PRINCIPIOS OHADAC SOBRE LOS CONTRATOS

COMERCIALES INTERNACIONALES

2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS 9

INTRODUCCIÓN 11

PREÁMBULO 29

CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES 39

Artículo 1.1 Libertad de contratación 39

Artículo 1.2 *Pacta sunt servanda* 41

Artículo 1.3 Declaraciones y notificaciones 43

Artículo 1.4 Cómputo de plazos 44

CAPÍTULO 2: FORMACIÓN DEL CONTRATO 49

Sección 1. Oferta y aceptación 49

Artículo 2.1.1 Formación del contrato 49

Artículo 2.1.2 Definición de oferta 51

Artículo 2.1.3 Oferta e *invitatio ad offerendum* 58

Artículo 2.1.4 Eficacia de la oferta 61

Artículo 2.1.5 Revocación de la oferta 63

Artículo 2.1.6 Definición de aceptación 67

Artículo 2.1.7 Plazo de aceptación 72

Artículo 2.1.8 Aceptación con modificaciones 75

Artículo 2.1.9 Condiciones generales 79

Artículo 2.1.10 Conflicto entre formularios 81

Sección 2. Lugar y momento de perfección del contrato 86

Artículo 2.2.1 Momento de perfección del contrato 86

Artículo 2.2.2 Lugar de perfección del contrato 89

Sección 3. Representación 89

Artículo 2.3.1 Ámbito de aplicación 89

Artículo 2.3.2 Apoderamiento 95

Artículo 2.3.3 Representación revelada 100

Artículo 2.3.4 Representación no revelada 105

Artículo 2.3.5 Ausencia o exceso de poder 108

Artículo 2.3.6 Conflicto de intereses 111
Artículo 2.3.7 Sustitución del representante 114
Artículo 2.3.8 Poder conjunto 117
Artículo 2.3.9 Ratificación 118
Artículo 2.3.10 Extinción y restricción del poder 124

CAPÍTULO 3: VALIDEZ DEL CONTRATO 129
Sección 1. Disposiciones generales 129
Artículo 3.1.1 Validez del mero acuerdo 129
Artículo 3.1.2 Libertad de forma 131
Artículo 3.1.3 Imposibilidad inicial 133
Sección 2. Capacidad 135
Artículo 3.2.1 Exclusión 135
Sección 3. Ilicitud 136
Artículo 3.3.1 Ilicitud 136
Sección 4. Consentimiento viciado 140
Artículo 3.4.1 Vicios del consentimiento 140
Artículo 3.4.2 Carácter imperativo o dispositivo de las disposiciones 144
Artículo 3.4.3 Error 146
Artículo 3.4.4 Error en la declaración 158
Artículo 3.4.5 Extinción del derecho a anular el contrato 161
Artículo 3.4.6 Dolo 163
Artículo 3.4.7 Intimidación 169
Artículo 3.4.8 Abuso de debilidad o dependencia 172
Artículo 3.4.9 Vicios causados por un tercero 178
Sección 5. Anulación 180
Artículo 3.5.1 Derecho a la anulación del contrato 180
Artículo 3.5.2 Confirmación del contrato anulable 187
Artículo 3.5.3 Derecho a la restitución 189

CAPÍTULO 4: INTERPRETACIÓN Y CONTENIDO DEL CONTRATO 195
Sección 1. Interpretación de los términos del contrato 195
Artículo 4.1.1 *In claris non fit interpretatio* 195
Artículo 4.1.2 Criterio general de interpretación 199
Artículo 4.1.3 Principio *contra proferentem* 206

Artículo 4.1.4. *Favor negotii* 208
Artículo 4.1.5 Interpretación sistemática 210
Artículo 4.1.6 Disparidad de versiones lingüísticas 211
Sección 2. Contenido del contrato 212
Artículo 4.2.1 Integración del contrato 212
Artículo 4.2.2 Modificación en una forma acordada 216
Artículo 4.2.3 Cláusula de integridad 218
Sección 3. Obligaciones contractuales 220
Artículo 4.3.1 Obligaciones de resultado y obligaciones de medios 220
Artículo 4.3.2 Criterios de calificación de la obligación 228
Artículo 4.3.3 Calidad de la prestación 235
Artículo 4.3.4 Determinación del precio 239
Artículo 4.3.5 Obligación condicional 244
Artículo 4.3.6 Obligaciones condicionales nulas 249
Artículo 4.3.7 Efectos de las condiciones 253
Artículo 4.3.8 Interferencia de una parte en las condiciones 261
Sección 4. Pluralidad de partes 264
Artículo 4.4.1 Pluralidad de deudores 264
Artículo 4.4.2 Fuente de la solidaridad entre deudores 266
Artículo 4.4.3 Solidaridad *varia* entre deudores 267
Artículo 4.4.4 Derechos del acreedor 268
Artículo 4.4.5 Efectos de la ejecución o de la reclamación parciales 268
Artículo 4.4.6 Excepciones oponibles 269
Artículo 4.4.7 Extinción de la obligación solidaria 271
Artículo 4.4.8 Relaciones entre deudores solidarios 273
Artículo 4.4.9 Derecho de regreso y acción subrogatoria 274
Artículo 4.4.10 Solidaridad de acreedores 276
Artículo 4.4.11 Fuente de la solidaridad entre acreedores 277
Artículo 4.4.12 Solidaridad *varia* entre acreedores 278
Artículo 4.4.13 Derechos del deudor 279
Artículo 4.4.14 Excepciones oponibles y extinción de la obligación del deudor 279
Artículo 4.4.15 Regreso entre acreedores 280

CAPÍTULO 5: EFECTOS DEL CONTRATO 283
Sección 1. Duración del contrato 283

Artículo 5.1.1 Contratos de duración indeterminada 283
Artículo 5.1.2 Contratos de duración determinada 287
Sección 2. Efectos frente a terceros 292
Artículo 5.2.1 Estipulación a favor de tercero 292
Artículo 5.2.2 Cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad 298
Artículo 5.2.3 Revocación de la estipulación a favor de tercero 300
Artículo 5.2.4 Excepciones oponibles 304

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 307
Sección 1. Disposiciones generales 307
Artículo 6.1.1 Lugar de cumplimiento 307
Artículo 6.1.2 Momento del cumplimiento 310
Artículo 6.1.3 Cumplimiento anticipado 314
Artículo 6.1.4 Orden de cumplimiento 316
Artículo 6.1.5 Cumplimiento parcial 318
Artículo 6.1.6 Cumplimiento por tercero 322
Artículo 6.1.7 Medios de pago 325
Artículo 6.1.8 Moneda de pago 325
Artículo 6.1.9 Imputación de pago 328
Artículo 6.1.10 Negativa a recibir el cumplimiento 333
Artículo 6.1.11 Autorizaciones públicas 337
Artículo 6.1.12 Gastos derivados del cumplimiento 340
Sección 2. Compensación 341
Artículo 6.2.1 Indicación y efectos de la compensación 341
Artículo 6.2.2 Deudas compensables 349
Artículo 6.2.3 Deudas pagaderas en distintos lugares 353
Artículo 6.2.4 Pluralidad de deudas 354
Sección 3. *Hardship* 356
Artículo 6.3.1 *Hardship* 356
Artículo 6.3.2 Frustración de la finalidad del contrato 371

CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 373
Sección 1. Disposiciones generales 373
Artículo 7.1.1 Concepto de incumplimiento 373
Artículo 7.1.2 Incumplimiento esencial 379

Artículo 7.1.3 Remedios frente al incumplimiento 382
Artículo 7.1.4 Suspensión del cumplimiento..... 385
Artículo 7.1.5 Subsanación del incumplimiento..... 388
Artículo 7.1.6 Periodo suplementario para el cumplimiento..... 392
Artículo 7.1.7 Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad..... 395
Artículo 7.1.8 Fuerza mayor 402
Sección 2. Cumplimiento específico..... 410
Artículo 7.2.1 Alcance del derecho al cumplimiento 410
Artículo 7.2.2 Cumplimiento de obligaciones no dinerarias 415
Sección 3. Resolución 420
Artículo 7.3.1 Derecho a resolver el contrato 420
Artículo 7.3.2 Incumplimiento anticipado e insuficiencia de garantías 424
Artículo 7.3.3 Ejercicio de la resolución 428
Artículo 7.3.4 Efectos de la resolución 432
Artículo 7.3.5 Compatibilidad con indemnización por daños 438
Sección 4. Indemnización por daños y perjuicios..... 440
Artículo 7.4.1 Derecho a la indemnización por daños y perjuicios 440
Artículo 7.4.2 Extensión del daño indemnizable 450
Artículo 7.4.3 Mitigación del daño 453
Artículo 7.4.4 Daño imputable al acreedor 455
Artículo 7.4.5 Cálculo del daño 457
Artículo 7.4.6 Daños por retraso en el cumplimiento de obligaciones dinerarias 461
Artículo 7.4.7 Cláusulas de liquidación de daños y perjuicios..... 466

CAPÍTULO 8: CESION 473
Sección 1. Cesión de derechos 473
Artículo 8.1.1 Ámbito de aplicación 473
Artículo 8.1.2 Condiciones relativas a los derechos cedidos..... 475
Artículo 8.1.3 Condiciones relativas a las partes..... 477
Artículo 8.1.4 Eficacia de la cesión 482
Artículo 8.1.5 Posición del deudor 486
Artículo 8.1.6 Posición del cedente..... 490
Artículo 8.1.7 Posición del cesionario 492
Sección 2. Cesión de obligaciones..... 501
Artículo 8.2.1 Ámbito de aplicación 501

Artículo 8.2.2 Tipos de cesión 503
Artículo 8.2.3 Condiciones relativas a las obligaciones cedidas 507
Artículo 8.2.4 Condiciones relativas a las partes 518
Artículo 8.2.5 Liberación del deudor originario 512
Artículo 8.2.6 Obligación subsidiaria del deudor originario 517
Artículo 8.2.7 Obligación solidaria entre deudor y cesionario 519
Sección 3. Cesión del contrato 530
Artículo 8.3.1 Ámbito de aplicación 530
Artículo 8.3.2 Condiciones relativas a las partes 532
Artículo 8.3.3 Eficacia de la cesión 534
Artículo 8.3.4 Régimen de la cesión 536

CAPÍTULO 9: PRESCRIPCIÓN 543
Artículo 9.1 Derechos y acciones susceptibles de prescripción 543
Artículo 9.2 Plazos de prescripción 548
Artículo 9.3 Suspensión de la prescripción 554
Artículo 9.4 Nuevo plazo de prescripción por reconocimiento 561
Artículo 9.5 Efectos de la prescripción 564
Artículo 9.6 Renuncia a la prescripción 566

Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (blackletter rules) 569

ABREVIATURAS

ADR	*Alternative Dispute Resolutions (*Mecanismos alternativos de resolución de controversias)
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CESL	Normativa común de compraventa europea contenida en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011
CG	Convención de Ginebra de 17 de febrero de 1983 sobre representación en la compraventa internacional de mercancías
CV/CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980
DCFR	*Draft Common Frame of Reference* (Proyecto de Marco Común de Referencia)
OHADA	Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África
OHADAC	Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe
PECL	Principios de Derecho Contractual Europeo (Principios de la Comisión Lando)
PU	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
UCC	*Uniform Commercial Code (USA)*
UNIDROIT	Instituto International para la Unificación del Derecho Privado

INTRODUCCIÓN

1. Origen de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacional

La OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe) nace como una institución cuyo objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho mercantil en el marco geográfico de los países caribeños. Se considera que esta armonización constituye un medio esencial para conseguir facilitar e intensificar los intercambios comerciales en ese espacio regional, al tiempo que procurar, a la larga, sumar esfuerzos para reforzar su papel en el marco del mercado mundial, estrechando lazos tanto económicos como políticos entre los países de la región.

El Caribe es una región estratégica de acusada diversidad política, enclavada en un espacio geográfico de gran interés para el comercio mundial, dada su proximidad con enormes mercados consolidados (EE.UU.) y emergentes (México, Brasil, Colombia, etc.). Sin embargo, pese a su proximidad, que llega a que algunos micro-Estados compartan una misma isla (Saint Martin/Sint Marteen), los Estados caribeños no han logrado una comunicación estrecha desde un punto de vista jurídico o económico, perjudicando con ello sus propias relaciones comerciales y cerrando la puerta a alianzas estratégicas que refuercen su posición común en la región.

El proyecto OHADAC nace con ocasión de una conferencia celebrada en Pointe-à-Pitre (Guadalupe) el 15 de mayo de 2007, organizada por el CARICOM, las Cámaras de Comercio y de Industria del Caribe, el Consejo Regional de Guadalupe y la Cámara de Comercio e Industria de Pointe-à-Pitre. Guadalupe, liderando la iniciativa de los departamentos franceses de ultramar, con ayuda de los fondos de cooperación regional y los fondos europeos “INTERREG”, ha tenido, pues, un protagonismo evidente en la puesta en marcha de este proyecto, definiendo asimismo el mecanismo de participación de otros países, mediante la constitución de capítulos regionales y estatales de las asociaciones “ACP Legal”, de carácter no gubernamental, que al día de hoy cuentan con representaciones en varios países de la región.

En junio de 2008 tuvo lugar la segunda conferencia OHADAC en Puerto Príncipe, con el objeto de definir las prioridades de armonización; y en junio de 2010 OHADAC fue el centro de atención del Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional celebrado en La Habana, que concluyó con la “Declaración de la

Habana"[1], una formalización del afán de promocionar y avanzar en la idea de la armonización del Derecho comercial en el Caribe. En octubre de 2010 un Seminario de

[1] El texto de la declaración es el siguiente: *"Los asistentes al Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional: Persuadidos de que los procesos de integración regionales constituyen una vía para avanzar en un proceso universal de globalización debidamente equilibrado y respetuoso con los intereses de todos los Estados que constituyen la Comunidad Internacional; convencidos de que la armonización jurídica del Derecho mercantil es un instrumento eficaz para dotar al comercio internacional y regional de mayor seguridad jurídica y minimizar sus costes, facilitando los intercambios comerciales, el desarrollo de las economías nacionales y su progresiva integración; conscientes de que los países del entorno geográfico latinoamericano y caribeño precisan generar corrientes de confianza y relaciones mutuas en su interés común a través de procesos de armonización jurídica que contribuyan, mediante su colaboración, a reforzar la posición internacional de la región en los foros internacionales de unificación y armonización del Derecho internacional privado y del Derecho mercantil; valorando la importancia de experiencias regionales de armonización jurídica como la constituida por la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA), así como de otros procesos regionales de integración; estimando idónea la promoción del arbitraje en la solución de controversias jurídicas en el ámbito comercial y de inversiones, como un pilar fundamental del proceso de armonización del Derecho comercial en el ámbito del Caribe, DECLARAN: 1º. Apoyar la promoción del Proyecto de Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC). 2º. Convocar a los países del entorno latinoamericano y caribeño como Guadalupe, Martinica, Dominica, Guayana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y otros se sumen a esta iniciativa, implementando todos los instrumentos necesarios para la máxima cooperación destinada a la armonización de los respectivos ordenamientos mercantiles. 3º. Recabar la cooperación institucional en dicho proyecto de aquellos países cuyo sistema jurídico han influido decisivamente en la formación de los respectivos sistemas jurídicos nacionales en Latinoamérica y el Caribe, como es el caso de los sistemas romano-germánico, francés, español, holandés y el common law. 4º. Manifestar el deseo de que otros países del entorno latinoamericano se sumen a la iniciativa de la OHADAC. 5º. Solicitar a la OHADAC que promocione y diseñe un sistema de arbitraje comercial internacional institucional, dotado de una reglamentación moderna y eficiente, que tenga en consideración las aportaciones más recientes del Derecho comparado, colme sus lagunas y se oriente hacia un procedimiento arbitral que atienda a la autonomía de las partes, respete la soberanía de los Estados, facilite una labor eficiente de los árbitros y garantice el dictado de laudos arbitrales que optimicen la calidad de la justicia, la seguridad jurídica y la eficacia de sus pronunciamientos. 6º. Promocionar en el ámbito caribeño los estudios de Derecho comparado que, con una perspectiva amplia, permitan un conocimiento mutuo de sus respectivos sistemas jurídicos que facilite una labor de armonización jurídica del Derecho mercantil. 7º. Proponer a la OHADAC la introducción en su agenda de un catálogo de materias de Derecho sustantivo, cuya armonización se considera conveniente para alcanzar los objetivos propios de la integración jurídica, singularmente en los ámbitos de la contratación comercial, el transporte, los registros mercantiles, las sociedades mercantiles, las garantías y medios de pago, los derechos de propiedad industrial, el derecho concursal, y los procedimientos de ejecución transfronteriza de créditos. 8º. Colaborar en los objetivos señalados con ejemplar respeto absoluto a la soberanía de los Estado, a la diversidad de culturas, valores y concepciones políticas en busca de una cooperación leal que haga factible la armonización jurídica cuyo fin último y principal interés común es promocionar el progreso y el crecimiento económico de los países de la región, en bien de la mejora de las condiciones de vida de los*

formación en materia de arbitraje comercial y de inversiones tuvo lugar asimismo en Panamá, con la vista ya puesta en los fundamentos para la redacción de un Reglamento OHADAC de Arbitraje.

En el marco de las prioridades establecidas por la OHADAC, finalmente se retuvieron en 2013 cuatro propuestas normativas, centradas en los ámbitos contractual, societario, arbitral y de Derecho internacional privado, cuyos objetivos finales son diversos. Los presentes Principios tienden a responder a las necesidades de armonización en el primero de los ámbitos señalados, centrada en la elaboración de unos Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Los trabajos de elaboración del borrador se iniciaron en septiembre de 2013 y concluyeron a finales de diciembre de 2014.

2. El marco territorial de los Principios como condicionante: el territorio "OHADAC"

El Proyecto OHADAC, aunque inspirado en la experiencia OHADA, ha sido bien consciente desde el principio de los elementos diferenciales que impedían importar sin más la estrategia seguida en el África esencialmente francófona. En contraste con la tradición esencialmente común de los Estados constituyente de OHADA, el proyecto OHADAC afronta desde el principio la diversidad y heterogeneidad de los países de los países del entorno del Caribe.

Un elemento relevante del contexto territorial de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales es el nutrido número de organizaciones internacionales en torno al Caribe. Ciertos países pertenecen a la Comunidad del Caribe (CARICOM) o al CARIFORO, a la Asociación de Estados del Caribe (AEC), a la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECO), o al Grupo de Río y a la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CALC). Estas organizaciones tienen como objetivo, siquiera parcial, la integración económica. Varios países pertenecen a organizaciones regionales que desbordan las fronteras del Caribe, pero que pueden propender hacia objetivos similares desde el punto de vista de la armonización jurídica o de la integración económica: ALADI, ALBA, OEA (CIDIP), *Commonwealth*... Esta pluralidad de organizaciones internacionales es similar a la que afectaba a los Estados de la OHADA, y en este caso no fue óbice para que la armonización del Derecho comercial se implementara con indudable éxito sobre la base de una organización específica, como es la OHADA. La OHADAC, aunque no

---

pueblos, que conforman la Comunidad Latinoamérica y Caribeña de Naciones. Dada en La Habana, el 26 de junio de 2010".

pretende cumplir un papel tan amplio como el de la OHADA en África, al menos en un primer momento, pretende contribuir al mismo objetivo en el ámbito regional del Caribe y los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales constituyen un pilar fundamental.

El territorio OHADAC afecta a una treintena de Estados independientes y a más de cuarenta territorios diferentes. Los territorios continentales son doce. Once de ellos son Estados independientes: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Surinam, Guyana y Belice. La Guayana Francesa es una colectividad bajo soberanía francesa. Los territorios insulares presentan mayor cantidad y heterogeneidad. Por una parte hallamos Estados independientes: Cuba, República Dominicana, Haití, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago. Sin embargo, se encuentran asimismo un conjunto de territorios sujetos a la soberanía de Francia (departamentos de ultramar de Guadalupe y Martinica, y colectividades de San Martin y San Bartolomé), del Reino Unido (Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat y Bermudas, si bien este último territorio no forma parte del Caribe *stricto sensu*), de los Países Bajos (Bonaire, Sint Eustatius y Saba, pertenecientes a las antiguas Antillas Holandesas, tras su nuevo estatus político desde el 10 de octubre de 2010). Finalmente cabe señalar el particular estatus de Puerto Rico, Estado libre asociado, territorio no incorporado a los EE.UU, al igual que las Islas Vírgenes Estadounidenses; y el de Curaçao, Aruba o Sint Maarten, como territorios autónomos de los Países Bajos.

En términos políticos, OHADAC envuelve a la sexta parte de los Estados que componen la Comunidad Internacional, y en torno a 260 millones de habitantes. La herencia cultural e idiomática de estos países es diversa, como también lo es el grado de proximidad con las antiguas metrópolis. Mientras los Estados de habla hispana cuentan con una larga tradición de independencia, que se remonta al siglo XIX en todos los casos, muchos territorios de tradición francesa, inglesa u holandesa aún son parte de los Estados metropolitanos o han accedido a la independencia en la segunda mitad del siglo XX.

La diversidad no es solo política, sino también cultural. Los territorios que conforman la OHADAC muestran una gran variedad lingüística: español, francés, inglés y holandés, sin contar las lenguas indígenas, que son relevantes especialmente en el continente, y los idiomas de mestizaje: creole y papiamento. El español domina claramente en el territorio continental, e incluso en países como Belice, en que la única lengua oficial es el inglés, el español es de uso común. Pero también hallamos en el propio continente la presencia del holandés (Surinam) y del francés (Guayana francesa). Tal diversidad

lingüística, que no necesariamente cultural, anuncia sin embargo variaciones importantes en el ámbito jurídico, no siempre evidentes.

