General de Codificación, España, 2009.

Principios UNIDROIT: Principios UNIDROIT sobre los contratos

comerciales internacionales 2010.

RPC: la República Popular de China

S.: Sentencia

SINOPEC: Corporación Petroquímica de China

UCC: Uniform Commercial Code

ULFC (ULF): Ley Uniforme en la Formación de Contratos para la venta internacional de mercaderías; *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods.*

ULIS: *Uniform Law of International Sale (Uniform law on the International Sale of Goods)*

UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law*)

UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*Institute International pour l'Unification du Droit Privé/ International Institute for the Unification of Private Law*)

V.gr.: Verbigracia

Vid.: Videre

YPF: Yacimientos Petrolíferos Fiscales

中华人民共和国合同法

Ley de Contratos de la República Popular de China

Contract Law of the People's Republic of China

第六章 合同的权利义务终止

Capítulo VI Extinción de Derechos y Obligaciones del Contrato

Chapter VI Termination of Rights and Obligations under the Contract

第九十一条 有下列情形之一的，合同的权利义务终止：

Artículo 91.- Los derechos y obligaciones derivados del contrato se extinguirán bajo cualquiera de las siguientes circunstancias:

Article 91.- The rights and obligations under a contract shall terminate in any of the following situations:

(一) 债务已经按照约定履行;

(1) Cuando las obligaciones se han cumplido de conformidad con lo acordado en el contrato;

(1) Liabilities have all been met as contracted;

(二) 合同解除;

(2) Por la resolución del contrato;

(2) The contract is dissolved;

(三) 债务相互抵销;

(3) Por compensación de deudas;

(3) Liabilities are offset against each other;

(四) 债务人依法将标的物提存;

(4) Por depósito del objeto del contrato conforme a la ley;

(4) The debtor has deposited the targeted matter according to law;

(五) 债权人免除债务;

(5) Por remisión de deuda;

(5) The creditor grants exemption from liabilities;

(六) 债权债务同归于一人;

(6) Por confusión de deudas;

(6) Both creditor's rights and liabilities are undertaken by one same person; or

(七) 法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

(7) Por otras circunstancias de extinción de los derechos y obligaciones previstas por la ley o estipuladas por las partes.

(7) Other situations as provided for by law or stipulated by the parties.

第九十二条 合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

Article 92.- After the termination of rights and obligations under a contract, the parties shall perform the duties of notification, assistance and confidentiality in light of the principle of good faith and in accordance with trade practices.

Artículo 92.- Extinguidos los derechos y obligaciones del contrato, las partes están obligadas a la notificación, la colaboración y la confidencialidad, de conformidad con el principio de buena fe y las prácticas comerciales.

第九十三条 当事人协商一致，可以解除合同。

Artículo 93.- Las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo.

Article 93.- The parties may dissolve the contract upon consensus through consultation.

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

Las partes pueden acordar las condiciones para la resolución unilateral del contrato. Cuando se realice la condición, la parte con derecho puede resolver el contrato.

The parties may stipulate the conditions for dissolution of the contract by either party. When the conditions for dissolution of the contract mature, the party with the right to dissolve may dissolve the contract.

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

Artículo 94.- Las partes de un contrato podrán resolverlo en cualquiera de las siguientes circunstancias:

Article 94.- The parties may dissolve the contract under any of the following circumstances:

(一) 因不可抗力致使不能实现合同目的；

(1) Cuando sea imposible lograr el propósito del contrato por causas de fuerza mayor;

(1) The aim of the contract cannot be attained because of force majeure;

(二) 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

(2) Cuando, antes del vencimiento del plazo de cumplimiento, la otra parte afirma expresamente, o indica a través de su conducta, que no va a cumplir con su obligación principal;

(2) Before the period of performance expires, either party clearly indicates by word or by act that it will not discharge the principal debts;

(三) 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

(3) Cuando una de las partes retrasa el cumplimiento de su obligación principal, y no realiza el cumplimiento dentro de un plazo razonable después de que la otra parte demande el cumplimiento;

(3) Either party delays the discharge of the principal debts and still fails to discharge them within a reasonable period of time after being urged;

(四) 当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的；

(4) Cuando una de las partes retrasa el cumplimiento de sus obligaciones o incumple el contrato de alguna otra manera, haciendo que sea imposible lograr el objeto del contrato;

(4) Either party delays the discharge of debts or is engaged in other illegal activities and thus makes realization of the aim of the contract impossible; or

(五) 法律规定的其他情形。

(5) Cuando concurren otras circunstancias previstas por la ley.