Buena parte de los territorios continentales e insulares se incardinan en la familia jurídica romano-germánica, y su Derecho contractual es tributario de la tradición jurídica francesa y española. El Derecho francés extiende su influencia más allá de los sus departamentos y colectividades de ultramar (Guadalupe, Martinica, San Martín y San Bartolomé). El Derecho contractual haitiano, básicamente contenido en su Código civil, responde al modelo del Derecho civil francés. La República Dominicana, asimismo, pese a ser un país de habla hispana y de tradición colonial y cultural española, comparte esas raíces con la influencia francesa, particularmente en el ámbito jurídico: no en vano su Código civil es exactamente el Código civil francés. Santa Lucía conserva asimismo, aunque solo en parte, una cultura jurídica francesa, influida directamente por el Código civil de Quebec. Los territorios continentales de habla hispana (Colombia, Venezuela, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y México) han recogido asimismo la herencia del Código civil napoleónico. Debe tenerse en cuenta que dichos países, a pesar de su herencia española, accedieron a la independencia en su mayor parte en el primer cuarto del siglo XIX, es decir, mucho antes de la promulgación del Código civil español en 1889. Evidentemente, la tradición jurídica y cultural española fue importante en dichos países. El hecho de que, a su vez, el Código civil español sea claramente tributario del Código napoleónico, difumina y confunde las influencias jurídicas que en todo caso son sobradamente familiares. Por su parte, Cuba y Puerto Rico accedieron a la independencia de España en 1898, y en ambos países el Código civil español estuvo vigente durante decenios, incluso después de obtenida la independencia. En el caso de Puerto Rico, la influencia estadounidense ha sido asimismo relevante desde un punto de vista jurídico y la influencia del Derecho estadounidense es creciente asimismo en otros territorios tributarios del *common law* o en países como Panamá.

También la influencia romano-germánica es palpable en los territorios bajo soberanía o tradición holandesa, tanto insulares como continentales, e incluso convive con el *common law* en territorios como Guyana. El viejo Código civil holandés respondía al Código de Napoleón y rigió en los Países Bajos y en sus territorios hasta la reforma de 1992. El nuevo Código civil holandés ha supuesto un claro cambio de rumbo, de inspiración germánica, concretamente orientada en buena medida hacia el B.G.B. alemán, trasladado al Código civil de las Antillas Holandesas y Aruba. Dicho cambio no solo se traduce en el Derecho contractual aplicable en los territorios insulares sujetos, bajo distintas fórmulas, al Derecho holandés (Bonaire, Sint Eustatius, Saba, Aruba, Curaçao, Sint Maarten), sino también en el Derecho contractual de Surinam, República

independiente desde 1975, pero que ha incorporado asimismo a su ordenamiento el nuevo Código civil holandés.

La influencia del *common law* es evidente, en primer término, en los territorios sometidos a soberanía británica (Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat y Bermudas). Idéntica influencia se observa en otros territorios soberanos, aunque tributarios de un pasado colonial vinculado al Reino Unido. Bajo la órbita del *common law* se sitúan otros territorios independientes, en buena parte vinculados al mismo tiempo a la *Commonwealth* y a la *Organisation of Eastern Caribbean States* (OECS), como Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas y Santa Lucía, o únicamente a la *Commonwealth* (Bahamas, Barbados, Jamaica, Trinidad-Tobago, Guyana y Belice). Los territorios caribeños de la *Commonwealth* mantienen asimismo una estructura procesal fiel a la herencia británica, organizada en tres instancias. En la mayoría de estos territorios existe un tribunal de primera instancia, generalmente denominado *High Court,* y un tribunal de apelación (*Court of Appeal).* Los países que conforman la *Organisation of Eastern Caribbean States* (OECS), esto es, Anguila, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas y Santa Lucía, cuentan con ambas instancias dentro de un órgano jurisdiccional común: *The Eastern Caribbean Supreme Court* (ECSC), con sede central en Santa Lucía. La tercera instancia suprema viene representada por el *Judicial Committee of the Privy Council* con sede en Inglaterra, sustituido en algunos Estados por la *Caribbean Court of Justice* (Barbados, Belice y Guyana), con sede en Trinidad y Tobago. El mantenimiento de la competencia del *Privy Council* ha sido objeto constante debate en los medios jurídicos caribeños.

El *common law* rige en las islas caribeñas en virtud de diversos títulos y orígenes históricos. El método de recepción del *common law* variaba según que los territorios se sujetasen en virtud de acuerdo (*settlement)* o por derecho de conquista o cesión. En el primer caso (Antigua, Bahamas, Barbados, Islas Vírgenes, Montserrat, San Cristóbal y Nieves), se consideraba que en virtud del propio acuerdo se producía la recepción del *common law*, sin necesidad de disposiciones legales adicionales. En contrapartida, en los territorios o colonias vinculadas por conquista o cesión, el principio general era el mantenimiento del Derecho vigente en el momento de la conquista o cesión (Belice, Dominica, Guyana, Granada, Jamaica, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía y Trinidad y Tobago), de forma que la incorporación al *common law* requirió, por regla general, la adopción de normas estatutarias de recepción del *common law.* Con todo, esta distinción es puramente indicativa, pues en realidad la historia de la recepción del *common law* en estos territorios es particularmente difícil de desenmarañar. Así, por ejemplo, en las Islas Vírgenes Británicas, se produjo la *Common Law (Declaration of*

Application) Act de 1705, y aunque el *equity law* no se extendió formalmente hasta la *West Indies Associated States Supreme Court* en 1969, se admite que dicha manifestación del Derecho inglés ya venía siendo aplicada *de facto* por los tribunales con antelación. En la práctica la aplicación del *common law* se sustenta en disposiciones de carácter legal [*ad ex.* sección 31 *Supreme Court of Judicature Act,* Cap 117 (Barbados); sección 48 *Judicature (Supreme Court) Act* (Jamaica); sección 12 *Supreme Court of Judicature Act*, Ch 4:201 (Trinidad y Tobago); sección 15 *Supreme Court Act,* Ch 53 (Bahamas); *Civil Law of Guyana Act* (Guyana) Ch 6:01], o se ha llevado a cabo por vía de proclamación (*ad ex*. Proclamaciones de 1763 para Dominica, San Vicente y Granadinas o Jamaica) o en los textos constitucionales. En el caso de Jamaica, la recepción se produjo, como se ha visto, a través de diversas vías, particularmente por la fijación de su estatuto colonial en la sección 22 del *Statute 1 Geo II Cap 1* de 1728.

En los territorios bajo soberanía británica, las especiales relaciones entre el Derecho inglés y sus colonias provocan que, por lo que se refiere al Derecho escrito, la incidencia del Derecho inglés sea muy similar a la de los territorios independientes. En principio, las leyes del Parlamento de Westminster se aplican a las colonias, cuando así lo establecen de forma expresa o inequívoca (*Colonial Laws Validity Act*, 1865), pero dicha aplicación presenta límites difusos que tienen que ver con las competencias legislativas propias de los territorios coloniales, la tendencia a presumir la eficacia restringida al Reino Unido de las leyes escritas y el principio de no interferencia en las legislaciones de los territorios de la *Commonwealth*. Así lo expresa el *Privy Council* en el caso *Al Sabah v Grupo Torras et al* [(2005), 2 WLR, 904 (CI)] en un supuesto que suscitaba las relaciones entre las leyes inglesas y la autonomía legislativa de las Islas Caimán.

Las particularidades se acentúan en cualquier caso en los territorios independientes de la soberanía británica. Resulta evidente que la propia evolución de los sistemas caribeños, conforme a las propias exigencias y particularidades de su sociedad, se encuentra hoy en tela de juicio. No solo se pone en cuestión a menudo la conveniencia de mantener el sistema de apelación ante el *English Privy Council*, sino que las propias jurisdicciones caribeñas han puesto de relieve la necesidad de adaptar el *common law* a su evolución propia desde la independencia [Sentencia de la *Court of Appeal* de Trinidad-Tobago en el asunto *Boodram v AG and Another* (1994, 47 WIR 459)].

Es cierto que las peculiaridades de los sistemas caribeños frente al Derecho inglés se revelan, sobre todo, en ámbitos más cercanos a las raíces culturales e ideológicas que el Derecho contractual, como puede ser el Derecho de familia (matrimonio entre personas del mismo sexo) o el Derecho público. Pero los Principios OHADAC sobre los

contratos comerciales internacionales puede ser una contribución no solo a la identidad del propio Derecho caribeño, sino a su armonía con la propia tradición del *common law.*

La influencia del *common law* se detecta asimismo en la propia incidencia que el Derecho estadounidense despliega en ciertos sistemas jurídicos caribeños, como Puerto Rico, las Islas Vírgenes Británicas o incluso Panamá. Se afirma, además, una cierta "americanización" en la aplicación del *common law* en los territorios caribeños. Sin embargo, estas influencias no son en muchos casos puras. Así, Puerto Rico tiene una cultura marcadamente romano-germánica que es palpable asimismo en pequeños territorios como Santa Lucía o Guyana, a menudo considerados como sistemas jurídicos mixtos o híbridos. En Guyana pervive la influencia romano-germánica adquirida a través del Derecho holandés junto con la influencia del *common law*, cuyas relaciones son palpables en la *Civil Law of Guyana Act* (Guyana) Ch 6:01, que trata de racionalizar o transponer al *common law* las instituciones supervivientes del Derecho romano-holandés. El carácter híbrido del sistema jurídico de Santa Lucía combina elementos del *common law* con influencias del Derecho francés, el sistema jurídico de Quebec e instituciones indígenas en su Código civil de 1879, adaptado al *common law* en 1956 [*Civil Code (Amendment Ordinance)*], particularmente en el ámbito del Derecho contractual (art. 917 A). La singularidad de esta hibridación puede representarse por la reconducción del requisito inglés de la *"consideration"* al concepto romano-germánico de la "causa" [*Velox and Another v Helen Air Corporation & Others* (1977), 55 WIR 179 (CA)]. El Código civil de Santa Lucía está actualmente en proceso de reforma.

Esta asimetría en las influencias y tradiciones jurídicas reaparece en las fuentes internacionales del Derecho contractual, que también deben ser consideradas en el marco de una estrategia de armonización jurídica regional. La Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías ha sido ratificada por Cuba, República Dominicana, Honduras y Colombia, pero también por países de tradición anglosajona como San Vicente y Granadinas y Guyana. Es cierto que el Reino Unido está, hoy por hoy, fuera de la Convención, pero ha sido ratificada por los EE.UU., además de por Francia, y los Países Bajos. Esta Convención, ampliamente inspirada en las prácticas del comercio internacional, ha sido quizás la fuente principal de inspiración de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y proporciona un punto de partida significativo en materia contractual

En consecuencia, la diversidad de la región caribeña impone un reto bien conocido en el marco de la unificación del Derecho contractual, tanto en Europa como a nivel

mundial, cuya prueba de fuego es alcanzar un texto que se muestre igualmente aceptable desde una cultura del *common law* y de los sistemas romano-germánicos.

3. Finalidad de los Principios OHADAC

Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales responden a un modelo de *soft law.* La armonización *soft* supone la elaboración de actos y leyes uniformes que no se imponen directamente a los Estados, sino que se ofrecen como una suerte de Ley Modelo o recomendación, que los Estados o los operadores pueden incorporar libremente a sus sistemas o relaciones jurídicos. Tal carácter *soft* presenta la ventaja de permitir una redacción más técnica y menos intervenida de las disposiciones legales o propuestas de armonización. Las disposiciones de *soft law* pueden convertirse en *hard law* a través de su adopción unilateral por los Estados de la OHADAC, pero también en el caso de que esta organización avance hacia un sistema más institucional. Hay que pensar que semejante estrategia está siendo empleada en la Unión Europea para llegar a la armonización del Derecho de contratos y del Derecho civil en general. Una estrategia *soft* puede ser puesta en práctica de forma inmediata. Si los resultados son positivos, ello ayudará en el futuro a avanzar hacia fórmulas más ambiciosas.

Frente a los intentos de armonización internacional del Derecho contractual a través de fórmulas de *soft law,* ciertas teorías recientes en el ámbito de la unificación jurídica, incluso en espacios de mayor integración económica, como la Unión Europea, se han manifestado por la conveniencia de la pluralidad de leyes nacionales, con el objeto de facilitar la competencia de ordenamientos y sistemas jurídicos. Dado que en el ámbito de la contratación mercantil está presidido por el principio de autonomía de la voluntad, las partes deberían estar suficientemente avisadas para decidir optar por aquel foro y aquel Derecho que mejor se adecúa a sus necesidades[2]. Se trata de una

[2] En palabras de la propia Comisión Europea, "el mercado crea con frecuencia problemas de interés público, pero desarrolla también sus propias soluciones. No se debería subestimar la eficacia del mercado para responder a los distintos valores sociales y a la opinión pública. A resultas del comportamiento competitivo, muchos de los problemas generados por el mercado se pueden resolver automáticamente gracias a la presión que ejercen los grupos de interés afectados (consumidores, ONG, empresas). Las autoridades públicas pueden aumentar la convergencia del interés público y privado" (Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, *D.O.C.E.*, 2001/C 255/01, núm. 49). Estas consideraciones están en la base de la propia opción I (inactividad de la Comunidad), sustentada en su respuesta a dicha Comunicación por el gobierno británico, la *London Investment Banking Association*, el *European Publishers Council*, la CCI y un buen número de operadores económicos, en especial en el sector marítimo y de telecomunicaciones.

idea que ha gozado de cierto predicamento al hilo de la unificación del Derecho privado en Europa. Es lo que algunos han denominado “eficiencia de la diversidad”.

El planteamiento resulta muy discutible, sobre todo si lo que se analiza es el Derecho privado, menos permeable que el Derecho público a la necesidad de competitividad. En efecto, la competencia entre ordenamientos jurídico-públicos ante los particulares puede resultar acaso eficiente (atractivos fiscales, societarios, etc.), pero por definición la competencia de ordenamientos resultaría imposible en el ámbito contractual, cuando enfrentamos a dos particulares, pues siempre existirán sistemas jurídicos distintos que beneficien a cada una de las partes, por lo que un Derecho acordado por ambos entrañaría indefectiblemente un engaño por la parte mejor informada, y una comprensible desconfianza generalizada. Por otra parte, refleja una profunda contradicción desde el ángulo del análisis económico del Derecho, toda vez que uno de los argumentos esenciales a favor de la unificación proviene asimismo de tales planteamientos, particularmente en la medida en que cifran la diversidad de ordenamientos jurídicos en costes externos de información y es causa de falseamiento de la competencia, que la armonización está llamada a internalizar o eliminar.

La crítica definitiva, sin embargo, la proporciona la propia realidad práctica, más que las teorías. Ni la mayor fantasía es capaz de imaginar a los contratantes del comercio internacional con pleno conocimiento de la diversidad de los Derechos privados estatales, haciendo apuestas sobre el más competitivo para regir el contrato y acaso juzgando las múltiples posibilidades de *dépeçage.* Incluso en esa fantasía habría que analizar cuál sería el coste real del mantenimiento y actualización de semejante información para un operador típico. La prosaica práctica demuestra que en la contratación internacional cada parte suele insistir en la aplicación de su propio Derecho, ignorando completamente el contenido y naturaleza de las leyes y sistemas jurídicos de las otras partes contratantes, y a menudo se producen graves demoras en la negociación y no es infrecuente que se llegue a frustrar el contrato. Para contrarrestar este innecesario *impasse* en la negociación, debe hallarse un compromiso entre la insistencia de cada parte acerca de uno, dos o más sistemas legales estatales en competencia. Para que sea un acuerdo factible, el sistema legal finalmente pactado debe ser familiar y aceptable para todas las partes, siendo práctica habitual acabar por escoger el sistema legal de un tercer Estado. Los Principios OHADAC pretenden proporcionar un modelo legal neutral que permita facilitar dicha negociación y proporcionar seguridad jurídica a las partes contratantes.

La unificación del Derecho contractual es necesaria, pues, para dotar de confianza a un mercado, para proporcionar unas reglas comunes de juego. La previsibilidad y un adecuado cálculo de costes y riesgos, tanto económicos como jurídicos, son esenciales

para dinamizar el comercio y facilitar las transacciones internacionales. Los intentos arduos y costosos que se desarrollan a nivel tanto mundial (Principios UNIDROIT) como regional (OHADA, PECL, DCFR) son una prueba de ello. Sabido es que el recurso al Derecho inglés o al Derecho nacional de la parte más fuerte en la negociación suele resolver los callejones sin salida en la negociación del Derecho aplicable. Pero la sujeción del contrato a un sistema jurídico nacional, cualquiera que sea, no implica de suyo una respuesta óptima. Una armonización del Derecho contractual puede eliminar buena parte de tales costes de redacción o negociación de los contratos internacionales, al proporcionar reglas depuradas, traducciones acreditadas y regímenes previsibles para todas las partes.

Por lo demás, la armonización del Derecho contractual no se antoja solo necesaria, sino que puede ser oportuna. La mejora de la calidad del Derecho contractual se enfrenta a menudo a la rigidez de los sistemas jurídicos nacionales en un doble sentido. En primer lugar, se trata de una rigidez formal, fruto de las dificultades intrínsecas a los procesos legislativos, en especial si deben acometerse mediante la reforma de cuerpos jurídicos que tienden naturalmente a la petrificación, como son los códigos civiles. En segundo lugar, los Derechos internos se ven constreñidos por la propia visión de las relaciones jurídicas puramente internas, que son su ámbito material propio, y adolecen de una falta de consideración consustancial de las propias necesidades del comercio internacional. Las peculiaridades de las transacciones internacionales exigen soluciones ajustadas a ese espacio particular, diferente y heterogéneo, que difícilmente se ve satisfecho con las opciones de un legislador interno inmerso en sus preocupaciones locales. No se construye un Derecho global eficiente con un simple Derecho local. La armonización del Derecho contractual en un ámbito geográfico internacional se convierte, entonces, en una oportunidad. Ofrece la posibilidad de construir un Derecho contractual de alta tecnología, amparado en la virtualidad del método comparativo, en su función más subversiva. Para que la empresa tenga éxito, sin embargo, deben respetarse algunos postulados, conocer las limitaciones, y superar tales limitaciones a través de fórmulas imaginativas.

El carácter blando y opcional de una regulación armonizada del Derecho contractual no garantiza su éxito ni su eficiencia para alcanzar los fines perseguidos. Una de las claves del éxito en un espacio de gran diversidad jurídica consiste en formular unos Principios que resulten fácilmente aceptables desde las diversas culturas jurídicas involucradas. Para alcanzar un texto consensuado, es imprescindible superar los errores y limitaciones cometidos en la elaboración tanto de los Principios UNIDROIT como de los PECL y, sobre todo, del DCFR. El éxito de estos textos en la práctica del comercio internacional es muy limitado y contrasta con su enorme repercusión

académica o con su influencia como Ley Modelo para la revisión de los sistemas nacionales.

Sobre la base de la significativa labor llevada a cabo en la elaboración de los Principios UNIDROIT, no cabe duda de que el mismo proceso de búsqueda de un Derecho contractual europeo ha provocado un esfuerzo doctrinal y legislativo de primer orden, capaz de proporcionar modelos de reglamentación mucho más perfeccionados y atrayentes que las viejas (y a menudo confusas) reglamentaciones nacionales. Existe un interés propio en que los resultados de esta colosal obra comparativa y creativa puedan ser útiles para una regeneración del Derecho privado nacional. La opción de adaptación propuesta por la reforma del BGB alemán en 2002 ha sido seguida en otros sistemas nacionales, y hoy el Derecho contractual europeo tanto positivo como *in statu nascendi* es un referente obligado de cualquier reforma o proyecto de codificación del Derecho civil nacional.

Sin embargo, muy pocos contratos internacionales se someten hoy a los Principios UNIDROIT, al menos en comparación con la frecuencia con que se sigue recurriendo al Derecho inglés u otros ordenamientos estatales. La utilización de los PECL como regulación de referencia ha sido tan inexistente como la que cabe prever respecto del DCFR. Sus disposiciones, en la práctica, apenas adquieren el relieve de "norma narrativa", utilizada por jueces y árbitros para reforzar sus decisiones con una cita erudita *ad abundantiam*, pero muy pocas veces para fundamentar directamente en sus reglas una solución contraria a los Derechos estatales o especialmente novedosa para cubrir una laguna de reglamentación. A su vez, la pretensión de presentar tales textos como una manifestación de la *lex mercatoria* no supera el test más elemental. La práctica arbitral acredita en muchos casos una utilización razonable de alguna de las disposiciones de los Principios UNIDROIT, que en realidad pueden considerarse reflejo o síntesis de una regla o principio general comúnmente aceptados en el comercio internacional. Buena parte de los laudos arbitrales que aplican los Principios UNIDROIT tienen por objeto la integración del Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, en general llevada a cabo de forma bastante razonable. Genera muchas más dudas, sin embargo, la utilización de sus disposiciones como base exclusiva de un fundamento jurídico, especialmente si contradicen otros sistemas jurídicos relevantes; y, sobre todo, puede resultar muy arriesgada una declaración de aplicación en bloque, como ley global aplicable al contrato, cuando resulta claro que alguna de sus disposiciones son inopinadas, intervencionistas o ajenas a la tradición liberal del arbitraje comercial internacional. En consecuencia, la afirmación contenida, por ejemplo, en el *Laudo CCI nº 7.110/1995* (*Bull. CCI*, 1992/2, pp. 39-54*),* amparando la aplicación de los Principios UNIDROIT

como portadores de unos principios generales neutrales que reflejan un consenso internacional, no puede ser aceptada con carácter general, y requiere un cuidadoso proceso de análisis de la cuestión legal planteada, contrastando la solución propuesta en los Principios y su etiología a la luz de los sistemas comparados más representativos y la práctica habitual del comercio internacional. En un sentido igualmente prudente, el *Laudo CCI 11.256/2003* mantiene que los Principios UNIDROIT no implican necesariamente un reflejo de usos comerciales generalizados[3], y el *Laudo CCI nº 11.926/2003* defiende que los Principios UNIDROIT deben contrastarse con el contenido del Derecho estatal que sería aplicable previsiblemente en defecto de elección o singularmente conectado con el contrato, con el objeto de no inducir reglas que pudieran resultar sorpresivas para las partes[4].

Para algunos autores, la razón de la escasa competitividad de los textos internacionales redactados para servir de alternativa más eficiente a la mera elección por las partes de un Derecho nacional radica en la escasa participación de los operadores en la redacción de los principios y textos armonizadores. Sin embargo, esta circunstancia no explica suficientemente la falta de despegue y de eco suficiente de unas regulaciones que, a todas luces, se antojan técnicamente más acabadas que cualquier Derecho nacional. Los Principios UNIDROIT, por muy dispositivos que sean en su conjunto y compatibles con las cláusulas contractuales y los usos del comercio, proporcionan una regulación que sigue exclusivamente el esquema de un texto normativo. Los Principios UNIDROIT son *soft* en cuanto a sus efectos, especialmente por el carácter opcional de la reglamentación que encierran, pero no son definitivamente *soft* en cuanto a la forma. Aunque no sean una reglamentación completa, los aspectos regulados tratan de ser cerrados o completados a través de una regulación que podría perfectamente extrapolarse a una reglamentación nacional. Y en este proceso, a menudo en cuestiones clave, los Principios UNIDROIT deben tomar partido y optar por un modelo determinado de reglamentación. Esta decisión se ha decantado en algunas cuestiones cruciales por el modelo romano-germánico, de suyo más proclive a la justicia material que a la seguridad jurídica, en detrimento de la opción alternativa que brinda el Derecho inglés. Dicho de otra forma, los Principios UNIDROIT han preferido la definición a respetar la regla del máximo consenso, y se han pronunciado con valentía sobre soluciones que, a menudo, pueden no ser las más seguras o compartidas desde el punto de vista de los contratos comerciales internacionales.

[3] http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1416&step=Abstract

[4] http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1405&step=Abstract

Los PECL son, quizás, más respetuosos o permeables a dicho consenso, pero en muchos aspectos brindan la misma opción que los Principios UNIDROIT con un inconveniente añadido: la pretensión de crear un sistema de Derecho contractual general, igualmente valido para los contratos entre profesionales (*B2B)* y con consumidores (*B2C).* El telón de fondo europeo de este texto puede atenuar la crítica, pero es muy difícil admitir hoy por hoy la coherencia de dicha opción, al menos si la finalidad esencial de la armonización es contribuir al desarrollo del comercio transfronterizo.

La OHADAC aborda exclusivamente la finalidad de armonizar el Derecho de los países caribeños en el marco de las transacciones exclusivamente comerciales (*B2B)*, y en consecuencia se halla más cerca del punto de partida de los Principios UNIDROIT, sin las servidumbres que conllevó para los PECL redactar un sistema de Derecho contractual que había de servir asimismo para los contratos con consumidores. Por otra parte, la deriva del DCFR, abiertamente inspirado en la idea de un código civil europeo, acentuó la ruptura del diálogo entre los sistemas continentales y el *common law*, bien visible en el sentido de un Libro III dedicado a una categoría de "Obligaciones", una especie de declaración de guerra al Derecho inglés y a los propios PECL.

Estas experiencias deben ser tenidas en cuenta por la OHADAC para evitar incurrir en los mismos errores y procurar un texto que sea útil a operadores comerciales que actúan en un marco jurídico heterogéneo. El principio kantiano que debe presidir la redacción de unos Principios OHADAC sobre los contratos comerciales en el Caribe atiende a la elaboración de un texto legal que pueda ser considerado igualmente útil y confiable por cualquier operador del mercado caribeño, cualquiera que sea su cultura jurídica. Se trata, en suma, de respetar el principio del máximo consenso, que debe a su vez guiarse por una serie de principios o líneas rojas: a) no redactar normas que puedan resultar culturalmente inaceptables o incómodas para una parte o un juez de un determinado sistema jurídico; b) crear reglas novedosas únicamente en la medida en que supongan resolver problemas comunes a todos los sistemas, facilitando el tráfico comercial internacional y la seguridad del comercio; c) respetar la regla del mínimo común denominador cuando las divergencias se presenten como insalvables.

El contexto de la región cubierta por la OHADAC exige, pues, abandonar no solo las técnicas legislativas impuestas desde arriba a favor de fuentes de naturaleza blanda. Conviene partir *ab initio* de la certeza de que habrán de hallarse espacios irreductibles, y para sortearlos las propias reglas deben plegarse a fórmulas más imaginativas. En este sentido, los Principios OHADAC deben aspirar a ser algo más que un conjunto de normas jurídicas llamadas a regir el contrato si son elegidas por las

partes. Deben extender su auxilio, más allá de la solución de las controversias, a la propia negociación del contrato, prestando a los operadores caribeños una guía efectiva para hacer más transparentes y seguros sus contratos internacionales.

En la línea de la idea expresada, la elección de los Principios OHADAC debe contemplarse en todo caso como un recurso útil para establecer un sistema completivo de los pactos entre los contratantes, de forma que se mantenga, en caso de contradicción, la prevalencia de las cláusulas contractuales. En segundo lugar, debe evitar convertirse en una falsa señal de integridad del régimen contractual, pues las lagunas serán inevitables y, lo que suele ser menos evidente, la multiplicidad de interpretaciones. En este sentido, los Principios OHADAC no deben evitar que las partes señalen, en todo caso, un sistema de referencia para cubrir lagunas tanto regulativas como interpretativas, tal y como se propone en los comentarios al Preámbulo.

En un segundo orden de ideas, la construcción de los Principios OHADAC debe partir de una contemplación de base de textos como el Convenio de Viena de 1980, los Principios UNIDROIT, los PECL o el DCFR, corregida conforme a los imperativos de consenso que se han señalado más arriba. La uniformidad respecto de los textos internacionales ya existentes debe contemplarse como un valor, a menos que se llegue a la conclusión de que, puntualmente, no respetan el triple mandamiento expuesto más arriba acerca de su recepción por los operadores de todas las culturas jurídicas implicadas. Los Principios OHADAC se detendrán en la última frontera de ese consenso aceptable para todos los intervinientes en el mercado caribeño, con independencia de su tradición jurídica.

Para superar los inconvenientes de esta autolimitación, los Principios OHADAC se convertirán en ocasiones en una suerte de guía jurídica comercial, proponiendo reglas y usos comunes, proporcionando cláusulas-tipo para que las partes puedan suplir los vacíos o limitaciones legales a través de regímenes contractuales especialmente diseñados por ellas mismas y en atención a la naturaleza y fin del contrato y a sus propias expectativas. Esta aportación integrada de reglas jurídicas, recomendaciones de conducta y cláusulas-tipo constituye la especial seña de identidad de los Principios OHADAC, la razón de su singularidad y su aportación esencial a la armonización comparada.

4. Ámbito de aplicación material de los Principios

Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales se circunscriben a una regulación general del régimen de los contratos internacionales. No contiene normas sobre contratos específicos, por lo que las partes deben tener en

cuenta la necesidad de completar la regulación de aquellos contratos particularmente especializados a través de cláusulas específicas, contratos-tipo, o incluso mediante la sujeción, en su defecto, a un Derecho nacional que estimen particularmente apto o desarrollado técnicamente para atender a las necesidades de reglamentación de sus obligaciones.

Los Principios, por otra parte, se circunscriben al régimen de las obligaciones contractuales en un sentido estricto. Quedan fuera de su regulación las cuestiones procesales, las cuestiones reales, las obligaciones no contractuales, así como los denominados cuasi-contratos. Tampoco se contempla en el ámbito de aplicación de los Principios el régimen de la responsabilidad precontractual. En la mayoría de los sistemas jurídicos, la denominada *culpa in contrahendo* merece una calificación extracontractual, como atestigua el propio artículo 1.2º (i) del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I"), en relación con el artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de junio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"). La conveniencia de excluir estas cuestiones obedece, además de a una razón calificatoria, a la diversidad de tratamiento de dicha responsabilidad entre los sistemas jurídicos que componen el territorio OHADAC. Sobre la base del principio de buena fe, la sanción de las conductas abusivas durante la fase negocial es un lugar común no solo en los sistemas romano-germánicos, sino también en el Derecho estadounidense (secciones 1-203 UCC y 205 *Second Restatement of Contracts).* Sin embargo, la aproximación del Derecho inglés acerca de la responsabilidad negocial se fundamenta en un criterio más rígido ("*all or nothing approach"*) tendente a no reconocer obligaciones impuestas por el principio de buena fe durante la fase negocial [*Walford v Miles* (1992), WLR 174:16].

Los Principios se aplican exclusivamente a los contratos comerciales, excluyendo los contratos celebrados por consumidores y, con carácter general, para fines distintos a una actividad profesional o comercial. Ello deja fuera de los Principios, asimismo, a los contratos o negocios incardinado en el Derecho de familia o en el Derecho sucesorio, así como al régimen de las donaciones. Los Principios no son asimismo funcionales por lo que respecta a las obligaciones cambiarias y sobre instrumentos negociales.

5. Participantes en la elaboración de los Principios

La elaboración del borrador de trabajo de los Principios fue encomendada por OHADAC, a través de ACP Legal, a un equipo de investigación compuesto íntegramente por expertos en Derecho contractual comparado.

En la redacción y discusión del borrador inicial, bajo la dirección del Dr. Sixto A. Sánchez Lorenzo, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España), intervinieron los siguientes especialistas:

Dr. Ángel Espiniella Menéndez, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (España).

Dr. Fernando Esteban de la Rosa, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Dra. Rosa García Pérez, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Dra. Pilar Jiménez Blanco, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (España).

Dra. Ángeles Lara Aguado, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Lda. Rosa Miquel Sala, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bayreuth (Alemania).

Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España).

Dra. María Luisa Palazón Garrido, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Dr. Francisco Pertíñez Vílchez, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Dr. Ricardo Rueda Valdivia, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Dra. Carmen Ruiz Sutil, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Dra. Carmen Vaquero López, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (España).

Además de los anteriores, en la revisión del borrador y confección definitiva del texto intervinieron, por parte de la Asociación Henri Capitant, los siguientes expertos:

Dr. Dénis Mazeaud, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París II (Panthéon-Assas).

Dr. Phillipe Dupichot, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne).

Dr. Cyril Grimaldi, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XIII.

PREÁMBULO

I. Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales serán de aplicación, en todo o en parte, cuando las partes contratantes así lo hayan acordado expresamente.

II. Salvo que se establezca otra cosa, las reglas de estos Principios pueden ser excluidas o modificadas por las partes. Prevalecerán las cláusulas contractuales que sean contrarias a los Principios.

III. Los presentes Principios no impiden la aplicación de normas imperativas o de orden público internacional, tanto de origen estatal como internacional, que resulten de aplicación conforme a las normas de Derecho internacional privado.

IV. Los presentes Principios no impiden la aplicación de los usos comerciales internacionales.

V. Los presentes Principios serán objeto de interpretación uniforme, teniendo en cuenta su carácter internacional.

COMENTARIO:

1. Los Principios OHADAC como ley aplicable al contrato

La finalidad esencial de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales consiste en proporcionar a los operadores, particulares y empresas establecidos en el territorio caribeño un instrumento útil para la regulación de sus contratos internacionales, que facilite la seguridad jurídica en sus intercambios comerciales mutuos y con terceros.

Los Principios OHADAC pretenden, además, resultar de fácil aplicación tanto para árbitros como para los tribunales estatales de las distintas jurisdicciones caribeñas. En este sentido, proporcionan soluciones comprometidas con la convergencia de los

sistemas nacionales involucrados, y respetuosas con el resultado de un análisis comparativo. No incorporan, en consecuencia, reglas que puedan violentar de forma directa ninguna de las culturas jurídicas representadas en el ámbito del Caribe.

En consecuencia, los Principios OHADAC, a diferencia de otros sistemas jurídicos contractuales no estatales, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Preámbulo) o los PECL (art. 1:101), no pretenden representar o entrañar un cuerpo de principios generales del Derecho, ni mucho menos ser expresión de una eventual o presunta *lex mercatoria.* Su aplicación, consecuentemente, solo está indicada cuando las partes han sometido su contrato de forma expresa a los Principios OHADAC o los han incorporado como ley aplicable de manera inequívoca (punto I del Preámbulo). En otro caso, jueces o árbitros deberán determinar la ley aplicable al contrato conforme a las reglas de Derecho internacional privado previstas en sus respectivas legislaciones o regulaciones arbitrales aplicables al caso.

En consecuencia, cuando las partes hayan previsto una solución arbitral para las eventuales controversias derivadas de su contrato, estaría indicada una cláusula simple de sujeción del contrato a los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, del siguiente tenor:

> *"Las partes acuerdan la sujeción de este contrato a [o 'Este contrato se rige por'] los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales"*

Los Principios OHADAC son, pues, una normativa esencialmente opcional. Y dicha opción debe resultar de un acuerdo inequívoco de las partes. Cuando concurre dicha elección, los árbitros podrán en ocasiones estimar la aplicación de los Principios OHADAC como auténtica ley aplicable al fondo, sin consideración de otros sistemas jurídicos. No obstante, esta consideración no es extensible al ámbito de la jurisdicción. En efecto, únicamente ante los tribunales de México y Venezuela, únicos firmantes de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), hecha en México el 17 de marzo de 1994, podría mantenerse, no sin reservas, la posibilidad de considerar los Principios OHADAC como ley aplicable al contrato. En el resto de los territorios caribeños resulta perfectamente aplicable el criterio proclamado por la vieja jurisprudencia francesa en el asunto "*Messageries Maritimes",* resuelto por la sentencia de la *Cour de Cassation* de 21 de junio de 1950, en el sentido de que todo contrato debe tener como referencia o ley aplicable la ley de

un Estado. El mismo criterio sigue el Derecho inglés [*Musawi v RE International (UK) Ltd* (2007), EWHC 2981] y el propio Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

En suma, cuando las controversias que puedan surgir entre las partes contratantes se deban someter a una jurisdicción estatal, se recomienda completar la cláusula de elección de la ley aplicable con una indicación del Derecho estatal bajo el cual deben integrarse los Principios. En realidad, el Derecho estatal elegido no servirá únicamente como sistema de cierre (*default rules)* para integrar o complementar las lagunas existentes, sino que desplegará presumiblemente una función restrictiva de los propios Principios OHADAC que, por su naturaleza no estatal, no serán considerados propiamente como la ley aplicable al contrato, sino como mero fruto de la autonomía material de las partes. Dicha cláusula debería tener un tenor similar al siguiente:

> *"Las partes acuerdan la sujeción de este contrato a [o 'Este contrato se rige por'] los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales. En defecto de estos Principios, el contrato se entenderá sometido al [o regido por] Derecho del Estado X ".*

2. Elección parcial de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales

Como consecuencia del carácter opcional de los Principios OHADAC y en virtud de su consideración como sistema jurídico no estatal, las partes pueden decidir incorporar únicamente una parte de los Principios, excluir un capítulo o algunas de sus disposiciones.

La práctica del *dépeçage* del contrato es un lugar común en los sistemas de Derecho internacional privado comparado. La elección parcial de los Principios OHADAC no responde exactamente a esta institución del Derecho internacional privado. Como parte integrante de los pactos entre las partes, los Principios OHADAC pueden ser incorporados de forma parcial al contrato, pero las partes deben ser conscientes, especialmente en caso de controversias jurisdiccionales, que para la parte de los Principios cuya aplicación haya resultado excluida deben prever la aplicación directa e íntegra de las cláusulas contractuales y, sobre todo, del Derecho nacional aplicable en

virtud de las normas de Derecho internacional privado, por lo que la cláusula de elección doble propuesta debe ser tenida aún más presente en este caso.

3. Prevalencia de las cláusulas contractuales

Los Principios OHADAC no son por definición, normas imperativas. En consecuencia, las partes no solo pueden excluir una parte de los Principios, sino introducir en su contrato exclusiones o modificaciones de algunas reglas específicas. Estas exclusiones o modificaciones pueden ser explícitas o implícitas. En particular, se entenderán derogadas o modificadas las reglas de los Principios que resulten contradictorias con las cláusulas contenidas en el contrato, que prevalecerán, ya se trate de cláusulas negociadas individualmente o contenidas en condiciones generales o formularios incorporados en el contrato.

Por tanto, sin necesidad de que las partes así lo adviertan, el intérprete dará preferencia a las cláusulas contractuales si suponen una modificación o derogación de las reglas contenidas en los Principios OHADAC. De hecho, en sus comentarios los propios Principios ofrecen en ocasiones ejemplos de cláusulas contractuales para modificar una propuesta normativa de los Principios. A menudo, el contenido de los Principios se atiene a una reglamentación mínima o común, susceptible de ser modificada y adaptada a través de cláusulas contrarias, más fieles a las idiosincrasias nacionales o a los requerimientos particulares de los contratantes. En suma, el principio general que formula el punto II del Preámbulo [recogido asimismo en los artículos 6 CV; 1.5 PU; 1:102 (2) PECL; II-1:102 (2) DCFR; y 1.2 CESL] implica que una sujeción genérica a los Principios OHADAC no puede ser interpretada de forma que anule las cláusulas contractuales establecidas por las partes.

Dicho principio encuentra una única excepción en aquellas reglas que los Principios formulan excepcionalmente con carácter imperativo, declarándolo así de forma expresa o resultando dicha imperatividad de forma consustancial a la regla. Así, resulta consustancialmente imperativa la reserva a la aplicación de las leyes estatales, internacionales o supranacionales que determinan la ilicitud del contrato (art. 3.3.1), que no pueden ser excluidas por las partes. Por razones de orden público internacional, dichas reglas no pueden ser eludidas ni por las partes ni por los presentes Principios. En segundo lugar, ciertas normas que garantizan una declaración de voluntad no viciada y libre, como las que regulan la nulidad del contrato por dolo, intimidación, o abuso de debilidad o dependencia (arts. 3.4.6, 3.4.7, 3.4.8 y 3.4.9), o las que limitan las cláusulas abusivas de exoneración de responsabilidad, liquidación de daños o modificación del plazo de prescripción [arts. 7.1.7, 7.4.7 (2), 9.2 (2) y (3), 9.4. (4) y 9.6 (2)], son reglas cuya exclusión iría asimismo en contra de consideraciones

elementales de moralidad, seguridad contractual y orden público internacional. Por este motivo, dichas normas no pueden ser excluidas de la aplicación de los Principios, entendiendo que las cláusulas contractuales contrarias a dichas normas resultan ineficaces.

La imperatividad de ciertas normas no impide que las partes puedan excluirlas expresamente, incluso en bloque, en virtud de sus cláusulas de sumisión a los Principios OHADAC. Así, las partes pueden someterse a los Principios y excluir por completo la sección 4 del Capítulo 3, relativa a los vicios de consentimiento, que en su mayor parte es imperativa. En este caso, la sumisión parcial a los Principios es efectiva, y los vicios de consentimiento se regirán por el Derecho nacional aplicable en virtud de las reglas de Derecho internacional privado.

Sin embargo, si la sumisión por las partes a los Principios OHADAC es genérica, dicha sumisión implica que las partes asumen la imperatividad excepcional de ciertas reglas, de forma que las cláusulas contrarias a dichas reglas se tendrán por no puestas o se considerarán nulas. En este punto, la sujeción por las partes a los Principios OHADAC debe ser interpretada como fruto de una cautela o interés por las propias partes en someter su contrato a un autocontrol o autotutela a través de la exclusión de los pactos que puedan ser contrarios a las normas imperativas de los Principios OHADAC, cuya razonabilidad y aceptación comparada quedan fuera de toda duda.

4. Compatibilidad de los Principios OHADAC con normas internacionalmente imperativas

En íntima relación con el principio enunciado en el punto II del Preámbulo, el punto III establece la compatibilidad de los Principios OHADAC con la necesidad o conveniencia de que el intérprete aplique o tenga en consideración normas internacionalmente imperativas, leyes de policía o normas de orden público internacional, de origen interno e internacional, incluyendo en estas últimas las de carácter supranacional.

Es un lugar común en el Derecho de los contratos internacionales que las partes no pueden evitar la aplicación de las leyes de policía y de las normas imperativas, tanto de origen estatal, como internacional o supranacional, que se hallen vigentes en el país del tribunal que conoce (*lex fori),* o incluso en un tercer Estado que presente una vinculación estrecha con el contrato, singularmente el país de ejecución de las obligaciones pactadas. El principio de Derecho internacional privado, muy aceptado en el Derecho comparado y cada vez más extendido en el ámbito arbitral (prescindiendo en ocasiones de la *lex fori*), se encuentra recogido en el artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en el Reino Unido, Francia y los

Países Bajos, y también en el propio artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), hecha en México el 17 de marzo de 1994, vigente en México y Venezuela.

La sujeción a los Principios OHADAC no puede implicar ni evitar la consideración por el intérprete de las reglas mencionadas en la medida en que las considere de aplicación al caso. Una regla similar se contiene en el art. 1.4 PU y en el art. 1:103 PECL.

5. Prevalencia de los usos comerciales

Los Principios OHADAC constituyen una reglamentación genérica de los contratos comerciales internacionales, cuya finalidad es dotar de seguridad jurídica y uniformidad al régimen de los contratos internacionales suscritos en el ámbito caribeño. De la misma forma que ceden ante la regulación específica establecida por las partes en las cláusulas del contrato, el punto IV del Preámbulo establece la prevalencia de los usos del comercio internacional. Dicha preferencia se refiere no solo a los usos generales del comercio internacional, sino, de forma especial, a los usos sectoriales generalmente aceptados en un ramo concreto del comercio internacional, así como a los usos particulares que las partes hayan establecido en sus propias relaciones comerciales.