(5) Any other circumstances as provided for by law.

第九十五条 法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

Artículo 95.- Cuando hay un plazo estipulado por la ley o por acuerdo de las partes para resolver el contrato, si la parte interesada no ejercita tal derecho dentro del plazo, éste se extinguirá.

Article 95.- If a time limit for exercising the right to dissolve the contract is provided for by laws or by agreement of the parties, and the party concerned does not exercise such right at the expiration of the time limit, such right shall vanish.

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

Si la ley no estipula ni las partes han acordado el plazo para ejercer el derecho a resolver el contrato, pero el interesado no ejerce tal derecho dentro de un período razonable de tiempo después de que la otra parte lo ha instado, tal derecho se extinguirá.

If no time limit for exercising the right to dissolve is provided for by laws or by agreement of the parties, but the party concerned does not exercise such right within a reasonable period of time after being urged by the other party, such right shall vanish.

第九十六条 当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

Artículo 96.- Cuando una parte aboga por la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 93 y el artículo 94 de esta Ley, deberá notificar a la otra parte. El contrato se resolverá cuando la notificación llegue a la otra parte. Si la otra parte tiene alguna objeción, puede recurrir a un tribunal popular o una institución de arbitraje para que determine la validez de la resolución del contrato.

Article 96.- When a party advocates the dissolution of the contract in accordance with the provisions of Paragraph 2 of Article 93 and Article 94 of this Law, the party shall notify the other party. The contract shall be dissolved when the notice reaches the other party. If the other party has objection, it may apply to a people's court or an arbitration institution to determine the validity of the dissolution of the contract.

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

Si la ley o las disposiciones administrativas estipulan que la resolución del contrato requiere un procedimiento de autorización y registro público, se aplicarán estas disposiciones.

Where provisions of laws and administrative regulations require the dissolution of a contract to go through approval and registration procedures, such provisions shall govern.

第九十七条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

Artículo 97.- Resuelto el contrato, si la ejecución de la prestación no ha comenzado, no es exigible. Si la ejecución de la prestación ya se ha realizado, el interesado podrá, de acuerdo con la situación de la

prestación y la naturaleza del contrato, exigir restauración al estado original o tomar otras medidas correctivas, con derecho a reclamar una indemnización.

Article 97.- After the dissolution of a contract, for those clauses not yet performed, the performance shall cease. For those already performed, the party concerned may, in accordance with the situation of performance and the nature of the contract, demand their restoration to the original status or take other remedial measures, and have the right to claim compensation.

第九十八条 合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

Artículo 98.- La extinción de los derechos y obligaciones del contrato no afectará a la validez de las cláusulas relacionadas con su disolución y liquidación.

Article 98.- The termination of rights and obligations under a contract shall not affect the validity of its clauses regarding settlement and liquidation.

第九十九条 当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

Artículo 99.- Si las partes tienen obligaciones recíprocas vencidas, del mismo tipo y calidad, cualquiera de las partes podrá compensar sus deudas con las de la otra parte, a excepción de aquellas deudas que no puedan ser compensadas conforme a las disposiciones de las leyes o a la naturaleza del contrato.

Article 99.- If the parties mutually owe matured liabilities, and if the varieties and quality of targeted matters of the liabilities are the same, either party may offset its liabilities against those of the other party, except for the liabilities that cannot be offset according to the provisions of laws or according to the nature of the contract.

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

La parte que invoca la compensación deberá notificarlo a la otra parte. La notificación tendrá efecto cuando llegue a la otra parte. Ninguna condición ni límite de tiempo puede asociarse a la compensación.

The party that advocates an offset shall notify the other party. The notice shall become effective when it reaches the other party. No conditions or time limit may be attached to the offset.