La sujeción del contrato a los Principios OHADAC no debe suponer la ineficacia o derogación de tales usos. Los usos comerciales tienen no solo un valor interpretativo, sino también normativo, en los sistemas romano-germánicos, y así aparece recogido de forma expresa en muchos casos (*ad ex.* arts. 1.023 CC costarricense y art. 436 Código de Comercio costarricense; arts. 1.135 y 1.160 CC dominicano y francés; art. 926 CC haitiano; art. 6:248 CC holandés y surinamés; art. 1.546 CC hondureño; art. 1.796 CC mexicano; art. 2.480 CC nicaragüense; art. 1.109 CC panameño; art. 1.210 CC portorriqueño; art. 1.160 CC venezolano), y se confirma en textos como el Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones elaborado por el Ministerio de Justicia en 2013 (art. 103). En el Derecho inglés, los *trade usages* se encuentran asimismo reconocidos tanto legalmente (*ad ex.* secs. 14 y 55.1 *Sales of Goods Act* de 1979; secs. 55 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 55 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 55 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 55 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 56 *Sale of Goods Act* de Belice; sección 54 *Sale of Goods Act* de Jamaica) como jurisprudencialmente, al igual que en los Estados Unidos [secciones 219-223 del *Second Restatement of Contracts* y secciones 1-303 (c) y 1-205 UCC]. En la jurisprudencia inglesa, la introducción de los usos comerciales con un carácter normativo se ampara en la técnica de los *implied terms*, singularmente *by custom*, siempre que sean notorios y claros, incluso con independencia de su previsión

o consideración eventual por las partes [*Comptoir d'Achat et de Vente Belge SA v Luis de Ridder Ltd* (1949), AC 293; *Henry Kendall & Sons v Lillico & Sons Ltd* (1969), 2 AC 31 (HL)]. Sin embargo, es indudable que las prácticas entre las partes o los usos particulares tienen menor peso en la medida que el contexto subjetivo despliega una menor fuerza que el contexto objetivo en la tradición interpretativa del Derecho inglés.

El artículo 9 CV establece asimismo la obligatoriedad de los usos voluntarios establecidos entre las partes al igual que de los usos normativos u objetivos generalmente observados en el comercio internacional en el tráfico mercantil de que se trate. El mismo reconocimiento se observa en el art. 1.9 PU, el art. 1:105 PECL, el art. II-1:104 DCFR, y en el art. 67 CESL.

La formulación del punto IV del Preámbulo es conscientemente abierta. El intérprete valorará en cada caso la concurrencia de un uso comercial entre las partes, conforme a las evidencias probatorias de que disponga. Igualmente podrá servirse de indicios o incluso pruebas periciales para concluir en la existencia de un uso comercial sectorial o general, cuya eficacia normativa dependerá de su observancia regular, grado de conocimiento de dicho uso en el comercio internacional, y de la situación concreta de las partes.

En muchos casos, los usos comerciales se encuentran recopilados en instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y revelan una práctica comercial uniforme en sectores variados, como la compraventa internacional, los medios de pago, créditos documentarios, garantías a primera demanda, etc. Dicha estandarización resulta evidente asimismo a través del desarrollo de pólizas o contratos-tipo elaborados, además de por la CCI, por organizaciones como la GADTA o la FOSFA en el ámbito de *commodities,* la FIDIC u ORGALIME en el ámbito de los contratos de ingeniería, ISDA en la contratación financiera, BIMCO, GENCON, BALTIME, GENWAYBILL, MULTIDOC95, CONGENBILL o FIATA en el sector del transporte, etc.

6. Interpretación de los Principios OHADAC

La regla de interpretación contenida en el punto V del Preámbulo es conscientemente mucho más modesta en sus objetivos que las previstas en otros textos internacionales (*ad ex.* art. 7 CV; art. 1.6 PU; art. 1:106 PECL; art. I-1:102 DCFR; art. 4 CESL).

Los Principios han sido redactados en un lenguaje claro y lo menos idiosincrásico posible en sus distintas versiones lingüísticas. Han tratado de mantener no solo una neutralidad comparativa en el contenido, sino también la máxima neutralidad gramatical posible. En consecuencia, aun cuando ciertas expresiones puedan ser tributarias de una familia jurídica concreta, su sentido debe ser considerado con la misma neutralidad que anima a los Principios, acorde con su finalidad armonizadora.

En consecuencia, los Principios deben ser interpretados atendiendo a criterios de objetividad, extrayendo el sentido especialmente de los comentarios a cada artículo o sección normativa, y teniendo presente en todo momento la finalidad armonizadora de los Principios en un marco de pluralidad cultural jurídica, como es el Caribe.

En este sentido, resulta aconsejable que tanto árbitros como jueces nacionales puedan tener en consideración la aplicación que los Principios hayan tenido en decisiones dictadas por tribunales arbitrales y jurisdicciones nacionales, para lo cual la OHADAC implementará bases de datos e información sobre la aplicación de los Principios, incluyendo comentarios a las decisiones registradas.

Sin embargo, los Principios no pretenden ser aplicados más allá de sus disposiciones a cuestiones no reguladas en ellos, a menos que exista una analogía o identidad de razón evidentes. Por este motivo, se aconseja que las partes designen en todo momento un Derecho nacional que pueda ser capaz de cumplimentar sus lagunas. Algunas de estas lagunas se hallan forzadas por la dificultad de obtener una regla jurídica que refleje un mínimo común denominador en el ámbito caribeño; otras simplemente se producirán por el efecto propio del dinamismo de los intercambios comerciales internacionales.

En cualquier caso, la pretensión de una integración de las lagunas de los Principios sobre la base de unos principios generales subyacentes o de una regla extensa de aplicación analógica no ha sido retenida por considerar que no contribuye de forma inconcusa a la seguridad jurídica en las transacciones caribeñas, precisamente por la diversidad de métodos legales existentes para la interpretación o integración de las fuentes normativas escritas. En efecto, una de las divergencias más claras entre las familias jurídicas representadas en el ámbito caribeño tiene que ver con la capacidad del intérprete para la interpretación y el desarrollo judicial del Derecho escrito. Mientras que en los sistemas romano-germánicos dicha interpretación tiende con facilidad a la creación jurídica a través de la analogía y el desarrollo judicial, la metodología jurídica en los sistemas tributarios del *common law* se muestra mucho más proclive a una interpretación muy ajustada al texto legal escrito, sin un margen de maniobra amplio por parte del intérprete. Esta diversidad metodológica implica que una norma sobre integración de un texto escrito, amparada en el recurso a la integración sobre la base de principios generales, no plantea la misma familiaridad para un juez de Guadalupe o Cuba que para uno de Jamaica o Antigua.

En consecuencia, los Principios OHADAC estiman preferible que las lagunas de los Principios sean cubiertas mediante la aplicación de un Derecho estatal, y que los mecanismos de integración o aplicación analógica no vengan impuestos y puedan ser

considerados, de forma flexible, en atención al carácter arbitral o jurisdiccional de la controversia y habida cuenta de la propia predisposición metodológica del intérprete.

CAPÍTULO 1
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.1: *Libertad de contratación*

Las partes tienen libertad para contratar y determinar el contenido del contrato.

COMENTARIO:

El artículo 1.1 de los Principios OHADAC formula el principio de libertad contractual. Se trata de una norma puramente programática, que viene a reconocer el principio de autonomía privada como base del Derecho contractual.

El principio de libertad contractual es un principio generalmente reconocido en el Derecho comparado. En algunos sistemas romano-germánicos se formula expresamente, reconociendo la libertad genérica de las partes para establecer las condiciones, pactos y acuerdos que tengan por convenientes (*ad ex.* art. 1.547 CC hondureño; art. 1.839 CC mexicano; art. 2.437 CC nicaragüense; art. 1.106 CC panameño; art. 1.207 CC portorriqueño). Así lo contempla asimismo el art. 2 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones del Ministerio de Justicia de 2013 y los textos internacionales de armonización del Derecho de contratos [art. 1.1 PU; art. 1:102 (1) PECL; art. II-1:102 DCFR; art. 1.1. CESL]. La libertad contractual es asimismo el principio normativo y filosófico (*will theories)* del Derecho contractual en el *common law* [*Printing and Numerical Registering Company v Sampson* (1875), LR 19 Eq 462, 465]*,* cuya concepción más liberal comporta un respeto fundamental a la libertad de los pactos y un intervencionismo público en dicha libertad limitado al máximo.

Como principio programático, el valor de la libertad contractual es relativo. Las fórmulas declarativas del principio en los sistemas romano-germánicos reflejan dicha relatividad, al condicionar la libertad contractual de las partes a la hora de establecer sus pactos al hecho de que no sean contrarios a la ley, a la moral, al orden público o incluso a los usos. Dicha limitación es igualmente compartida por los sistemas angloamericanos. En consecuencia, un principio compartido implica la posibilidad de restringir la libertad contractual por razones fundamentalmente de los intereses públicos en juego. Dichas limitaciones afectan a la licitud del contrato y de su objeto, a

la restricción de su objeto en ciertos ámbitos comerciales reservados al monopolio público, a la existencia de normas imperativas de protección del comercio y la libre competencia, a la protección de determinadas partes contractuales o a la imposición de estándares de moralidad comercial determinados. La imperatividad o no disponibilidad de ciertas normas vela, incluso, por la libertad contractual como bien público, al no admitir la libre disposición sobre la libertad de prestación del consentimiento y los vicios que lo afectan, anulando el contrato.

Ya se ha señalado, con motivo del comentario al punto III del Preámbulo, que los propios Principios OHADAC están sometidos a las normas imperativas de origen estatal, internacional o supranacional, que resulten legítimamente aplicables al caso por razón de su proximidad geográfica y su contenido de orden público internacional. Se ha señalado asimismo la indisponibilidad excepcional de algunas normas contenidas en los Principios, por su carácter indisponible.

Finalmente, debe recordarse que los Principios OHADAC resultan de aplicación cuando las partes así lo han establecido. En consecuencia, en las controversias planteadas ante tribunales estatales, la aplicación de los Principios OHADAC será fruto de un pacto entre las partes, cuya eficacia deriva directamente del principio de libertad contractual. Dicha consideración hace que la incorporación por las partes de los Principios OHADAC como pacto entre las partes en virtud de su libertad contractual esté sometida a los límites impuestos a dicha autonomía por la ley del Estado aplicable al contrato, que establecerá el marco de imperatividad o no disponibilidad para las partes. De ahí la importancia, ya señalada, de que las partes añadan, a la elección de los Principios OHADAC, una elección del Derecho estatal aplicable.

En el ámbito de las controversias arbitrales, los Principios OHADAC podrán funcionar como Derecho aplicable al fondo sin sujeción a ninguna ley contractual estatal. Sin embargo, al igual que acontece en las controversias ante jurisdicciones estatales, en todo caso será de aplicación la cautela prevista en el punto III del Preámbulo, pues sea cual fuere el régimen de la ley aplicable al fondo del contrato y el marco de libertad contractual derivado de dicho Derecho, tanto tribunales como árbitros podrán tener en consideración las normas imperativas de orden público internacional de otros sistemas jurídicos particularmente vinculados con el contrato, especialmente la ley del foro y del lugar de ejecución del contrato.

Artículo 1.2: *Pacta sunt servanda*

Las partes de un contrato se obligan al cumplimiento de las obligaciones pactadas en las condiciones previstas en el contrato.

COMENTARIO:

El artículo 1.2 de los Principios presenta, al igual que el artículo 1.1, un carácter esencialmente programático. Como institución jurídica, el contrato es una forma convencional de establecer obligaciones entre las partes, y su esencia es el carácter vinculante, obligatorio o *enforceable.* El principio *pacta sunt servanda* refleja esta característica consustancial al contrato.

En los sistemas caribeños de tradición romano-germánica el principio se recoge con frecuencia en los códigos civiles, señalando que el contrato tiene "fuerza de ley" entre las partes o a través de una fórmula semejante (*ad ex.* art. 1.602 CC colombiano; art. 1.022 CC costarricense; art. 233 CC cubano; art. 1.134 CC dominicano y francés; art. 1.519 CC guatemalteco; art. 926 CC haitiano; art. 6:248 CC holandés y surinamés; art. 1.546 CC hondureño; art. 1.796 CC mexicano; art. 2.479 CC nicaragüense; art. 1.109 CC panameño; art. 1.210 CC portorriqueño; art. 1.159 CC venezolano). El artículo 102 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones elaborado en 2013 por el Ministerio de Justicia lo recoge, al igual que los artículos 1.3 PU y II-1:103 DCFR. El principio *pacta sunt servanda* tiene en el *common law* su trasunto en el principio de *sanctity of contracts,* afirmado desde antiguo tanto en la jurisprudencia inglesa [*Paradine v Jane* (1647)] como norteamericana [*Adams v Nichols* (1837)].

Como principio general, el carácter obligatorio del contrato encuentra asimismo excepciones y modulaciones que son comunes a los sistemas comparados, como las que derivan del cambio de circunstancias (*hardship*), los supuestos de fuerza mayor o la doctrina de los actos propios o *estoppel*. El precepto contiene, pues, un lugar común en los sistemas jurídicos comparados en el ámbito del territorio OHADAC.

Sin embargo, los Principios se circunscriben a la fuerza obligatoria del contrato. En los sistemas romano-germánicos es habitual la inclusión de una cláusula general que extiende el efecto obligacional a exigencias que no vienen impuestas por la voluntad de las partes ni por el contrato, sino por razones objetivas de moralidad, equidad, buena fe o lealtad negocial (art. 1.603 CC colombiano; art. 1.023 CC costarricense; art. 1.135 CC dominicano y francés; art. 1.546 CC hondureño; art. 1.519 CC guatemalteco; arts. 925 y 926 CC haitiano; arts. 6:2 y 6:248 CC holandés y surinamés; art. 1.796 CC

mexicano; art. 2.480 CC nicaragüense; art. 1.109 CC panameño; art. 1.210 CC portorriqueño; art. 956 CC santaluciano; art. 1.160 CC venezolano; arts. 3, 11 y 103 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones del Ministerio de Justicia del 2013]. La extensión señalada es visible asimismo en los EE.UU (secciones 1-203 UCC y 205 del *Second Restatement of Contracts*), y desde luego se ha retenido con profusión en los textos armonizadores del Derecho contractual internacional (arts. 1.7 y 1.8 PU; arts. 1:201 y 1:202 PECL; art. II-1:102.1 DFCR; arts. 2 y 3 CESL).

Los presentes Principios han optado por no introducir reglas o cláusulas generales sobre un deber de comportamiento en la celebración o cumplimiento del contrato conforme a la buena fe, la lealtad contractual o el principio de cooperación. Por una parte, los Principios no regulan, como se expone en la Introducción, la responsabilidad precontractual o negocial, donde la negociación conforme a la buena fe, la lealtad contractual y los deberes de cooperación despliegan un relevante papel en los sistemas romano-germánicos. En segundo lugar, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones contractuales, las manifestaciones del deber de comportamiento de buena fe, el abuso de derecho y la trascendencia de los actos propios o *estoppel* reaparecen al fijar el alcance de la interpretación y, sobre todo, de la integración del contrato, así como al determinar los efectos de determinadas cláusulas, como las cláusulas de integración. Los Principios optan por reconducir algunos aspectos vinculados a dichos principios a los capítulos referidos al tratamiento de tales cuestiones, pero renuncian a la formulación de un principio general que no se compadece con el principio del mínimo común denominador que persigue la redacción de estos Principios. En efecto, el alcance del deber de buena fe y de la lealtad negocial es diverso según se adopte la óptica de los sistemas romano-germánicos o la perspectiva del *common law.* En muchos puntos puede haber coincidencias notables, pero mientras que en los sistemas romano-germánicos puede primar una calificación contractual de la responsabilidad derivada de una actuación de mala fe, en el *common law*, cuando dichos efectos se reconocen, se subsumen en ciertos casos en el ámbito de la responsabilidad no contractual por daños. Por otra parte, la omisión de estas cláusulas generales no impide que el intérprete extraiga consecuencias de una actuación desleal, contraria a la buena fe o abusiva, a partir de las reglas de interpretación del contrato contenidas en la sección primera del capítulo 4. Como allí se señalará, existe un margen de oscilación inevitable dentro incluso de una misma jurisdicción estatal a la hora de considerar los elementos contextuales que ayudan a dilucidar las obligaciones establecidas por las partes y, sobre todo, de inferir "obligaciones implícitas". Finalmente, la opción por introducir esas cláusulas generales resulta desaconsejable en términos de proporcionalidad. Al tiempo que provocaría un

claro alejamiento de los Principios de la cultura jurídica de los territorios tributarios del *common law*, al no hallarse el juez de dichos territorios provisto de un bagaje suficiente para acotar *in casu* la aplicación de principios tan generales y poco familiares, su regulación tampoco garantiza una uniformidad de tratamiento en los sistemas involucrados. Incluso los sistemas romano-germánicos mantienen posiciones muy diferentes a la hora de alejarse de lo pactado por las partes sobre la base de consideraciones generales de buena fe o abuso de derecho.

Artículo 1.3: *Declaraciones y notificaciones*

1. **Las declaraciones y notificaciones de las partes deberán realizarse por medios apropiados y efectivos. Surtirán efecto cuando sean recibidas por el destinatario.**
2. **Se entenderá que una declaración o notificación es recibida por el destinatario de forma inmediata cuando se realiza oralmente y en su presencia.**
3. **Se entenderá que una declaración o notificación escrita es recibida por el destinatario cuando es entregada en su establecimiento o dirección postal, o cuando es recibida en su receptor telemático o servidor de correo electrónico.**

COMENTARIO:

Diversas reglas de los Principios se refieren a la necesidad o efectos de las declaraciones y comunicaciones emitidas unilateralmente por las partes del contrato, con diversos propósitos. Siguiendo una reglamentación muy consolidada en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual (art. 1.10 PU; art. 1:303 PECL; art. I-1:109 DCFR; art. 10 CESL), los Principios establecen una serie de criterios que constituyen simples presunciones y pueden ser objeto de modificación, corrección o excepción por las partes a través de una regulación diversa o de conformidad con sus prácticas habituales.

En defecto de dichos acuerdos o usos, se entiende que las notificaciones deben realizarse de forma apropiada a las circunstancias, incluyendo la función de la notificación, y en todo caso deben servirse de medios efectivos de comunicación. La eficacia de la comunicación sigue el criterio hoy más extendido en el comercio

internacional, a saber, el principio de la "recepción". En efecto, como se verá con más detalle en los comentarios a las reglas sobre oferta y aceptación, los principios de "emisión" o "expedición" no resultan funcionales en las circunstancias actuales del comercio internacional, por generar inseguridad y soluciones potencialmente irrazonables e injustas. Parece preferible que las notificaciones produzcan efectos cuando son recibidas por el destinatario, momento que cabe considerar neutral y previsible.

Ciertamente, el criterio de "recepción" no puede reconducirse al criterio del "conocimiento" por el destinatario, pues tanto la emisión como el conocimiento dependen de acciones subjetivas y potestativas del emisor o del destinatario, que generan inseguridad e imprevisibilidad. De ahí que los apartados segundo y tercero clarifiquen el momento en que una notificación se entiende recibida por el destinatario, según se trate de una comunicación oral (en que la recepción es instantánea) o escrita, en cuyo caso no es preciso el conocimiento efectivo por el destinatario, sino que basta con que dicha notificación haya entrado en el espacio o dominio del destinatario. Así, se entenderá recibida la comunicación si el mensajero o agente postal deposita la comunicación escrita en el buzón del destinatario o en manos de un agente presente en su establecimiento. En el caso de una remisión por fax, basta con que la transmisión haya sido correcta y se encuentre en el terminal del destinatario, aunque físicamente no haya sido recibida, por ejemplo, por falta de papel o funcionamiento adecuado en dicho terminal. Del mismo modo, una comunicación electrónica es efectiva cuando el mensaje entra en el servidor de correo del destinatario, sin que sea preciso que el destinatario haya visto, abierto o leído dicho mensaje.

Art. 1.4: *Cómputo de plazos*

1. **Cuando un plazo es expresado en días, el día del contrato, hecho, decisión o notificación que inicia el plazo no será computado.**
2. **Cuando el plazo se inicia en un día determinado, dicho día se computará dentro del plazo.**
3. **Los plazos fijados por meses o años expirarán el día del último mes o año que se corresponda con el guarismo fijado para el comienzo del plazo. Si el mes en que el periodo expira no cuenta con ese día, el plazo se entenderá expirado el último día del mes. Si**

el plazo se expresa en meses y días, se computaran los meses y, posteriormente, los días.

4. **Todos los días, incluso feriados y no laborables, se computarán en el plazo. Si el plazo de cumplimiento de una obligación expira en un día feriado o no laborable en el lugar de cumplimiento o en el lugar de establecimiento de la parte encargada del cumplimiento, se presumirá prorrogado hasta el día hábil siguiente.**

5. **El uso horario de referencia será el correspondiente al lugar de establecimiento de la parte que fija el plazo. Si la fijación del plazo no es imputable a ninguna de las partes, para el cumplimiento de las obligaciones se estará al uso horario del lugar de cumplimiento y, en su defecto, al del lugar del establecimiento de la parte encargada del cumplimiento.**

COMENTARIO:

Los Principios OHADAC recogen una serie de presunciones o criterios de determinación del cómputo de plazos acorde con los usos generales del comercio internacional y las reglas generalmente admitidas en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual (art. 1.12 PU; art. 1:304 PECL; art. I-1:110 DCFR; art. 11 CESL). Estas reglas sirven tanto para el cómputo de los plazos establecidos por las partes como, *mutatis mutandis*, para el cómputo de plazos previstos por las propias reglas contenidas en los Principios en la medida en que no dispongan otra cosa.

La regla contenida en el primer apartado acerca del cómputo de los días sigue el criterio expreso en muchos sistemas jurídicos de raíz romano-germánica, en que es habitual precisar que el cómputo de los plazos comienza al día siguiente al día en que concurre la circunstancia determinante por la que nace la obligación o a partir del cual la obligación debe cumplirse. Esta regla es asimismo compartida por el *common law*¸ aunque con matices. En efecto, si las partes no disponen nada o no hacen referencia a un día concreto, la regla parece plausible. Así, si se establece que "La parte X deberá pagar la mercancía en el plazo de quince días desde la recepción", cabe interpretar que dicho plazo comienza a contar desde el día siguiente al día de la recepción hasta el final decimoquinto día. Existen más dudas, sin embargo, sobre el inicio del cómputo de los plazos en que las partes señalan un día de inicio. Así, si las partes establecen que

“La parte X deberá pagar la mercancía en un plazo de quince días a partir del 1 de marzo de un determinado año”, al menos en el Derecho inglés existe la tendencia a considerar incluido el 1 de marzo dentro del plazo de quince días. Esta regla interpretativa parece razonable con carácter general, y por ello se ha incluido en el apartado segundo. No se ha considerado conveniente, sin embargo, establecer una regla sobre la determinación de la hora de inicio y la hora final de un cómputo de plazos por días. Aunque generalmente quepa entender que la hora inicial es la primera del día y la final es la última del día, en ciertos casos puede ser razonable interpretar que la hora de expiración no será la última hora del día (medianoche), sino la última en que por razones de horarios comerciales sea razonable recibir la notificación o cumplimiento de un acto. De ahí que esta cuestión quede abierta a la interpretación en cada caso concreto.

También es un lugar común la regla contenida en el apartado tercero, cuando los plazos se computan no por días, sino por meses o años. En estos casos, una vez fijado el día a partir del cual se inicia el cómputo, el plazo se extiende expirado el mismo día del mes o año en que concluya el plazo. Así, si el plazo de seis meses se computa a partir del 1 de marzo, expirará el 1 de septiembre. La regla trata de evitar la interpretación del término "mes" como sinónimo de treinta días naturales, criterio razonable únicamente cuando el plazo se fija en porciones de un mes (por ejemplo: medio mes). Asimismo, el precepto corrige las consecuencias de la irregularidad en los días finales de los meses. Así, si un plazo de seis meses se inicia el 31 de marzo, se entenderá expirado el 30 de septiembre, último día del sexto mes. Se trata de una regla que confiere seguridad jurídica al cómputo de plazos mensuales y anuales.

Igualmente clara y compartida es la primera regla contenida en el apartado cuarto, que presume el cálculo de los plazos sin distinción según sean hábiles o laborables o festivos, esto es, considerando igualmente cualquier día (día natural). La regla, expresada a menudo en los sistemas romano-germánicos, se conoce igualmente en el *common law* [*Doods v Walker* (1981), 1 WLR 1027].También es generalmente aceptada la cautela contenida a continuación, que responde a la necesidad de posibilitar el cumplimiento en plazo y evitar el recurso innecesario a la invocación de fuerza mayor para justificar la demora en el cumplimiento. De esta forma, si el día de expiración de un plazo para el cumplimiento de una obligación coincide con un día feriado o no laborable, conviene extenderlo al primer día hábil siguiente en que el deudor pueda cumplir con normalidad. Frente a soluciones más restrictivas, como la contenida en el art. 1.12 (2) de los PU, parece razonable que dicha opción sea posible no solo cuando el día sea feriado en el lugar del establecimiento del deudor, sino también cuando lo sea en el lugar de cumplimiento de la obligación, pues en ambos casos el carácter

feriado del día puede ser un obstáculo para un cumplimiento conforme al plazo establecido.

Finalmente, en el comercio internacional es habitual que las partes o el lugar de cumplimiento se encuentren en lugares sujetos a usos horarios diferentes. Los Principios recogen en el primer inciso del apartado quinto una regla ya contenida en el artículo 1.12 (3) PU, consistente en interpretar, en defecto de pacto, que el uso horario es el de la parte que fija el plazo. Sin embargo, no siempre puede determinarse qué parte fija el plazo. Esto es factible cuando se trata de determinar, por ejemplo, la caducidad de una oferta, pero no lo es cuando se trata de un contrato negociado en que las partes han acordado conjuntamente un plazo de cumplimiento para ciertas obligaciones. Esta hipótesis no suele contemplarse en los textos armonizadores, por lo que los Principios OHADAC estiman que lo más razonable, en tal caso, es atenerse al uso horario del lugar de cumplimiento, siempre que sea factible. En ocasiones, bien por indefinición de dicho lugar, bien por tratarse de un cumplimiento en diversos territorios con usos horarios diferentes, la solución de cierre consistirá en preferir la determinación del uso horario al que se encuentra sujeta la parte encargada del cumplimiento.

> Ejemplo 1: Una empresa berlinesa remite una oferta a una empresa situada en Nueva York, con la indicación de que debe ser aceptada antes de las 14:00 horas del 22 de septiembre. El plazo debe entenderse referido al uso horario de Berlín.
>
> Ejemplo 2: En un contrato de compraventa de mercancías entre ambas empresas se establece que la mercancía debe ser entregada antes de las 14:00 horas del 22 de septiembre en el puerto de Nueva York. El plazo debe entenderse referido al uso horario de Nueva York.
>
> Ejemplo 3: En el mismo contrato de compraventa se establece que el pago debe realizarse antes de las 14:00 horas del 27 de septiembre, sin determinar el medio ni el lugar del pago. El plazo debe entenderse referido al uso horario de Nueva York, lugar de establecimiento del comprador.

CAPÍTULO 2
FORMACIÓN DEL CONTRATO

Sección 1. Oferta y aceptación

Artículo 2.1.1: *Formación del contrato*

El contrato se perfecciona por la aceptación de una oferta.

COMENTARIO:

En los países pertenecientes a la OHADAC, tanto romano-germánicos como del *common law*, es un lugar común que nadie puede quedar vinculado si no es por su voluntad y que el consentimiento se forma a través del concurso de una oferta y su aceptación, siendo el modelo habitual para la celebración y perfección de los contratos. El modelo de oferta y aceptación rige en los países caribeños romano-germánicos y a menudo se expresa en sus códigos civiles (arts. 1.009 y 1.010 CC costarricense; art. 311 CC cubano; art. 1.521 CC guatemalteco; art. 6:217 CC holandés y surinamés; art. 1.553.1º CC hondureño; arts. 1.804-1.811 CC mexicano; art. 1.113 CC panameño; art. 1.214 CC portorriqueño) o en sus códigos de comercio (arts. 845 a 863 CCom colombiano; art. 54 CCom cubano; art. 718 CCom hondureño; art. 83 CCom nicaragüense; arts. 201 CCom y 1.113 CC panameños; art. 272.1 CCom santaluciano; art. 110 CCom venezolano). También en los países pertenecientes a la tradición anglosajona es esencial el consentimiento, pues aunque el eje central del contrato no sea propiamente el acuerdo de voluntades, sino más bien el intercambio de promesas por la vía de la *consideration,* dicho consentimiento se manifiesta a través del concurso de promesa y contrapromesa [sección 2 (1) *Sale of Goods* Act inglesa; sección 3 (1) *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 6 (3) *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 6 (3) *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 3 (1) *Sale of Goods Act* de Belice; secs. 2 y 6 (3) *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 3 (1) *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago).

El modelo bilateral de oferta y aceptación ha sido plasmado también en el CV (en vigor en Colombia, Cuba, Honduras, República Dominicana, San Vicente y Granadinas, y Guyana), cuyos arts. 14 a 24 se refieren a los requisitos que deben reunir tanto la oferta como la aceptación para provocar la perfección del contrato, si bien no hacen mención

expresa al mecanismo del consentimiento expresado a través de estas dos variantes de la oferta y la aceptación. La perfección del contrato basada en la aceptación de la oferta se recoge igualmente en el art. 2.1.1 PU, así como en el art. 30.2º CESL.

En cambio, los PECL, al igual que el DCFR (art. II-4:201), parecen querer alejarse de este esquema bilateral y disponen en su art. 2:101 que para que se perfeccione un contrato solo hace falta la intención de las partes de vincularse jurídicamente y que alcancen un acuerdo suficiente. Sin embargo, el esquema no se abandona, sino que se incide en el art. 2:211 PECL en que las reglas de la oferta y la aceptación se aplican con las adaptaciones necesarias al proceso de formación de contratos que no se puede analizar en el marco simple de una oferta y una aceptación.

> Ejemplo 1: Si un empresario estadounidense le ofrece a un empresario jamaicano un automóvil por 18.000 $ y este último contesta que está conforme, se habrá formado un contrato válido, en el que la oferta y la aceptación se pueden identificar sin dificultades. En otros contratos más complejos, precedidos de largas negociaciones, habrá que acudir al intercambio de documentos entre las partes para ver si estas han concluido un acuerdo.

Algunos ordenamientos jurídicos no hacen referencia a la oferta contractual ni en el CCom, ni en el CC. Este es el caso de Francia y la República Dominicana (arts. 1.101 y 1.108 CC) o Haití (arts. 897 y 903 CC), que consideran el contrato como un acuerdo de voluntades que requiere consentimiento, capacidad, objeto cierto y causa lícita. No obstante, en el Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones francés ya sí se dedica el Capítulo II a la formación del contrato, partiendo del modelo de oferta y aceptación (arts. 13-34).

La constatación de la existencia de un consentimiento contractual o acuerdo de voluntades requiere recurrir a las reglas de la interpretación contenidas en la sección primera del capítulo 4 de estos Principios, que son igualmente aplicables *mutatis mutandis* a las declaraciones unilaterales de voluntad. A tal efecto, conviene tener en cuenta los comentarios a las reglas de dicho capítulo, en particular por lo que se refiere a la diversidad de sistemas comparados y a los problemas que suscitan las tendencias interpretativas subjetivistas y objetivistas. En la práctica, como se analiza con más detalle en los comentarios a dicha sección, aunque parten de principios inicialmente opuestos, los sistemas romano-germánicos y los sistemas del *common law* tienden a confluir en la interpretación objetiva de las declaraciones conforme a criterios de razonabilidad, teniendo en cuenta el contexto en un sentido amplio.

> Ejemplo 2: Si durante una comida en un restaurante el empresario dominicano A le ofrece al empresario haitiano B una máquina cosechadora a precio muy

ventajoso y el empresario B le entrega 1000 $ en concepto de señal, el contrato se habrá formado, aunque la intención de A fuera gastarle una broma a B, pues B no tenía por qué saber que A no tenía intención de vincularse con la propuesta y cualquier persona razonable podría haber creído que A había formulado una verdadera oferta contractual.

Artículo 2.1.2: ***Definición de oferta***

Una propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta si es lo suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación.

COMENTARIO:

1. La suficiente precisión de la oferta

La regulación de las declaraciones de voluntad contractuales en las codificaciones de los territorios OHADAC es dispar. Algunos códigos civiles, como los de Colombia, Honduras, Nicaragua, Panamá o Venezuela son muy detallados. Otros, por el contrario, ni siquiera hacen referencia expresa a la oferta y a la aceptación (República Dominicana, Francia o Haití). En otros códigos las referencias son muy escuetas (art. 444 CCom costarricense, que hace referencia a la perfección del contrato de compraventa; art. 54 CCom cubano y art. 85 CCom portorriqueño, ambos relativos a la perfección de los contratos celebrados por correspondencia). La regulación es poco detallada también en el CC francés, como se ha dicho; ello contrasta con el Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013, que le dedica los arts. 11 a 34. Se evidencia la influencia que están teniendo en los ordenamientos internos los esfuerzos armonizadores más recientes, como el DCFR, y los ya no tan recientes (CV, PU y PECL), que regulan profusamente el tema de la oferta y la aceptación contractuales, tomando como modelo los ordenamientos de influencia germánica, como el BGB alemán o el italiano, que regulan exhaustivamente la materia. Así se desprende del capítulo 4 DCFR, dedicado a la formación de los contratos, y concretamente de la sección 2 (arts. II-4:201-4:211) referida a la oferta y a la aceptación, de manera casi paralela a los PECL, que también dedican la sección 2 del capítulo 2 a la oferta y aceptación (arts. 2:201-2:211), al igual que el CV (arts. 14 a 24).

En los ordenamientos jurídicos de los territorios OHADAC se admite que la oferta es una propuesta que una parte dirige a otra u otras para celebrar un contrato, ya sea a

través de una declaración, ya a través de manifestaciones o comportamientos concluyentes. Esta propuesta, al igual que la aceptación, debe ser comunicada a la otra parte para que se pueda formar el común acuerdo que constituye el contrato (*ad ex.* art. 845 CCom colombiano). Rige el principio de libertad de forma, por lo que la comunicación se puede hacer de cualquier modo, salvo para algunos tipos de contratos que exigen determinadas formalidades (contratos de préstamo, OPAs, créditos inmobiliarios, etc.). La oferta puede comunicarse por cualquier medio de comunicación instantánea, como el fax, el teléfono y también el correo electrónico, siendo en la actualidad menos frecuente el uso del correo ordinario y del telégrafo. La emisión de declaraciones de voluntad a través de medios electrónicos viene admitiéndose como manifestación del principio de libertad de forma de los contratos y en virtud del criterio de la equivalencia funcional entre los documentos privados escritos y los celebrados por vía electrónica que sean susceptibles de almacenar, conservar y reproducir la información [arts. 1.108.1 y 1.316-1 CC francés; art. 6:227a.1 CC holandés; art. 1.834 bis CC mexicano; arts. 197 y 198 CCom panameño; secciones 7 (a) y 7 (b) *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), que se sigue en cuarenta y siete Estados de Estados Unidos, así como en el Distrito de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes. El UCC revisado ha sustituido el término "escrito" por el de "documento", para incluir las formas electrónicas y los escritos hechos de forma tradicional sobre papel]. También la Ley Modelo UNCITRAL sobre el Comercio Electrónico en su art. 11 prevé que, salvo pacto en contrario, la oferta y la aceptación contractuales podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, aunque las legislaciones estatales pueden prever excepciones cuando se exijan determinadas formalidades para la validez del contrato. E igualmente ha sido prevista en el art. II-3:105 DCFR.

> Ejemplo 1: En una feria de muestras, el empresario mexicano A entrega su tarjeta de visita al empresario gustaviano (San Bartolomé) B. Deseando entablar una relación comercial, B remite a A una oferta contractual por medio de un correo electrónico, con total precisión de las condiciones del contrato. Aunque no haya existido un acuerdo previo acerca del uso de medios electrónicos, se admite la validez de esta forma de comunicación entre las partes.

En cambio, hay una aparente división respeto a cuál debe ser el contenido mínimo de la propuesta para que constituya una oferta. En términos económicos no es eficiente exigir que la oferta se refiera íntegramente a todos los elementos del contrato, pues, aparte de los costes de redacción, siempre puede faltar alguno. Por eso, los sistemas del *common law* no consideran obligatorio un contenido mínimo en la oferta, ni se plantean la existencia de elementos esenciales en el contrato, bastando la voluntad de las partes, la *consideration* y una adecuada descripción del objeto del contrato y la

cantidad para su válida perfección. La sección 2-201 (1) UCC solo considera indispensable la cantidad de mercaderías objeto del contrato y la sección 2-204 (3) UCC exige un *remedy* para reparar el perjuicio que el incumplimiento de una de las partes provoque en la otra [al igual que la sección 33 (2) del *Restatement Second of Contracts*]. Por regla general, en el Derecho norteamericano no se ve inconveniente en dejar determinadas cuestiones abiertas y prever bases razonables para dar un remedio apropiado. Por eso, se puede prescindir de la determinación de la cantidad y del precio, dejándola a un tercero o, incluso, a una de las partes [sección 2-204 (3) UCC]; o dejar que los tribunales integren los términos no acordados, acudiendo a los usos, a las prácticas establecidas con regularidad entre los contratantes, a los *implied terms* y a cualquier remedio apropiado a las circunstancias, en definitiva, acudiendo al criterio de la razonabilidad [sección 2-204 (3) UCC].

Solo cuando con estos criterios no sea posible integrar el término, se considerará no perfeccionado el contrato. Esto se explica por la confianza de las partes en que los jueces no irán más allá de la voluntad de los contratantes. No obstante, siempre se prevén excepciones, pues hay casos en que se considera que no fijar la fecha de comienzo de un contrato hace que el acuerdo sea lo suficientemente incompleto como para ser obligatorio [*Harvey v Pratt* (1965), 1 WLR 1025] y casos en que se estima que no haber fijado el precio es un indicio de que no hay contrato y que las partes han decidido dejar su fijación a un momento posterior de la negociación [*Russel Bros (Paddington) Ltd v John Elliott Management Ltd* (1992), 11 Const LJ 337]. También en el Derecho inglés, la sección 8 (2) *Sale of Goods Act* 1979 considera vinculante un acuerdo de compraventa desde el momento en que las partes han acordado comprar y vender, pudiendo dejarse el resto de cuestiones para su determinación a través de estándares de razonabilidad o por la propia ley: si las partes no han fijado un precio, se puede considerar que las partes han acordado un precio razonable. El mismo criterio han seguido otras legislaciones caribeñas tributarias de esta Ley.

Esta es la línea que siguen los PU (art. 2.1.2), los PECL (arts. 2:201), el DCFR (art.II-4:201) y la CESL (art. 31.1); aunque requieren que la propuesta que constituye una oferta tenga los términos suficientemente definidos, o que sea suficientemente precisa, no hacen ninguna enumeración respecto a qué cuestiones debe contener la oferta, lo que deja la puerta abierta a la utilización de diversas técnicas de integración del contrato basadas en los usos y prácticas comerciales y en el criterio de la razonabilidad. Incluso admiten la determinación unilateral del precio o de cualquier otro elemento contractual por una de las partes contratantes o por un tercero, de modo que si la parte que procede a dicha determinación se excediera de sus poderes, el contrato no devendría nulo, sino que se corregiría por un precio razonable por parte

de los tribunales, y en caso de que la persona habilitada para concretar el precio no cumpla su obligación, se entendería que los contratantes han legitimado al juez para hacerlo.

Esto contrasta aparentemente con la mayor rigidez propia de algunos sistemas romano-germánicos, que exigen que el contrato sea completo y contenga todos los elementos esenciales (art. 1.108 CC francés y dominicano) o condiciones del contrato (art. 1.522 CC guatemalteco). El art. 14 del Anteproyecto de Reforma del Derecho de francés de obligaciones de 2013 exige que la oferta tenga los elementos esenciales del contrato, al igual que el art. 845 CCom colombiano, de modo que no se precisen posteriores acuerdos entre las partes para dar nacimiento al contrato. De este modo, a la oferta solo le faltaría la aceptación del destinatario para que el contrato fuera vinculante.

No obstante, la aparente rigidez de los sistemas continentales quiebra en algunos países, pues se presume que el contrato puede existir pese a la ausencia de acuerdo sobre alguno de los elementos esenciales. En este sentido, se admite que la concreción de algunos elementos se difiera a un momento posterior, siempre que las bases de esa determinación ulterior hayan sido fijadas en la propuesta de contratar. Incluso un elemento esencial como es el precio también puede ser determinado *a posteriori*, por referencia al de una cosa cierta, o por un tercero (art. 1.592 CC francés y dominicano) o por remisión a la cotización en bolsa o mercado.

> Ejemplo 2: La empresa jamaicana A ofrece a la empresa B la venta de 50 cabezas de ganado bovino para la granja que B posee en Puerto España (Trinidad y Tobago) o la cantidad de cabezas de ganado bovino que B necesite esta temporada, al precio corriente en la feria del ganado de Kingston en la fecha de la entrega, o al precio habitual entre las partes o a un precio razonable. Aunque algunos elementos de la oferta no están determinados, nada impide su determinación *a posteriori*

Tampoco es un impedimento para la perfección del contrato el que las partes dejen algunas cuestiones abiertas en el Derecho holandés y surinamés, cuyo art. 6:227 CC solo exige que las obligaciones que asumen las partes sean determinables; o para el CCom mexicano, que prevé reglas para integrar los términos no precisados por las partes, como la especie y calidad de las mercancías a entregar o los plazos para el cumplimiento (arts. 83 y 87), al igual que hacen el art. 421 CCom costarricense, el art. 101 CCom nicaragüense, los arts. 219, 223.3º y 227 CCom panameño y el art. 138 CCom venezolano.

Incluso un texto normativo como el CV, que parece responder al modelo de rigidez de los sistemas continentales, al enumerar detalladamente los elementos que debe

contener la oferta, se acerca al modelo del *common law* a través de la admisión de alguna forma de determinación posterior de los elementos contractuales. Su art. 14 indica que para que la oferta sea suficientemente precisa debe indicar las mercaderías y señalar expresa o tácitamente la cantidad y el precio. La falta de alguno de estos términos implicaría la inexistencia de oferta y conduciría a una mera invitación a ofrecer. No obstante, esta exigencia se relaja al admitir la existencia de oferta si se ha previsto algún medio para determinar el precio. El momento y lugar de entrega de las mercaderías se determinará de conformidad con los arts. 31 y ss.; el momento y lugar del pago del precio, según los arts. 57 y 58. Incluso los elementos esenciales, como la cantidad, pueden ser objeto de una determinación implícita y resultar de acuerdos preexistentes o de los usos individuales o de las prácticas existentes entre las partes, si con anterioridad se han servido reiteradamente pedidos de la misma cantidad. En definitiva, se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes.

> Ejemplo 3: La empresa constructora de automóviles A con sede en Free Town (Bahamas) mantiene relaciones contractuales con el fabricante de piezas automovilísticas estadounidense B desde hace varios años. Habiendo decidido ampliar su negocio, decide abrir una sucursal en Nassau, por lo que envía una oferta a B para que le suministre las mismas piezas en la sucursal de Nassau. La oferta no precisa ni la cantidad de piezas ni el precio de las mismas, pero B acepta la oferta. Puede entenderse que el contrato se ha concluido, porque los términos que no constan en la oferta pueden integrarse conforme a las prácticas establecidas entre las partes en sus relaciones contractuales precedentes.

A través de estas vías que facilitan la integración de los elementos de la oferta que no hayan quedado precisados a través de la intervención judicial se produce una cierta aproximación entre los dos modelos; de ahí que estos Principios opten por una aproximación flexible al concepto de oferta. Sin embargo, tratándose de una cuestión de interpretación no cabe descartar ciertas oscilaciones que tienen que ver con las distintas tendencias en el ámbito general de la interpretación del contrato, que se mencionan en la sección primera del capítulo 4 de estos Principios. Por eso, en los supuestos en que la oferta deje determinados términos abiertos, si la parte no quiere dejar duda del carácter vinculante de su oferta, deberá asegurarse de que esta intención queda suficientemente clara.