第一百条 当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。

Artículo 100.- Si las partes tienen obligaciones recíprocas, pero de distinto tipo y calidad, pueden también compensarse de mutuo acuerdo por las partes.

Article 100.- If the parties mutually owe liabilities and the targeted matters are different in variety and quality, they may also be offset against each other upon consensus through consultation by the parties.

第一百零一条 有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

Artículo 101.- El depósito del objeto de la prestación puede realizarse por el deudor si tiene dificultades para cumplir con sus deudas debido a cualquiera de las siguientes situaciones:

Article 101.- The debtor may deposit its targeted matter if it has difficulty to discharge its debts owing to any of the following situations:

(一) 债权人无正当理由拒绝受领；

(1) Si el acreedor se niega a aceptar la entrega sin causa justificada;

(1) The creditor refuses to accept the discharge without justifiable reason;

(二) 债权人下落不明；

(2) Si el acreedor se encuentra en paradero desconocido;

(2) The whereabouts of the creditor is unknown;

(三) 债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人;

(3) Si el acreedor fallece sin determinar el heredero o ha perdido la capacidad de obrar y no se le ha nombrado tutor o representante legal; o

(3) The creditor dies without determining an heir or has lost capacity of civil conduct without determining a guardian; or

(四) 法律规定的其他情形。

(4) Si concurren otras circunstancias previstas en la ley.

(4) Other situations as provided for by law.

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

Si el objeto de la prestación no es apto para el depósito o el gasto de su depósito es demasiado alto, el deudor podrá subastar o venderlo, de conformidad con las leyes, y depositar el dinero.

If the targeted matter is unsuitable for deposit or the deposit is too expensive, the debtor may auction or sell it and deposit the proceeds according to law.

第一百零二条 标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。

Artículo 102.- Después de depositar el objeto de la prestación, el deudor deberá notificarlo de inmediato al acreedor, o bien a su heredero o al tutor, a menos que el paradero del acreedor sea desconocido.

Article 102.- After the targeted matter is deposited, the debtor shall promptly notify the creditor or his heir or guardian thereof, unless the whereabouts of the creditor is unknown.

第一百零三条 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

Artículo 103.- Después del depósito del objeto de la prestación, el riesgo de daño y pérdida será asumido por el acreedor. Los intereses devengados del objeto de la obligación durante el periodo de depósito serán propiedad del acreedor. Los gastos del depósito serán sufragados por el acreedor.

Article 103.- The risk of damage and loss of the targeted matter after deposit shall be borne by the creditor. Accrued interest from the targeted matter during the period of deposit shall belong to the creditor. The expenses for depositing the targeted matter shall be borne by the creditor.

第一百零四条 债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

Artículo 104.- El acreedor puede recoger el objeto depositado en cualquier momento. Sin embargo, si el acreedor también debe al deudor el objeto de una obligación vencida, el organismo depositario, a petición del deudor depositante, no permitirá al acreedor recoger el objeto depositado antes de cumplir sus propias deudas u ofrecer una garantía.

Article 104.- The creditor may collect the deposited targeted matter at any time. However, if the creditor owes the debtor matured liabilities, the depositary agency shall, at the debtor's request, disallow the creditor to collect the targeted matter before meeting its own liabilities or providing a guarantee.

债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

El derecho del acreedor a recoger el objeto de la prestación se extinguirá si el acreedor no lo ejerce dentro de los cinco años a partir de la fecha del depósito y el objeto depositado pertenecerá al Estado tras la deducción de los gastos de depósito.

The right of a creditor to collect the targeted matter shall vanish if the right is not exercised within five years from the date of deposit and the targeted matter deposited shall belong to the State after deduction of the deposit expenses.

第一百零五条 债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

Artículo 105.- Si el acreedor exonera al deudor de sus deudas en su totalidad o en parte, los derechos y obligaciones derivados del contrato se darán por terminados en su totalidad o en parte.

Article 105.- If the creditor exempts the debtor from its liabilities in whole or in part, the rights and obligations under the contract shall terminate in whole or in part.

第一百零六条 债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

Artículo 106.- Si tanto los derechos como las obligaciones están a cargo de una misma persona, los derechos y obligaciones derivados del contrato quedarán extinguidos salvo que estén relacionados con los intereses de un tercero.