2. La voluntad de quedar vinculado como requisito subjetivo de la oferta

Para que la propuesta se considere oferta, debe evidenciar la intención seria del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación (art. 14.1º CV; art. 2.1.2 PU; art. 2:102 PECL; art. II-4:201 DCFR). No obstante, ningún texto normativo indica qué

palabras debe emplear el oferente, admitiéndose cualquier fórmula. La oferta debe hacerse con seriedad y con carácter definitivo; si se hace con reservas o salvo confirmación, no constituirá una verdadera oferta. Por eso, la inclusión de una cláusula del tipo "salvo confirmación", "salvo aprobación" o "sin compromiso", implica la voluntad del oferente de no quedar vinculado y de provocar la vinculación del destinatario, en caso de que acepte. Este tipo de cláusulas son conocidas bajo las expresiones "*sans engagement*", "*senza impegno"*, "*without obligation*", "*subject to agreement*" o "*freibleibend*".

No son ofertas las declaraciones que se efectúan con un propósito puramente informativo o con la intención de animar a la parte a la que se dirigen a hacer una oferta, pues no conllevan la intención de vincularse con el contrato. En cambio, sí constituyen ofertas las propuestas que contienen cláusulas que limitan el alcance de alguno de los elementos de la oferta, al someterlo a alguna circunstancia que le puede afectar, como "salvo falta de existencias" o "salvo variación del precio". Esta limitación de cubrir la demanda del producto o servicio hasta donde llegue la capacidad del proveedor del servicio o hasta que se agote la remesa de bienes de que dispone el empresario ha sido prevista en el art. 849 CCom colombiano como una forma de terminar la oferta por justa causa. También se prevé en el art. II-4:201 DCFR, para indicar que, aunque la declaración esté contenida en un catálogo o en un anuncio público, se considerará oferta. En todo caso, si el proponente no desea quedar vinculado por una propuesta de este tipo, para no dejar lugar a dudas sobre su verdadera intención, conviene añadir a la propuesta las cláusulas de no vinculación a las que se ha hecho referencia antes.

Averiguar la intención de contratar del oferente es una cuestión de interpretación que se resolverá conforme a las reglas generales de interpretación contenidas en la sección primera del capítulo 4 de estos Principios, que según la tradición jurídica puede admitir un margen de oscilación. Así, en el Derecho inglés una oferta debe ser interpretada no subjetivamente, por referencia a lo que actualmente pasa por la mente del oferente, sino objetivamente, por referencia a la interpretación que haría una persona razonable colocada en la misma posición que el destinatario de la oferta [*Centrovincial Estates plc v Merchant Investors Assurance Co Ltd* (1983), Com LR 158]. Para concluir un contrato por intercambio de promesas entre dos partes, donde la promesa de cada una de ellas constituye la consideración para la promesa de la otra, es necesario que la intención de cada una de ellas coincida, tal y como ha sido comunicada y entendida por la otra parte, incluso aunque lo que ha sido comunicado no represente el estado actual de la mente del comunicante [*Paal Wilson & Co A/S v Partenreederei Hannah Blumenthal (The Hannah Blumenthal)* (1983), 1 All ER 34]. Solo si la confianza generada

en la otra parte es injustificada, porque no podía desconocer la verdadera intención del declarante, podrá desvincularse del contrato *(Hartog v Colin & Shields* (1939), KB 27 All ER 566).

Las codificaciones romano-germánicas son más proclives a la interpretación subjetiva, de modo que su regla básica consiste en que nadie quedará vinculado por un contrato que no ha tenido intención de concluir (art. 1.156 CC francés y dominicano; art. 681 CCom guatemalteco; art. 713 CCom hondureño). No obstante, existen excepciones a esta regla general que acercan estos sistemas a la interpretación objetiva, basada en la percepción de las declaraciones por la contraparte, pues no puede perderse de vista que en estas codificaciones rige el principio de buena fe que preside las negociaciones contractuales y que conduce a la protección de la confianza que se genera en el destinatario. Esto explica el que se pueda exigir algún tipo de responsabilidad por daños si la actuación del oferente hubiera sido negligente.

La regulación contenida en el artículo 2.1.2 de estos Principios debe ponerse, pues, en relación con las reglas de interpretación de las declaraciones de las partes, especialmente con el artículo 4.1.2. En tal sentido, debe partirse de un criterio interpretativo según el cual la intención de las partes debe valorarse a la luz del sentido que una persona razonable de la misma condición que las partes habría dado a sus declaraciones en circunstancias similares, pudiendo recurrirse a los indicios señalados en el mismo precepto, y que permite abarcar las distintas culturas interpretativas presentes en el ámbito legal caribeño.

CÁUSULAS RELATIVAS A LA VINCULACIÓN DE LA OFERTA

En todo caso, serán las reglas de interpretación del contrato las que determinen si la propuesta constituye o no una oferta. Para evitar dudas sobre el carácter vinculante de la propuesta, dependiendo de que contenga o no todos los elementos esenciales del contrato, conviene que el proponente que no desee quedar vinculado por la propuesta indique claramente que no constituye oferta contractual y que no quedará vinculado por ella, aunque se produzca la aceptación de todos los términos por la otra parte. Este efecto se conseguiría con una cláusula del tipo:

> "*Esta propuesta no es una oferta de contrato, por lo que no resultará vinculante para el proponente aunque fuera aceptada en su totalidad por la parte a quien se dirige*".

Por el contrario, si desea quedar vinculado por el contrato, conviene que prevenga posibles incertidumbres sobre si su propuesta constituye o no una oferta, a través de una redacción precisa, que incluya todos los extremos que debe contener el contrato para ser válido o previendo la forma de concretar aquellos elementos que no han quedado definitivamente cerrados, así como haciendo referencia expresa a su intención de quedar vinculado por la declaración.

Artículo 2.1.3: *Oferta e invitatio ad offerendum*

1. **La oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas.**
2. **Una propuesta dirigida al público no constituirá oferta, salvo que así lo haya dispuesto el oferente o lo indiquen las circunstancias.**
3. **Las circunstancias indicadas en el apartado anterior concurren, en particular, en el caso de exposición de bienes y servicios en un espacio físico o virtual. Se presume en tal caso que la oferta se mantiene hasta que se agoten las mercancías almacenadas o las posibilidades de prestar el servicio.**

COMENTARIO:

1. Propuestas hechas a personas determinadas y al público en general

La distinción entre ofertas e invitaciones a hacer ofertas es importante. La oferta tiene carácter vinculante para el oferente, obligándolo a contratar si el destinatario acepta, en los términos ofertados en la propuesta. Por el contrario, la *invitatio ad offerendum* no vincula al oferente, que puede desistir de la conclusión del contrato.

Por regla general, la propuesta dirigida a una o varias personas determinadas constituye una oferta si se cumplen los demás requisitos. La determinación del destinatario de la oferta se cumple siempre que la persona esté individualizada, lo que puede hacerse indicando sus datos personales, aunque basta con que el destinatario sea determinable. Sin embargo, hay casos en que los destinatarios de la propuesta están bien determinados a través de su nombre y apellidos o razón social y, en cambio, suscita dudas su admisión como oferta. Así sucede cuando se envían catálogos, prospectos, folletos, o listas de mercancías con sus correspondientes precios, ya sea

por correo o por otros medios publicitarios, como el *mailing,* a un número significativo de personas. Se considerarán invitaciones a hacer ofertas si según los usos del comercio internacional estos envíos tienen un propósito publicitario, cuya finalidad es dar a conocer un producto e inducir al destinatario a que realice propuestas para contratar, sin que el remitente tenga voluntad de contratar, salvo que conste su intención de quedar vinculado.

El art. 14.2º CV dispone que serán invitaciones a hacer ofertas las propuestas no dirigidas a una o varias personas determinadas, lo que se ha interpretado en el sentido de entender estos envíos como publicitarios y no como ofertas contractuales: así se protege al proponente, pues se impide que quede obligado frente a una avalancha de pedidos, aunque este objetivo podría lograrse también a través de la inclusión en la propuesta de cláusulas de salvaguardia que protejan al oferente, como "hasta agotar las existencias". Los casos de *restricted mailing list* se consideran ofertas vinculantes, según el art. 92.2º del CCom nicaragüense, que establece la cautela de que al tiempo del pedido no se haya producido alteración del precio y que existan mercancías en el domicilio del oferente. También el DCFR y los PECL admiten que estas comunicaciones publicitarias son ofertas contractuales [art. 2:201 (3) PECL y art. II-4:201 (3) DCFR]. De todos modos, estas normas establecen solo una presunción, pues el anuncio puede indicar una intención diferente o deducirse así de las circunstancias. Lo mismo podría decirse, salvando las diferencias, de los PU, que ni siquiera mencionan a los destinatarios de la oferta, pues el hecho de dirigir la propuesta a un público indeterminado no indica que no exista oferta. Habrá que estar, por tanto, a la interpretación basada en las circunstancias del caso, tal y como sugiere el apartado segundo del art. 2.1.3 de estos Principios.

> Ejemplo: Para dar a conocer sus variedades de café verde y tostado, un empresario nicaragüense envía a numerosos empresarios costarricenses, identificados con su nombre y dirección, catálogos de sus productos indicando el precio de los mismos y destacando sus cualidades. En la propuesta también incluye la cláusula "hasta agotar existencias". Aunque en algunos sistemas jurídicos vinculados por el CV la propuesta tiene carácter publicitario, la inclusión de la cláusula permite interpretar que se trata de una oferta contractual.

Más polémica suscitan las propuestas hechas al público en general y no a una o varias personas determinas. Algunos países tratan de proteger al proponente frente a una avalancha de pedidos y consideran que las ofertas hechas al público en general no son vinculantes, sino que tienen una función comercial: no evidencian la intención seria y suficientemente definida de quedar vinculado por un contrato. Así se concibe en el *common law*, salvo que el proponente indique lo contrario [*Pharmaceutical Society of*

Great Britain v Boots Cash Chemist (Southern) Limited (1955), 1 QB 401, 1 All ER 482; *Fisher v Bell* (1960),1 QB 345, 3 All ER 731 (CA); *Partridge v Crittenden* (1968), 1 WLR 1204]. No obstante, hay decisiones en el *common law* que elevan estas propuestas hechas al público a la categoría de ofertas [*Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* (1893), 1 QB 256 (CA); *Billings v Arnott* (1945), 80 ILTR 50 (HC); *Lefkowitz v Great Minneapolis Surplus Store* (1957), 251 Minn. 188, 86 NW 2d 689]. También siguen este planteamiento el art. 847 CCom colombiano y el art. 92.1º CCom nicaragüense. El art. 14.2º CV admite asimismo que el oferente disponga otra cosa, en cuyo caso la propuesta será una oferta siempre que concurran los demás requisitos de precisión de los términos esenciales.

En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, las propuestas hechas al público con indicación de precio a través de anuncios en los medios de información y comunicación son consideradas ofertas, si contienen el precio o los elementos esenciales (art. 720 CCom hondureño; art. 206 CCom panameño; art. II-4:201 DCFR; art 2:201 PECL; art. 14 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013). La jurisprudencia francesa se muestra vacilante al respecto. En los Países Bajos no hay una regla establecida legalmente, aunque en general se admite que la propuesta pública de vender bienes o prestar servicios a un precio determinado es una oferta hasta donde llega la capacidad del prestador del servicio o hasta que queden bienes.

Ambas posiciones contrapuestas, al final, se acaban acercando, ya que son las circunstancias del caso y la intención del oferente las determinantes de una u otra solución. El hecho de que la propuesta esté contenida en una página web con contenido comercial dirigido al público en general no modifica estas reglas, pues en el marco del *common law* se van a considerar como invitaciones a ofrecer, salvo indicación contraria en la propia página web, y en los sistemas continentales como ofertas si contienen los demás elementos esenciales del contrato. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta por el oferente si no quiere quedar obligado a cumplir los términos de su propuesta cuando recaiga la aceptación.

Ante la diversidad de planteamientos respecto a la consideración de las propuestas hechas al público como ofertas vinculantes o no, lo más recomendable es que el proponente adopte cautelas para no quedar vinculado de manera sorpresiva si la ley reguladora del contrato atribuye a estas propuestas el carácter de ofertas vinculantes. Si el proponente no tiene intención de vincularse por el contrato, debe dejar claro que la propuesta no es una oferta y, en caso de querer quedar vinculado, es recomendable que se proteja frente a una avalancha de peticiones incluyendo una condición o cláusula de salvaguardia “hasta agotar existencias”.

2. Exposiciones de mercancías en vitrinas, mostradores y otras dependencias de los establecimientos con indicación de precio

En algunos sistemas jurídicos, las exposiciones de bienes en escaparates o vitrinas indicando su precio se consideran o presumen ofertas vinculantes (art. 848 C.Com colombiano; art. 206.2º CCom panameño; art. 2:201 PECL; art II-4:201 DCFR). De este modo, si se ha asignado al producto un precio equivocado a la hora de ponerlo en la vitrina, el cajero está obligado a vender el producto al precio fijado. Dado el carácter vinculante de estas exhibiciones, el oferente queda protegido en el art. 849 CCom colombiano, al prever que si se hubieran acabado las mercaderías en el momento de la aceptación se entenderá terminada la oferta por una justa causa.

En el *common law* se parte de la posición contraria: la presentación de mercancías en tiendas y mercados no se considera más que una invitación a hacer una oferta [*Fisher v Bell* (1961), 1 QB 394-399; (1960) 3 All ER 731-733; *Pharmaceutical Society of GB v Boots Cash Chemist (Southern) Ltd* (1952), 2 All ER 456]. Pese a ello, ha habido casos en que se ha considerado que la exposición de bienes en un autoservicio constituía una oferta [*Lasky v Economy Grocery Stores* (1946), 319 Mass 224, 65 NE 2d 305; *Chapelton v Barry* UDC (1940), 1 All ER 356]. También el art. 14.2º CV considera estas propuestas como invitaciones a hacer ofertas, ya que constituyen una propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas. La exhibición es una forma de indicar que el producto está disponible y cuál es su precio, de modo que la adquisición del producto por el destinatario es lo que constituiría la oferta, que, en este caso sería de compra y no de venta. Conforme a este planteamiento, el cajero no tendría ninguna obligación de vender el producto expuesto a ningún cliente ni, por tanto, tendría que vender el producto con un precio erróneamente etiquetado.

Los Principios OHADAC han optado por establecer una regla flexible en el apartado tercero del art. 2.1.3, que partiendo de la negación de la oferta en estos casos admita una interpretación contextual. Una vez más, ante la diferente consideración que reciben estas ofertas como vinculantes o no, es recomendable que el oferente deje constancia de forma expresa de que la comunicación comercial no vinculará al que la efectúa y que su aceptación ulterior es imprescindible, a fin de evitar resultados indeseados.

Artículo 2.1.4: *Eficacia de la oferta*

1. La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

2. Cualquier oferta podrá retirarse, si la notificación de la retirada llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

COMENTARIO:

Se admite generalmente que la oferta surte efectos cuando llega al destinatario, comunicándosela verbalmente o por escrito, o bien sea personalmente en su domicilio o residencia habitual; de lo contrario el destinatario no puede conocer la intención del oferente de vincularse por el contrato. Esta teoría de la recepción, que presupone que el destinatario conoce la oferta por el hecho de que la haya recibido, ha sido recogida expresamente en el art. 15.1 CV y en el art. 2.1.3 PU. La regla contenida en el apartado primero del art. 2.1.4 sigue, por lo demás, los criterios generales establecidos en el art. 1.3 de estos Principios.

No obstante, hasta que no recaiga la aceptación, el oferente no estará vinculado por el contrato. Por tanto, es posible que cambie de opinión respecto a su voluntad de celebrar el contrato en el periodo de tiempo que media entre la emisión de su declaración de voluntad y su llegada al aceptante. El apartado segundo del artículo 2.1.4 recoge este derecho de emitir otra declaración de voluntad de signo contrario, tendente a anular o extinguir la primera propuesta formulada en la oferta, que se conoce como "retirada de la oferta". Su eficacia es admitida de forma generalizada, ya que forma parte de la amplia libertad de que goza el oferente respecto de su propuesta.

Por definición, no es factible la retirada de la oferta en los casos en que su emisión se haya realizado en presencia del destinatario o utilizando un medio de comunicación instantáneo, como el teléfono, pues no es posible que la retirada de la oferta llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta misma. La retirada de la oferta es posible siempre que el oferente haga llegar esta comunicación al destinatario al mismo tiempo o antes que la oferta. Si lo hace después, se trataría de una revocación (art. 1.010.1º CC costarricense; art. 1.808 CC mexicano; art. 2.450 CC nicaragüense; art. 15.2º CV; art. 2.1.3 PU; art. 1:303 PECL; art. 15 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013). En todo caso, es aconsejable dejar indicada esta posibilidad en la propia oferta.

La retirada de la oferta es independiente de su carácter revocable o irrevocable, ya que la irrevocabilidad de la oferta presupone que la oferta es perfecta, por haber llegado al destinatario, mientras que la retirada presupone que la oferta aún no ha adquirido su fuerza vinculante al no haberle llegado al destinatario. No obstante, en los sistemas de

common law, aunque se conocen los términos *withdrawal* y *revocation*, no se distinguen estos dos momentos y solo se prevé la posibilidad del oferente de dejar sin efecto su primitiva declaración de voluntad.

Artículo 2.1.5: *Revocación de la oferta*

1. **La oferta puede ser revocada si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación.**
2. **Sin embargo, la oferta no podrá revocarse si establece un plazo de irrevocabilidad o el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha comenzado a realizar actos de ejecución del contrato.**
3. **Cuando la oferta establece un plazo de aceptación se presume que dicho plazo implica un plazo de irrevocabilidad, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.**

COMENTARIO:

La revocación consiste en cancelar la oferta en el periodo que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato. Se plantea en el momento en que la oferta ya es efectiva, por haber llegado al destinatario. El proceso de formación del contrato ya está abierto, por lo que cobra ahora protagonismo el destinatario. Si el destinatario la acepta, el contrato se entenderá concluido; si la rechaza, la oferta decaerá.

En los países del *common law* no se distinguen estos dos momentos, sino que simplemente se prevé la posibilidad del oferente de dejar sin efecto su primitiva declaración de voluntad en cualquier momento antes de la aceptación de la oferta. En estos sistemas la revocabilidad es consustancial a la oferta, pues la irrevocabilidad implicaría una obligación del oferente sin *consideration* por parte del aceptante (secciones 42, 43 y 47 *Restatement Second of Contracts*). Algunos sistemas caribeños de tradición romano-germánico siguen esta misma regla (art. 6:219 CC holandés y surinamés; art. 87 CCom nicaragüense; art. 1.137.4º CC venezolano). No obstante, en estos sistemas la facultad de revocación se somete a exigencias de comunicación al aceptante que limitan su eficacia: si cuando el aceptante remite su aceptación aún no ha recibido la notificación de la revocación de la oferta, esta será ineficaz, pues

prevalece la aceptación [*In Re Imperial Land Company of Marseilles, ex parte Harris* (1872), LR 7 Ch. App. 587; *Byrne & Co v Leon van Tienhoven* (1880), 5 CPD 344; *Re London & Northern Bank* (1900), 1 Ch. 200]. El principio de libertad de forma que rige para la emisión de la oferta está presente también para su revocación, pudiendo efectuarse mediante el empleo de cualquier palabra (arts. 1.2 y 1.9 PU); incluso la jurisprudencia del *common law* admite la revocación mediante la venta a un tercero. Lo que no parece suficiente es que la noticia de la revocación llegue al aceptante a través de terceras personas no autorizadas por el oferente, aunque en el *common law* basta con que la noticia de la revocación venga de una fuente fiable.

El principal problema que plantea la revocación es la fijación del límite temporal a partir del cual ya no puede el oferente ejercer este derecho. En el *common law* y en el Derecho holandés dicho momento se fija en el de la remisión de la aceptación por el aceptante (art. 6:219.2º CC holandés y surinamés; art. 16.1º CV; art. 2:202 PECL; art. 32.1º CESL). En cambio, el art. 1.137.4º CC venezolano amplía el plazo en el que se puede ejercer la revocación hasta que la aceptación haya llegado a conocimiento del oferente.

Otros sistemas establecen la irrevocabilidad como principio, al menos durante un tiempo determinado, ya sea el estipulado en la propia oferta como plazo para aceptar, ya sea por un tiempo prudencial, pues se parte de la idea de que cuando una persona hace una declaración de voluntad se genera un vínculo que lo obliga (art. 846 CCom colombiano; art. 443 CCom costarricense; art. 317.1º CC cubano; art. 1.521 CC guatemalteco; art. 718 CCom hondureño; art. 1.804 CC mexicano; art. 89 CCom. nicaragüense; art. 2.453 CC nicaragüense; art. 204 CCom panameño; art. 1.137.5º CC venezolano). En la misma línea se sitúan algunos ordenamientos, como el Derecho holandés y surinamés, cuando la propia oferta incluya un periodo para su aceptación o prevea que es irrevocable [sección 2-205 UCC; art. 16 CV; art. 2.1.4 (2) (a) PU; art. 2:202 PECL; art. II-4:202 (b) DCFR; art. 32.3º CESL; art. 16 Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones francés de 2013]. Incluso en algunos ordenamientos jurídicos se admite la autonomía de la oferta en caso de fallecimiento del oferente, salvo que resulte lo contrario de las circunstancias, de la voluntad del oferente o de la naturaleza del negocio (art. 846 CCom colombiano; art. 1.014 CC costarricense; art. 6:222 CC holandés y surinamés; art. 718 CCom hondureño; art. 1.809 CC mexicano; art. 2.454 CC nicaragüense; art. 213 CCom panameño). En cambio, el art. 18.2º del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 prevé la caducidad de la oferta por fallecimiento de su autor, al igual que el art. 1.528 CC guatemalteco, si el proponente fallece antes de recibir la aceptación o si el aceptante fallece antes de haber aceptado.

Esta idea de fijar un plazo para la aceptación está muy extendida en los sistemas romano-germánicos, especialmente en los códigos de corte germánico, para los que la previsión de un plazo de aceptación de la oferta tiene un doble efecto: por un lado, impide que se pueda aceptar con posterioridad a esa fecha y, por otro, se constata la existencia de una promesa de no revocación de la oferta durante la vigencia de ese plazo, lo que equivale a considerar estas ofertas como irrevocables. En cambio, el Derecho anglosajón y parte de la doctrina continental estiman que la previsión de un plazo para la aceptación solo indica que, pasado ese periodo de tiempo, ya no cabe aceptar la oferta, sin que ello constituya una causa de irrevocabilidad. Para la jurisprudencia francesa la revocación de la oferta en estos casos impide que se concluya el contrato, pero genera responsabilidad por daños y perjuicios a cargo del oferente.

> Ejemplo 1: La empresa A con sede en Belice ofrece a la empresa estadounidense B la venta de cierta cantidad de madera de caoba en unas condiciones y a un precio determinados, pero incluye en la oferta una cláusula en virtud de la cual dichas condiciones solo serán válidas hasta una fecha concreta. Dependiendo del sistema jurídico aplicable al contrato, tal cláusula puede conducir a que se considere la oferta como irrevocable o que, por el contrario, se entienda que, pasado ese plazo ya no cabe la aceptación de la oferta.

También los ordenamientos jurídicos de los territorios OHADAC admiten el principio de confianza como una razón para convertir una oferta en irrevocable. Esto es, se considerará irrevocable la oferta si el destinatario puede creer razonablemente que se trataba de una oferta irrevocable y ha actuado en función de dicha oferta, contratando o haciendo ofertas de contrato con terceras personas. Si el oferente, con su comportamiento o sus declaraciones, induce al destinatario a confiar en el carácter irrevocable de la oferta, debe protegerse esta confianza, pues una revocación de la oferta faltaría a la buena fe o a lo que la jurisprudencia norteamericana conoce como *promissory estoppel*. En este sentido, incluso los tribunales ingleses, poco proclives a reconocer la buena fe negocial o la doctrina del *estoppel* para exigir obligaciones no contratadas, admiten la irrevocabilidad de la oferta en los casos en que, en un contrato unilateral, se han comenzado ya los actos de ejecución del contrato por el aceptante [*Daulia Ltd v Tour Millbank Nominees Ltd* (1978), Ch 231].

La regla contenida en el art. 2.1.5 de estos Principios sigue la línea más reconocida en la mayoría de los sistemas y se formula con la flexibilidad suficiente para que se puedan alcanzar soluciones equilibradas y admisibles por todas las culturas jurídicas representadas en el Caribe. Finalmente, los criterios de interpretación jugarán un papel importante a la hora de determinar si, efectivamente, la conducta o

declaraciones del oferente pueden inducir a una persona razonable colocada en la misma posición que el destinatario a considerar que la oferta era irrevocable. En este sentido, es perfectamente posible que en un contrato entre dos partes establecidas en Estados tributarios del *common law* la práctica comercial y los usos jurídicos permitan interpretar con mayor facilidad que las partes se representaron la revocabilidad de la oferta realizada con un plazo de aceptación, mientras que la interpretación puede resultar a la inversa si ambas partes se ubican en sistemas romano-germánicos. En los casos mixtos, no puede olvidarse el principio general del Derecho internacional privado de que una parte siempre puede esgrimir la ley de su residencia habitual para demostrar que no ha dado su consentimiento si se estimara irrazonable, dadas las circunstancias, aplicar el criterio contrario de conformidad con la ley aplicable al contrato, incluidos los presentes Principios [*ad ex.* art. 10.2º del Reglamento (UE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)].

El carácter irrevocable de la oferta implica que si el destinatario acepta existirá contrato y no solo se podrá exigir la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. En esta misma línea se sitúa el ordenamiento jurídico cubano, que dispone que carecerá de efectos la revocación en tales casos (art. 318.2º CC cubano). Los textos internacionales prevén la irrevocabilidad de la oferta en los casos en que el destinatario tuviera motivos para pensar que la oferta era irrevocable y hubiera actuado en consecuencia [art 16.2º (b) CV; art. 2.1.4:2 (b) PU; art. 2:202 (3) PECL; art. II-4:202 (3) DCFR; art. 32.3º CESL]. En cambio, otras codificaciones que admiten el carácter revocable de la oferta prevén que si la notificación de la revocación llega al aceptante después de que haya realizado actos de ejecución del contrato, se le deberá indemnizar por los perjuicios (art. 208 CCom panameño; art. 113 CCom y art. 1.139.3º CC venezolanos).

> Ejemplo 2: La empresa arubeña A le propone a la empresa venezolana B la construcción de un complejo residencial en Oranjestad a un precio determinado. B solicita un plazo de un mes para hacer las maquetas y valorar la rentabilidad del proyecto. A acepta y B comienza con las tareas proyectadas. Durante el plazo de un mes A está obligado a mantener la oferta. Si procediera a revocarla durante ese periodo de tiempo, la respuesta jurídica variará dependiendo del ordenamiento jurídico aplicable (carecerá de efectos u obligará a indemnizar por los perjuicios).

Ante la diversidad de soluciones respecto a la admisibilidad o no del carácter revocable de la oferta, es recomendable en todo caso que se indique en la propia oferta si esta tiene carácter revocable o no, aunque la posibilidad de convertir en irrevocable la oferta por voluntad unilateral del oferente no está permitida en el *common law*, por la exigencia de *consideration*. Por tanto, hasta la perfección del contrato, el oferente

podría revocar su oferta (sección 42 *Restatement Second of Contracts*). La única posibilidad de hacer la oferta irrevocable es que el destinatario entregue una contraprestación para que la oferta siga en pie, o que se haga una promesa *under seal*, aunque el UCC ha evolucionado hacia posturas más flexibles. La consecuencia que se deriva de la irrevocabilidad de la oferta es que si el oferente decide revocarla, a pesar de haber indicado que era irrevocable, esta declaración será ineficaz, por lo que si el destinatario acepta, el contrato se perfeccionaría.

Artículo 2.1.6: *Definición de aceptación*

1. **La aceptación es la adhesión en firme a una oferta.**
2. **La aceptación resulta de una declaración o de un comportamiento del destinatario de la oferta. Este último puede consistir en el comienzo de la ejecución de un contrato por el destinatario de una oferta.**
3. **El silencio o la inactividad, por sí solos, no constituyen aceptación.**

COMENTARIO:

1. Forma expresa y tácita de aceptación

Como regla general, la aceptación es el asentimiento del destinatario de la oferta con la intención de quedar vinculado por el contrato proyectado en los términos propuestos (arts. 18.1.1º y 3º CV; art. 2.1.6 PU; arts. 2:102 y 2:204 PECL; art. II-4:204 DCFR). Se puede producir de cualquier manera, ya que rige el principio de libertad de forma (art. 3.1.2 de estos Principios). Lo usual será que se efectúe a través de una declaración de voluntad, oral o escrita, dirigida al oferente indicándole la intención de aceptar la oferta. A diferencia de la regla establecida a menudo en el *common law,* donde se exige que la aceptación se comunique por el mismo medio que se empleó en la oferta, en la mayoría de los sistemas rige el principio de libertad de forma, de conformidad con lo previsto en el art. 3.1.2 de estos Principios. Por tanto, no es necesario utilizar un medio de comunicación concreto, ni siquiera el mismo que haya utilizado el oferente (arts. 2.1.13 PU y 2:205 PECL). Pese a ello, hay cierto consenso al estimar que si el medio utilizado por el oferente es muy rápido, como el télex, el e-mail o el teléfono, no es razonable responder con otro medio mucho más lento, como el correo ordinario, debiendo utilizarse un medio análogo al usado por el oferente. Las reglas de interpretación del contrato pueden servir para atenuar el principio de

libertad de forma en la aceptación. Por otra parte, no es necesario el empleo de unas palabras concretas para que el destinatario dé a conocer su voluntad al oferente, salvo que, excepcionalmente, se haya previsto algo diferente en la oferta, como podría ser la devolución firmada del documento remitido por el oferente.

También puede efectuarse la aceptación a través de la conducta del destinatario, por medio de un comportamiento concluyente, como es el comienzo de la ejecución del contrato en circunstancias que permitan al oferente concluir razonablemente que se produce sobre la base de los términos propuestos (art. 275.3 CCom santaluciano). Según la sección 30 (1) del *Restatement Second of Contracts* en la oferta se puede exigir que la aceptación se realice mediante una respuesta afirmativa por palabras, por una actuación o por una abstención a la ejecución de un acto específico.

2. Silencio como aceptación

Como regla general, se estima que el silencio no constituye aceptación. Si el destinatario de la oferta no hace ni dice nada después de recibir una oferta, no queda vinculado por el contrato, pues antes debe haber una comunicación entre las partes, para que cada una de ellas pueda conocer la intención de la otra [art. 444 CCom costarricense; art. 1.253 CC guatemalteco; art. 713.2º CCom hondureño; art. 18 CV; art. 2:204 (2) PECL; art. II-4:204 (2) DCFR; art. 34.2º CESL]. La misma regla rige en Francia (sentencias de la *Cour de Cassation* de 23 de mayo de 1979 y 3 de diciembre de 1985). También rige esta regla en el *common law,* donde, a pesar de la exigencia de *consideration*, se plantea igualmente el tratamiento del silencio como aceptación, si bien acompañado de ciertos matices [*Felthouse v Bindley* (1862), 11 CB NS 869, 142 ER 1037].

Ahora bien, la regla de partida se va modulando en función de las circunstancias del caso y del contexto social y económico. Los principios de buena fe, seguridad y confianza jugarán más o menos, dependiendo del sistema jurídico en el que se desenvuelva el negocio. En este sentido, el art. 21 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 atribuye valor al silencio cuando así venga establecido en la ley, o por los usos o las relaciones comerciales entre las partes o por las circunstancias particulares. Del mismo modo, los arts. 18.1º CV, 2.1.6 PU, 2:204 PECL y II-4:204 DCFR, al hacer referencia a que el silencio por sí solo no constituye aceptación, permiten entender, *a sensu contrario*, que hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, ya que estas pueden conducir a atribuir al silencio valor de declaración de voluntad positiva o negativa. Al no precisar cuáles son tales circunstancias, se desplaza la responsabilidad de su concreción al intérprete. La necesidad de tener en cuenta las circunstancias del caso se aprecia asimismo en el

common law, donde del contexto se puede inferir que el silencio tiene un significado suficientemente claro para la otra parte, atribuyéndosele excepcionalmente valor de aceptación. Es lo que sucede en los casos en que el oferente ha sido invitado a ofrecer por el aceptante y el silencio ha sido establecido por el aceptante como forma de aceptación [*Alexander Hamilton Institute v Jones* (1924), 234 Ill. App.]. No obstante, parece que en el *common law* no basta que el silencio suscite en la otra parte la confianza o *reliance* de que el contrato ha sido aceptado, sino que se requiere también que, como consecuencia de esa confianza, la otra parte haya comenzado a realizar actos de ejecución del contrato [*Smith-Scharff v P.N. Hirsch Inc* (1988), 754 SW 2d 92]. Así ha quedado recogido en la sección 2-201 (3) UCC, así como en las secciones 87 (2), 90 y 139 del *Restatement Second of Contracts.* Esta tendencia al conductismo o *behaviourism* implica otorgar el mismo o mayor valor a los comportamientos de las partes que a sus declaraciones y se está imponiendo en algunos países (art. 86 CCom nicaragüense, que ni siquiera exige su comunicación al oferente, si el proponente requiere la ejecución inmediata del contrato y no exige previamente la aceptación ni es necesaria conforme a los usos generales del comercio; art. 205 CCom panameño; art. 246 CCom portorriqueño). La aceptación por conducta o hechos concluyentes requiere que estos sean inequívocos, evidentes y claros, como haber pagado el precio estipulado en la oferta, enviar las mercancías, aceptar el cobro del precio, embalar las mercancías, contratar un seguro para el transporte de las mercancías, contratar los medios de transporte, abrir un crédito documentario, alquilar los locales para almacenar las mercancías, obtener las licencias pertinentes, haber dado al banco la orden de realizar la transferencia de fondos, etc. El art. 18.3º CV es una clara muestra de la admisión como aceptación del inicio de la ejecución de un contrato y, además, sin necesidad de que le haya sido comunicado este inicio de la ejecución al oferente. Constituye una excepción a la regla general que se establece en el art. 18.2º CV, que sí requiere comunicación al oferente. En la sección 2-201 UCC y en la sección 54.2 (a) *Restatement Second of Contracts* se exige que el vendedor ponga en conocimiento del comprador la ejecución del contrato, entregando rápidamente los bienes o mediante una notificación que preceda a la llegada de las mercancías. Por tanto, el inicio de la ejecución del contrato por el destinatario es una aceptación que vincula al oferente, siempre que se le comunique el inicio de la ejecución, pues de lo contrario el oferente quedará exonerado de sus obligaciones contractuales.

Entre las circunstancias del caso que pueden conducir a atribuir efectos positivos al silencio se incluye el que entre las partes haya habido unas negociaciones previas. En tal caso, si una de ellas formula una oferta definitiva a la otra, se genera un deber de responder, entendiéndose, en caso contrario, que hay aceptación. En esta línea se

sitúa el art. 1.253 CC guatemalteco o el art. 211 CCom panameño. Así se desprende también de la jurisprudencia estadounidense [*Filanto SpA. v Chilewich Internacional Corp P* (1992), SDNY (DC) 91 Civ. 3253 (CLB), 789 F. Supp. SDNY 1229-1242; *Smith-Scharff Paper Company v PN Hirsch & Co Stores Inc* (1988), Mis. CA 754 SW Rep. 2d Series 928].

> Ejemplo1: En este último caso, era costumbre entre las partes que Smith-Scharf tuviera siempre almacenadas un determinado número de bolsas de papel impresas con el logotipo de P.N. Hirsch, para poder suministrárselas a medida que se hacían los pedidos. Cuando Hirsch cesó sus actividades, Smith-Scharf tenía en su poder el número habitual de bolsas, cuya compra reclamó a Hirsch y el tribunal le impuso el contrato.

Se recurre, pues, a las negociaciones previas entre las partes [*Cole-McIntyre-Norfleet Co v Holloway* (1919), 141 Tenn. 679; 214 SW 87]. En estos últimos casos, se entiende que obligar al destinatario a tener que contestar implicaría una carga mayor para él. Se debe tener en cuenta asimismo que el propio aceptante indique que se considerará que la oferta es aceptada si no se dice lo contrario en un cierto periodo de tiempo. Estas máximas están recogidas en el *Restatement Second of Contracts*, que prevé en su sección 69 la aceptación por silencio en una serie de supuestos excepcionales: cuando el oferente ha dado razones al aceptante para entender que su asentimiento puede producirse por silencio o inactividad y el aceptante considera que al permanecer en silencio o inactivo está aceptando la oferta; o cuando, a consecuencia de negociaciones previas entre las partes, es razonable que el aceptante deba notificar al oferente si no desea aceptar. También la jurisprudencia francesa ofrece muestras de cómo la interpretación de los hechos por los órganos jurisdiccionales puede conducir a estimar formado un contrato, pese al silencio de una de las partes.

> Ejemplo 2: Así sucedió en el caso *Hughes c Technocontact,* en el que la sociedad Technocontact hizo una oferta de venta de material eléctrico a la sociedad inglesa Hughes Electronic, que al recibir la oferta solicitó unos cambios en el diseño de las piezas. La sociedad francesa envió el material con los cambios solicitados y la sociedad inglesa se negó a pagar, alegando que no había contestado a la aceptación de las modificaciones por parte de Technocontact. En cambio, el Tribunal francés entendió que el silencio sí implicaba en este contexto aceptación (sentencia de la *Cour de Cassation* 27 de enero 1998).

Es discutible si la renuncia del oferente a que se le comunique la aceptación, esto es, cuando en la oferta se establece que el silencio se considerará asentimiento, puede vincular al oferente. En el Derecho inglés se requiere la comunicación de la intención de aceptar al oferente, aun cuando este le atribuya valor de aceptación al silencio del

destinatario. No obstante, algún sector de la doctrina inglesa admite que, aunque el destinatario de la oferta no queda vinculado al contrato, el oferente sí lo está. De esta manera se protege al destinatario de la oferta, que no tendrá que emplear esfuerzo ni hacer gastos para rechazar la oferta, y aunque él no quede vinculado puede renunciar a su protección para exigir a la otra parte el cumplimiento del contrato. Las mismas consideraciones se desprenden del Derecho norteamericano [sección 69 del *Restatement Second of Contracts*], con base en el principio de confianza en el contenido de la oferta. Ahora bien, no se permite al destinatario que se aproveche de las circunstancias para exigir el cumplimiento del contrato al oferente, porque se ha producido una alteración significativa de los precios de los productos. La doctrina francesa, en cambio, no ve inconveniente en que el destinatario aproveche la situación, si bien habría que salvar el obstáculo del principio de la buena fe, al que tanta importancia atribuyen los tribunales franceses. En cambio, para que el silencio equivalga a aceptación suele exigirse que vaya acompañado de actos de ejecución.

Los usos y prácticas del comercio se toman también en consideración para atribuir valor de declaración tácita al silencio en el *common law* [*Minories Finance Ltd v Afribank Nigeria Ltd* (1995), 1 Lloyd's Rep. 134] y en otros ordenamientos jurídicos. En la misma línea se orienta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 20 de febrero de 1997, *Mainschiffarhts-Genossenschaft c. Les Gravières Rhénanes SARL*).

En ocasiones se prescribe que el silencio se considere como una declaración de voluntad en un sentido o en otro en determinadas circunstancias. Es el caso del art. 19.2º CV para los supuestos en que se produce una modificación no sustancial de una oferta, de modo que si el oferente no protesta con respecto a dichas modificaciones se entiende que acepta que las modificaciones pasen a formar parte del contrato. En el mismo sentido, el art. 21.2º CV también prevé que el silencio respecto a una aceptación que se ha enviado regularmente, pero que ha llegado fuera del plazo de aceptación, convierte dicha aceptación en eficaz, si el oferente no comunica inmediatamente al aceptante que la oferta ha caducado. Igualmente, el art. 729.3º CCom hondureño admite que el silencio equivale a conformidad con el contrato cuyo medio de prueba consista en una póliza o documento emitido por una parte. También hay sistemas que reputan el silencio como aceptación, cuando el contrato resultante deriva en beneficio exclusivo del aceptante, como hace la jurisprudencia francesa, para la que el juez, en su soberana evaluación de los hechos y de la intención de las partes, puede decidir que el silencio del aceptante constituye una aceptación, cuando la oferta haya sido hecha en el interés exclusivo de la parte a quien va dirigida (sentencia de la *Cour de Cassation* de 29 de marzo de 1988).

Artículo 2.1.7: *Plazo de aceptación*

1. **La oferta debe ser aceptada dentro del plazo previsto por el oferente, y si no se ha previsto plazo, dentro del que sea razonable teniendo en cuenta las circunstancias.**
2. **Al término del plazo de aceptación, estipulado o razonable, la oferta se entenderá caducada. La aceptación tardía no surtirá efectos como aceptación, a menos que el oferente renuncie a prevalerse de la caducidad notificando sin demora al oferente que la admite.**

COMENTARIO:

1. Plazo tempestivo para aceptar

La aceptación se debe realizar de manera tempestiva, esto es, dentro de plazo. El carácter tempestivo de la aceptación no plantea problemas en los casos en que la contratación se hace entre presentes o a través de un medio de comunicación instantáneo, como el teléfono, pues la aceptación se producirá de manera inmediata. Así se desprende de la práctica habitual en la contratación (art. 1.011 CC costarricense; art. 850 CCom colombiano; art. 6:222.1º CC holandés y surinamés; art. 1.805 CC mexicano; art. 83 CCom nicaragüense; art. 2.451 CC nicaragüense; art. 202 CCom panameño; art. 110 CCom venezolano).

No obstante, cabe la posibilidad de que el oferente permita al destinatario tomarse un tiempo para reflexionar y emitir con posterioridad su declaración de voluntad, especialmente si para la toma de la decisión el destinatario de la oferta debe contactar con sus suministradores o someter la propuesta a los órganos de representación de la sociedad de la que forma parte (art. 1.011 CC costarricense; art. 853 CCom colombiano; art. 2.451 CC nicaragüense). Este aplazamiento del momento de la declaración de aceptación puede ser producto de las prácticas habituales entre las partes.

Cuando la contratación se realiza entre personas que no se hallan en el mismo lugar y utilizan medios que no permiten la comunicación instantánea, se plantean varios problemas en relación con el plazo de aceptación: hasta qué momento se puede

efectuar la aceptación, cómo se determina dicho plazo, y si lo relevante es que se emita la declaración de aceptación o que llegue al oferente.

Todos los ordenamientos jurídicos coinciden en que el plazo para realizar la aceptación es el fijado por el propio oferente. La fijación de un plazo de aceptación puede hacerse de muy diversas formas, lo que plantea el problema de fijar el momento de inicio y de terminación del plazo. A tal efecto se tendrán en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 1.4 de estos Principios.

En caso de falta de previsión en la oferta de un plazo dentro del cual se debe efectuar la aceptación, algunos países establecen reglas concretas; así lo hace el art. 851 CCom colombiano, que lo fija en 6 días siguientes a la fecha de la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar, y si reside en otro se le añade a ese término el de la distancia. El art. 1.012 CC costarricense y el art. 2.452 CC nicaragüense lo fijan en 3 días si la otra parte se halla en el mismo distrito, 10 días si está en diferente distrito y 60 días si se encuentra fuera del país. El art. 1.806 del CC México establece un plazo de 3 días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta del correo. El art. 111 CCom venezolano lo fija en 24 horas, si las partes viven en el mismo lugar.

Sin embargo, está más extendida la solución por la que optan los sistemas de *common law,* así como el art. 6:221.1 CC holandés y surinamés y el art. 1.523 CC guatemalteco, que prefieren dejar el tema abierto, a través de la remisión a un plazo que se estime razonable, lo que permite una cierta flexibilidad para adaptarse a las circunstancias del caso. Esta es la solución contemplada en el apartado primero del art. 2.1.7 de estos Principios, que se adapta mejor a la variedad y complejidad de las operaciones de comercio transfronterizo. Por lo general, en dicho plazo razonable se incluye tanto lo que tarda la oferta en llegar al destinatario como lo que este necesita para reflexionar y devolver su contestación [art. 112 CCom venezolano; art. 1.137.2º CC venezolano; sección 41 (1) *Restatement Second of Contracts*; art. 18.2º CV; art. 2.1.7 PU; art. 2:206 PECL; art. II-4:206 DCFR; art. 36.3 CESL].