Article 106.- If both creditor's rights and obligations are undertaken by one same person, the rights and obligations under the contract shall terminate, except for those involving the interests of a third party.

第七章 违约责任

Capítulo VII Responsabilidad por el incumplimiento contractual

Chapter VII Liability for Breach of Contract

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

Artículo 107.- Si la parte no cumple alguna de las obligaciones del contrato o la prestación no es conforme al contrato, tiene que asumir la responsabilidad por incumplimiento, que abarca tanto la acción de cumplimiento, como las medidas correctoras, o la indemnización por daños y perjuicios (etc.⁸⁶⁶).

Article 107.- Either party that fails to perform its obligations under the contract or fails to perform them as contracted shall bear the liability for breach of contract by continuing to perform the obligations, taking remedial measures, or compensating for losses.

⁸⁶⁶ En la versión china añade «etcétera» pero no en la versión oficial inglesa.

第一百零八条 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

Artículo 108.- Si una parte manifiesta de forma explícita, o indica por su conducta, que no va a cumplir las obligaciones que le corresponden en virtud del contrato, la otra parte podrá exigirle la responsabilidad por el incumplimiento del contrato antes de que expire el período de ejecución.

Article 108.- If either party explicitly expresses or indicates by act its intention not to perform its obligations under the contract, the other party may, before the expiration of the period of fulfillment, demand that the party in question bear the liability for breach of contract.

第一百零九条 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

Artículo 109.- Si uno de los contratantes no ha pagado el precio o remuneración, la otra parte puede exigir el pago.

Article 109.- If either party fails to pay charges or remuneration, the other party may demand the payment.

第一百一十条 当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

Artículo 110.- Si una parte no cumple alguna de las obligaciones no dinerarias, o si la prestación de las obligaciones no dinerarias no es

conforme a lo acordado, la otra parte podrá exigir su cumplimiento, salvo en cualquiera de las siguientes situaciones:

Article 110.- If either party fails to discharge non-pecuniary debt or fails to discharge non-pecuniary debt as contracted, the other party may demand the discharge, except in any of the following situations:

(一) 法律上或者事实上不能履行;

(1) Cuando jurídicamente no es posible el cumplimiento o de hecho no es posible;

(1) Legally or practically the discharge is impossible;

(二) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;

(2) Cuando el sujeto de la obligación no es apto para el cumplimiento obligatorio o el coste del cumplimiento es demasiado alto;

(2) The targeted matter of the debt is unsuitable for a compulsory discharge or too expensive for the discharge; or

(三) 债权人在合理期限内未要求履行。

(3) Cuando el acreedor no exige el cumplimiento dentro de la vigencia del contrato.

(3) The creditor does not demand the discharge within a reasonable period of time.

第一百一十一条 质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

Artículo 111.- En cuanto a la falta de conformidad, la parte incumplidora debe asumir las responsabilidades por incumplimiento del contrato conforme a lo acordado entre las partes. A falta de estipulación al respecto o cuando no está claramente estipulado, ni la responsabilidad puede determinarse conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de esta Ley, la parte perjudicada puede, con referencia a la naturaleza del objeto y el grado del perjuicio, optar razonablemente entre la reparación, la sustitución, la elaboración de nuevo, la devolución de mercancías y la reducción del precio o remuneración.

Article 111.- If the quality fails to meet the agreed requirements, liability for breach of contract shall be borne in accordance with the agreement between the parties. If the liability for breach of contract is not stipulated or is not clearly stipulated, nor can it be determined pursuant to the provisions of Article 61 of this Law, the party suffering the loss may, with reference to the nature of the targeted matter and the degree of the

loss, choose in a reasonable manner to demand that the other party bear the liability for breach of contract in such form as repair, replacement, redoing, return of the targeted matter, discount in payment or remuneration.

第一百一十二条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

Artículo 112.- Si la parte no cumple alguna de las obligaciones del contrato, o la prestación de las obligaciones no dinerarias no es conforme a lo acordado, la otra parte puede exigir la indemnización por daños, aunque haya adoptado otro tipo de medidas correctivas, en la medida en que éstas no hayan sido suficientes para evitar todo perjuicio.

Article 112.- Where either party fails to perform its obligations under the contract or does not perform its obligations as contracted, and losses are still caused to the other party after the performance of obligations or the adoption of remedial measures, the party in fault shall compensate for the losses.

第一百一十三条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

Artículo 113.- Si una de las partes no cumple alguna de las obligaciones del contrato o la prestación no es conforme al contrato, y por lo tanto causa pérdidas a la otra parte, el importe de la compensación por la pérdida será equivalente a la pérdida real causada por el incumplimiento del contrato, y deberá incluir el lucro cesante (o perspectiva de beneficio si se hubiera realizado la prestación), pero no excederá de la cantidad prevista o previsible anticipadamente por la parte incumplidora al tiempo de celebrar el contrato.

Article 113.- If either party fails to perform its obligations under the contract or does not perform its obligations as contracted and thus causes losses to the other party, the amount of compensation for the loss shall be equivalent to the loss actually caused by the breach of contract and shall include the profit obtainable after the performance of the contract, but shall not exceed the sum of the loss that might be caused by a breach of contract and has been anticipated or ought to be anticipated by the breaching party in the making of the contract.

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

El operador de la empresa que practica el fraude en la prestación de los productos o servicios a los consumidores, deberá compensar los daños de conformidad con las disposiciones de la “*Ley sobre la Protección de los*

Derechos e Intereses de los consumidores de la República Popular de China”.

A business operator who practices fraud in providing commodities or services to consumers shall undertake to compensate for the damage in accordance with the provisions of the Law of the People’s Republic of China on the Protection of Consumers’ Rights and Interests.

第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

Artículo 114.- Las partes pueden estipular que, en caso de incumplimiento del contrato por cualquiera de ellas, la parte incumplidora tiene que pagar una cierta cantidad de la pena a la otra parte de acuerdo con la gravedad de la infracción, y también pueden estipular el método para el cálculo de la suma de la compensación por las pérdidas causadas por el incumplimiento del contrato.

Article 114.- The parties may stipulate that in case of breach of contract by either party a certain amount of penalty shall be paid to the other party according to the seriousness of the breach, and may also stipulate the method for calculating the sum of compensation for losses caused by the breach of contract.

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

Si la pena estipulada para el caso incumplimiento de contrato es inferior a la pérdida real causada por el incumplimiento, la parte interesada puede solicitar a un tribunal popular o a una institución de arbitraje un aumento de la pena. Si la pena estipulada por incumplimiento de contrato es excesivamente alta en relación con la pérdida real causada por el incumplimiento, la parte interesada podrá solicitar a un tribunal popular o a una institución de arbitraje una reducción adecuada de la pena.

If the stipulated penalty for breach of contract is lower than the loss caused by the breach, the party concerned may apply to a people's court or an arbitration institution for an increase. If the stipulated penalty for breach of contract is excessively higher than the loss caused by the breach, the party concerned may apply to a people's court or an arbitration institution for an appropriate reduction.

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

En caso de cláusula penal por incumplimiento del contrato consistente en un retraso en el cumplimiento, la parte incumplidora deberá cumplir con la obligación, además de pagar la sanción por incumplimiento del contrato.

If the parties agree upon a penalty for the breach of contract by a delayed fulfillment, the breaching party shall, after paying the penalty for breach of contract, discharge the debts notwithstanding.

第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

Artículo 115.- Las partes podrán estipular, de conformidad con la Ley de Garantía de la República Popular de China, que una parte pague una fianza a la otra parte como una garantía de los derechos del acreedor. Después de que el deudor ha cumplido con sus obligaciones, el depósito será calculado como parte del precio o se devolverá al deudor. Si la parte que paga el depósito o fianza no cumple con sus obligaciones

contractuales, no tendrá derecho a la devolución del depósito. Si la parte que recibe el depósito no cumple con sus obligaciones contractuales, se reembolsará el depósito doblemente.

Article 115.- The parties may, in accordance with the Guaranty Law of the People's Republic of China, agree that one party pays a deposit to the other party as a guarantee of the creditor's rights. After the debtor has met its liabilities, the deposit shall be calculated as part of the price or be refunded. If the party paying the deposit fails to meet its liabilities as contracted, it shall not be entitled to the refund of the deposit. If the party receiving the deposit fails to meet its liabilities as contracted, it shall doubly refund the deposit.

第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

Artículo 116.- En el caso de que cláusula penal y la fianza hayan sido estipuladas por las partes, cuando una de las partes incumple el contrato, la otra parte podrá optar entre aplicar una u otra.

Article 116.- In the event that a penalty for breach of contract and a deposit are both stipulated by the parties, when either party breaches the contract, the other party may choose to apply either the clause on penalty for breach of contract or the clause on deposit.

第一百一十七条 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

Artículo 117.- Si un contrato no puede ser cumplido por causa de fuerza mayor, la responsabilidad puede exonerarse en su totalidad o en parte, según los efectos de la fuerza mayor, a menos que las leyes dispongan otra cosa. Si la fuerza mayor se produce después del retraso en el cumplimiento, el interesado no podrá ser exonerado de responsabilidad.

Article 117.- If a contract cannot be fulfilled due to force majeure, the obligations may be exempted in whole or in part depending on the impact of the force majeure, unless laws provide otherwise. If the force majeure occurs after a delayed fulfillment, the obligations of the party concerned may not be exempted.

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

La fuerza mayor conforme a esta Ley, se refiere a situaciones objetivas que no se pueden prever, evitar ni superar.

Force majeure as used herein means objective situations which cannot be foreseen, avoided or overcome.

第一百一十八条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

Artículo 118.- En caso de que una parte sea incapaz de cumplir el contrato por causa de fuerza mayor, deberá notificar a la otra parte inmediatamente con el fin de reducir las pérdidas causadas posiblemente a la otra parte, y deberá proporcionar evidencia de la fuerza mayor en un plazo razonable de tiempo.

Article 118.- Either party that is unable to fulfill the contract due to force majeure shall notify the other party in time in order to reduce losses possibly inflicted to the other party, and shall provide evidence thereof within a reasonable period of time.

第一百一十九条 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

Artículo 119.- Después del incumplimiento contractual de una parte, la otra parte deberá adoptar medidas adecuadas para prevenir la agravación de la pérdida; Si la otra parte no toma las medidas adecuadas de

prevención y por lo tanto se agrava la pérdida, no podrá reclamar una compensación por la parte de pérdida agravada.

Article 119.- After either party breaches the contract, the other party shall take appropriate measures to prevent the increase of the loss; the party that fails to take appropriate preventive measures and thus aggravates the loss may not claim compensation for the increased part of the loss.

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

Los gastos razonables causados en la prevención de la agravación de las pérdidas, correrán a cargo de la parte incumplidora.

The reasonable expenses incurred by the other party in preventing the aggravation of the loss shall be borne by the breaching party.

第一百二十条 当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

Artículo 120.- En caso de que ambas partes incumplan el contrato, deberán asumir sus respectivas responsabilidades.

Article 120.- If both parties breach the contract, they shall bear their respective liabilities accordingly.

第一百二十一条 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

Artículo 121.- En caso de que una parte incumpla el contrato a causa de una tercera parte, deberá asumir la responsabilidad por incumplimiento contractual frente al otro contratante. Las disputas entre la parte incumplidora y la tercera parte serán resueltas de conformidad con la ley o por lo acordado entre ellas.

Article 121.- Either party that breaches the contract due to a third party shall bear the liability for breach of contract to the other party. The disputes between the breaching party and the third party shall be settled pursuant to law or by agreement.

第一百二十二条 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

Artículo 122.- En caso de que el incumplimiento contractual por una parte infrinja los derechos y los intereses personales o patrimoniales de la otra parte, la parte perjudicada tiene derecho a elegir entre exigir que la parte incumplidora responda por incumplimiento contractual de conformidad con la presente Ley o que responda por infracción de los derechos de conformidad con otras leyes.

Article 122.- If the breach of contract by either party causes infringement on the personal or property rights and interests to the other party, the injured party has the right to choose whether to demand that the breaching party bear the liability for breach of contract pursuant to this Law or bear the liability for infringement of rights in accordance with other laws.