Una vez más, ante la diversidad de opciones posibles y en aras de lograr una mayor seguridad jurídica para ambas partes, lo más recomendable es que el oferente especifique claramente en su oferta cuál es la fecha tope de aceptación, fijando un día concreto, siempre que este sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias.

2. Aceptación tardía

Puede suceder que la declaración del aceptante no llegue al oferente dentro del plazo fijado por el oferente o dentro de uno razonable, bien porque se haya remitido una vez transcurrido dicho plazo, bien porque se hayan producido ciertas irregularidades en el curso de su transmisión, lo que provoca el retraso en su llegada. Cuando la aceptación

es remitida fuera de plazo, no constituye aceptación, pues la oferta habrá caducado (art. 111 CCom venezolano). Por tanto, no permitirá formar el contrato (art. 204.2º CCom panameño, que obliga al oferente a comunicárselo al aceptante). El aceptante es el causante de la caducidad de la oferta, porque no la ha enviado a tiempo. Muchos ordenamientos jurídicos consideran que se trata de una contraoferta, susceptible de ser aceptada por el primer oferente (sección 70 *Restatement Second of Contracts*). Desde esta perspectiva, el contrato se entendería formado cuando el primitivo oferente (ahora destinatario de la contraoferta) acepte. Esta aceptación de la contraoferta podría producirse por el silencio o inactividad del primer oferente, lo que viene rechazado, salvo que se desprenda así de los usos o prácticas (Estados Unidos).

Puesto que la caducidad de la oferta es una regla establecida en interés del oferente, se admite la posibilidad de favorecer la celebración del contrato si el oferente admite la efectividad de la aceptación tardía, bien por su propia iniciativa, bien a petición del aceptante. Este es el sentido del último inciso del art. 2.1.7 de estos Principios (art. 6:223 CC holandés y surinamés; art. 112 CCom venezolano; art. 1.137.3º CC venezolano; art. 21 CV; art. 37.1º CESL). La admisión de la efectividad de la aceptación tardía puede ser muy beneficiosa para el oferente. Por un lado, puede favorecerlo si retrasa la comunicación por la que admite dicha efectividad para especular en el mercado, por si obtiene mejores oportunidades con otros contratantes. Por otro lado, si sus oportunidades en el mercado no son buenas, admitir una aceptación tardía le resulta muy provechoso, aunque con ello perjudique al aceptante, que confiaba ya en que la oferta caducó y en que su aceptación no perfeccionó el contrato. La solución a este problema debe proporcionar un equilibrio de los dos intereses en juego: se puede favorecer la perfección del contrato, siempre que la comunicación del oferente en tal sentido se haga sin demora. Si no se considera este acto como una contraoferta, sino como la admisión de la efectividad de una aceptación tardía, el momento de perfección del contrato se remontará a la aceptación del destinatario de la oferta.

Cabe la posibilidad de que la aceptación se haya emitido dentro de plazo, pero que, por circunstancias que le son ajenas al aceptante, no haya llegado a tiempo al oferente. Entre estas causas pueden incluirse los retrasos en el medio de comunicación elegido, o el hecho de que el propio oferente haya proporcionado una dirección equivocada para causar el retraso de la aceptación. Esta situación es diferente de la anterior, porque, en circunstancias normales, la aceptación habría sido tempestiva, perfeccionando el contrato. De ahí que se tienda a proteger al aceptante no culpable del retraso, presumiendo la formación del contrato, salvo que el oferente manifieste su disconformidad sin demora (art. 6:223 CC holandés y surinamés; art. 21.2º CV; art. 37.2º CESL]. La regla, sin embargo, es fuente de inseguridad jurídica y constituye una

excepción a la teoría de la recepción de difícil acotación en la práctica. En consecuencia, aunque la aceptación resulte tardía por razones ajenas al aceptante, se aplicará la misma regla. Si la tardanza fuera imputable al oferente, este podrá incurrir en responsabilidad no contractual por los daños causados al destinatario, pero no puede considerarse celebrado el contrato a menos que el oferente haya comunicado que admite la aceptación tardía.

> Ejemplo: Un empresario surinamés envía una oferta contractual a un empresario estadounidense estableciendo un plazo de cinco días para la aceptación. El empresario estadounidense contesta pasados ocho días. La admisibilidad de la aceptación tardía depende de la voluntad del oferente, tanto si se considera que es un supuesto de contraoferta (que debe ser aceptada por el primitivo oferente), como si se admite que es un supuesto de aceptación tardía. En todo caso, se recomienda que el oferente comunique sin demora si la acepta o no, para evitar que su falta de oposición a la aceptación tardía induzcan al aceptante a realizar actos de ejecución, que deberían ser indemnizados.

Artículo 2.1.8: *Aceptación con modificaciones*

La aceptación por el destinatario de la oferta que establezca o conlleve términos nuevos o diferentes que modifiquen o condicionen la oferta constituye un rechazo de la oferta inicial y, a su vez, una contraoferta.

COMENTARIO:

La aceptación debe ser congruente con la oferta, puesto que el encuentro de voluntades de la oferta y la aceptación debe recaer sobre los mismos elementos. Esta exigencia de congruencia es interpretada de diferente manera en los distintos sistemas jurídicos. Ciertos sistemas parten de una concepción rígida del encuentro de voluntades a través de las reglas clásicas de la oferta y la aceptación y no admiten que la aceptación contenga modificaciones de la oferta, ampliando o restringiendo sus términos. Cualquier modificación de la oferta será interpretada como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta, que deberá, a su vez, ser aceptada por el primer oferente para que el contrato se perfeccione, invirtiéndose las posiciones de las partes. Esta exigencia de concordancia estricta de la aceptación con los términos en que se ha formulado la oferta es conocida como la *mirror image rule* o regla de la imagen del espejo. Considerar que la aceptación modificativa de la oferta es una contraoferta

traslada al último proponente el peso de la formación del contrato, lo que se conoce como regla del último disparo (*last-shot rule*). Esto permitirá dar por concluido el contrato, si se llega a la conclusión de que tal ha sido la voluntad de las partes, lo que requiere acudir a las reglas de interpretación. El contenido del contrato estará integrado por los términos previstos en la última contraoferta (art. 855 CCom colombiano; art. 444 CCom costarricense; art. 1.010.2º CC costarricense; Exposición de Motivos del CC guatemalteco; art. 6:225 CC holandés y surinamés; art. 1.810 CC mexicano; arts. 87.2º y 90 CCom nicaragüense; art. 2.450 CC nicaragüense; art. 209 CCom panameño; art. 1.137.7º CC venezolano; sección 50 *Restatement Second of Contracts; Zambia Steel & Building Supplies Ltd v James Clark & Eaton Ltd* (1986), 2 Lloyd's Rep. 225*; Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O-Corporation (England) Ltd* (1979), 1 WLR 401; art. 19.2º Anteproyecto de reforma del Derecho de francés de obligaciones de 2013; art. 19.1º CV). No obstante, otros preceptos a menudo permiten invertir el criterio y conducir a la perfección del contrato, sin que tenga que existir una coincidencia plena entre oferta y aceptación. Así se desprende, por ejemplo, del apartado segundo del art. 6:225 CC holandés y surinamés, que permite considerar formado el contrato si la aceptación solo modifica algunos puntos menores, salvo que el oferente se oponga a las diferencias sin demora.

En el polo opuesto se hallan los sistemas que tienen una concepción más flexible del encuentro de voluntades, bastándoles un mínimo acuerdo sobre elementos esenciales del contrato y una menor coincidencia entre la oferta y la aceptación. Tratarían de promover al máximo la perfección del contrato, superando la rigidez de la regla del espejo. Admiten que la aceptación constituye una contraoferta solo si modifica sustancialmente los términos de la oferta. El modelo de esta tendencia es el Derecho norteamericano, en el que se han inspirado los PU y el art. 19.2º CV, pero dicha tendencia se observa asimismo en el Derecho holandés, como se ha puesto de relieve, y en la jurisprudencia de países como Francia, que tienden a un concepto más abierto conforme a las exigencias del comercio internacional. La oferta se configura más bien como una invitación a que la otra parte coopere en la configuración del contenido del contrato [sección 2-206 (1) a UCC]. El contratante que no quiere quedar vinculado tiene la responsabilidad de expresar su no conformidad con dicha aceptación, pues de lo contrario quedará vinculado por el contrato, incluso en contra de su voluntad. La única forma de que no se le vincule al contrato será oponerse sin demora, o dentro de un plazo razonable, o advertir en la propia oferta que solo admitirá la aceptación coincidente con los términos previstos en la oferta [art. 19.2º CV; art. 2.1.11 PU; art. 2:208 PECL; art. II-4:208 (2) DCFR; art. 38.4º CESL; sección 2-207 UCC; *Roto-Lith Ltd v F.P. Barlett & Co* (1962), 297 F 2d 497, 1st Cir]. Si el oferente tiene la precaución de

salvar su voluntad contractual de este modo, se entenderá que el contrato no queda perfeccionado. Si la contraparte ha comenzado a realizar actos de ejecución, en la creencia de que el contrato sí se había formado, no habrá contrato y se prevén remedios compensatorios. En cambio, si el oferente no objeta nada o lo hace fuera de tiempo, sí se considera formado el contrato, con los términos de la oferta más las adiciones incorporadas por la declaración de aceptación modificativa. En todo caso, si no hay un consenso suficiente sobre los elementos básicos del contrato, se entenderá que este no se ha concluido. Así se establece en la sección 2-207 UCC, que considera que hay una aceptación definitiva y tempestiva aunque contenga términos adicionales o diferentes de los que se contenían en la oferta.

Pero, aun admitiéndose generalizadamente este punto de partida, se revela una diferencia importante entre el UCC norteamericano, de un lado, y el CV las nuevas tendencias legislativas, de otro. La sección 2-207 (2) y (3) UCC permite la perfección del contrato, aunque las modificaciones a los términos de la oferta sean sustanciales. En cambio, en el CV y en las nuevas tendencias legislativas solo será posible la perfección del contrato si la aceptación no conlleva una modificación sustancial de los términos del contrato. Por tanto, cuando la aceptación altere sustancialmente la oferta, o cuando la oferta se condiciona a la aceptación por el destinatario de todos sus términos, no habrá aceptación, sino contraoferta, y el contrato se perfeccionará cuando conste la intención de la contraparte (oferente inicial) de vincularse por el contrato, por ejemplo, a través de los actos de ejecución.

Algunos textos enumeran las modificaciones que se juzgan sustanciales a estos efectos (art. 19.3º CV; art. 38.2º CESL): variaciones que afecten al precio, a la calidad y cantidad de las mercancías, al lugar y fecha de entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias. Esta enumeración tan detallada parece no dejar espacio a modificaciones insustanciales que podrían permitir la perfección del contrato. Aunque la aceptación modifique algún aspecto relacionado con esos elementos, no siempre tendrá que concluirse que se ha producido una alteración sustancial de los términos de la oferta. La decisión sobre si el contrato se ha concluido requiere hacer una interpretación de los términos de la oferta y de la aceptación en cada caso concreto. Se suele indicar que una alteración es sustancial cuando resulta sorpresiva, gravosa para la parte sin cuyo conocimiento expreso se ha incorporado; si requiere un plazo de reclamación más corto que el razonable; y, en definitiva, por ser inusual o contraria al equilibrio de prestaciones propio de la clase de contrato o del sector de actividad de que se trate y poder pasar desapercibidas a la otra parte.

Ejemplo 1: Un empresario de las Islas Vírgenes ofrece a un empresario de Antigua y Barbuda la celebración de un contrato con unas condiciones determinadas. El empresario de Antigua y Barbuda contesta aceptando pero introduce una cláusula de sumisión al arbitraje. La consideración de esta modificación como sustancial o no dependerá de que sea habitual en el sector comercial en cuestión. En todo caso, conforme a una concepción flexible, para no quedar vinculado, debería objetar sin demora la introducción de dicha cláusula.

Ejemplo 2: El mismo empresario acepta la propuesta, pero pide una ampliación del plazo para cumplir su prestación. Los supuestos de ampliación del plazo para cumplir su prestación no se consideran variaciones sustanciales de la oferta, aunque esta propuesta no sea admitida por la contraparte [*Global Tankers Inc v Amercoat Europa NV* (1975), 1 Lloyd's Rep 666, 671].

Los Principios OHADAC no se alinean con esta concepción más flexible, que introduce importantes elementos de inseguridad jurídica, pues obliga a prejuzgar qué aspectos son esenciales para las partes antes de expresar su voluntad de una manera definitiva. En la versión más extendida de esta concepción flexible, una aceptación con modificaciones no sustanciales podría no implicar la perfección del contrato si el oferente inicial comunica sin demora su no conformidad. En realidad, esta regla obliga al aceptante a esperar asimismo la confirmación del oferente durante un plazo razonable antes de emprender actos de ejecución del contrato, por lo que el coste en términos negociales es similar a la espera de una aceptación definitiva de una contraoferta. En consecuencia, parece más razonable y previsible seguir la regla según la cual la aceptación debe ser plenamente coherente y las modificaciones realizadas por el aceptante, sin entrar a calificar su carácter sustancial, se considerarán una contraoferta que debe ser a su vez aceptada por el oferente inicial para que el contrato se entienda perfeccionado.

Artículo 2.1.9: *Condiciones generales*

1. **Una condición general del contrato es una cláusula no negociada individualmente por las partes y que ha sido redactada de antemano con vistas a la conclusión de un mismo tipo de contratos.**
2. **Una condición general únicamente puede invocarse frente a la parte adherente si esta ha podido conocerla antes de la perfección del contrato. No se considerará cumplida esta condición por la mera**

referencia en el contrato a una condición general, aunque el adherente haya firmado el contrato, cuando

a) resulta tan sorprendente o desacostumbrada que el adherente no ha podido razonablemente contar con ella, en atención a las circunstancias y al objeto del contrato, o

b) sea excesivamente onerosa, teniendo en cuenta la naturaleza, el lenguaje y la forma en que ha sido establecida.

COMENTARIO:

Este precepto regula la eficacia de las condiciones generales en los contratos de adhesión. Su primer apartado define estas condiciones generales como cláusulas no negociadas individualmente por las partes contratantes, redactadas por una de las partes con la intención de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. A los efectos de la aplicación del apartado segundo, únicamente interesa que las cláusulas no se hayan negociado individualmente, sino que formen parte de un formulario previamente establecido por el proferente y al que la otra parte simplemente se adhiere. La circunstancia de que dicho formulario se haya utilizado o no en otros contratos es intrascendente a tal efecto.

La inclusión de condiciones generales en el contrato simplifica el proceso negociador y los costes inherentes a la contratación. Permite al empresario que elabora las condiciones generales calcular los riesgos anticipadamente, conocer cuáles van a ser sus obligaciones y redactar de forma estandarizada todas las cláusulas de los contratos que celebre, adaptándolas a las necesidades de su negocio.

Aunque el régimen de protección del adherente es característico de los contratos de consumo, en la contratación comercial abundan asimismo, y los sistemas jurídicos tienden a una protección del adherente, independientemente de su condición de profesional del comercio. Deben tenerse en cuenta, además, algunas reglas interpretativas que protegen con carácter general al adherente en cualquier contrato. En particular, será de aplicación la regla contenida en el art. 4.1.3 de estos Principios (cuyos comentarios deben entenderse reproducidos), que instituye el principio "*contra proferentem"* a la hora de interpretar, entre otras, las condiciones generales de la contratación que sean ambiguas en el sentido más favorable para el adherente [art.

1.162 CC francés y dominicano; art. 672.1º CCom guatemalteco; art. 730 CCom hondureño; sentencia de la *Supreme Court* de Jamaica en *Ammar & Azar Ltd v Brinks Jamaica Ltd* (1984), Nº A051 de 1981 (Carilaw JM 1984 SC 35)]. Esta regla puede permitir, incluso, tener las condiciones generales por no puestas cuando resulten tan abstrusas que se estimen incomprensibles para un adherente medio.

Por otra parte, también debe tenerse en consideración la prevalencia sobre las condiciones generales de las cláusulas negociadas individualmente (art. 672.3º CCom guatemalteco; art. 728 CCom hondureño; art. 2.1.21 PU), de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 4.1.5 de estos Principios, cuyos comentarios deben entenderse reproducidos.

Al margen de las reglas interpretativas señaladas, el apartado segundo del art. 2.1.9 de estos Principios establece unas condiciones específicas para la eficacia de las condiciones generales, que recogen las tendencias más actuales en el Derecho del comercio tanto interno como internacional y que tienen un alcance tanto subjetivo como objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, en principio, por obvias razones de seguridad jurídica y de respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación comercial, todos los sistemas jurídicos admiten que la firma incorporada al documento del contrato que contiene condiciones generales conlleva la vinculación de la persona que suscribe el contrato, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Por tanto, la falta de lectura de las condiciones generales por el adherente no priva de virtualidad a su firma [art. 726 CCom hondureño; art. 6:232 CC holandés y surinamés; secciones 211 (1) y (2) *Restatement Second of Contracts; Parker v South Eastern Railway* (1877), 2 CPD 416; *L'Estrange v Graucob* (1934), 2 KB; *Levinson v Patent Steam Carpet Clearing Co Ltd* (1978), QB 69; *Interfoto Picture Limited v Stiletto Visual Programme Ltd* (1989), QB 433].

Sin embargo, el hecho de que las condiciones generales hayan sido redactadas unilateralmente conduce a muchos ordenamientos jurídicos a establecer medidas protectoras del adherente, que condicionan su incorporación al contrato, pese a su aceptación [art. 6:233 CC holandés y surinamés; sección 2-302 UCC; sección 211 (3) *Restatement Second of Contracts*]. En el Derecho contractual norteamericano se han concretado una serie de excepciones a la regla de la incorporación de las condiciones generales al contrato: si se trata de cláusulas ilegibles o en letra muy pequeña; si no se ha advertido de ellas a la contraparte y se han colocado en lugares inusuales, como el reverso del documento; si se han indicado por referencia o se trata de contratos en los que no cabe esperar la inclusión de condiciones generales. Otra exigencia generalizada

es la relativa a la obligación de poner las condiciones generales a disposición de la otra parte, para que pueda conocerlas antes de la celebración del contrato [art. 672 CCom guatemalteco; art. 6:234 CC holandés y surinamés*; Chapelton v Barry UDC* (1940), 1 All ER 356; sentencia de la *Supreme Court* de Bermudas en *Robinson v Somers Isles Shipping* Ltd (2008), Nº 275 de 2007 (Carilaw BM 2008 SC 9); art. 20.1º Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013].

Como condición objetiva, la eficacia de la condición general suele someterse asimismo a un test de razonabilidad. En el Derecho inglés y norteamericano, el test de la razonabilidad (*fair and reasonable*) sirve de criterio para determinar si una cláusula puede quedar incorporada al contrato o si, por el contrario, no es equitativa y se reputa ineficaz. La razonabilidad se aprecia según una serie de circunstancias que las partes conocían o debían conocer razonablemente cuando celebraron el contrato (art. 11.1 *Unfair Contract Terms Act* de 1977). De ahí que el grado de comunicación de una cláusula sea muy importante para determinar si es abusiva o irrazonable. En los sistemas romano-germánicos se impone a veces un control del contenido de las cláusulas para evitar que unas condiciones excesivamente onerosas sean impuestas a la otra parte o para evitar que se abuse de la buena fe (art. 6:233 CC holandés y surinamés).

La regla recogida en los Principios responde a esta tendencia, introduciendo una formulación flexible que permite adaptarse a las peculiaridades del contrato. Para evitar la ineficacia del consentimiento contractual prestado por la parte adherente, el proferente debe evitar la simple referencia en el contrato a la existencia de las condiciones generales en otro documento, aunque la firma se estampe tras la indicación de que las condiciones están en otro documento, y procurar que el adherente firme específicamente el clausulado que contiene las condiciones generales, que la referencia a tales condiciones generales se haya hecho en su caso de manera destacada, y que las propias condiciones generales se hayan redactado de forma clara y comprensible para un adherente medio.

Artículo 2.1.10: *Conflicto entre formularios*

1. **Cuando ambas partes utilizan formularios con condiciones generales y han llegado a un acuerdo excepto en lo referente a dichas condiciones, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en las**

condiciones generales que sean sustancialmente comunes.

2. **Sin embargo, no se entenderá perfeccionado el contrato si alguna de las partes ha informado o informa a la contraparte, sin demora injustificada, de su voluntad de no quedar obligada por dicho contrato.**

COMENTARIO:

Uno de los supuestos en que puede haber falta de concordancia entre la oferta y la aceptación se produce en los casos de batallas de formularios, esto es, cuando las partes se intercambian mutuamente formularios con condiciones generales redactadas unilateralmente por cada una de ellas y diferentes de las redactadas por la otra parte contratante. Esto plantea el problema de determinar si, en caso de formularios diferentes, se ha producido la perfección del contrato y, en todo caso, cuál es su contenido.

Algunos sistemas jurídicos consideran aplicables las reglas clásicas de la oferta y la aceptación, de modo que si la aceptación incorpora condiciones generales que difieren de las propuestas por el oferente, habrá una contraoferta, que permitirá la perfección del contrato si es aceptada por la otra parte contratante, bien mediante una declaración, que será lo menos frecuente en la práctica (art. 444 CCom costarricense), bien mediante el silencio [*BRS v Arthur V Crutchley Ltd* (1967), 2 All ER 785], bien mediante un acto ejecutivo [art. 855 CCom colombiano; art. 444 CCom costarricense; art. 855 CCom cubano; art. 1.810 CC mexicano; arts. 87.2º y 90 CCom nicaragüense; art. 209 CCom panameño; art. 114 CCom venezolano; *British Road Services Ltd v. Arthur V Crutchley Ltd* (1968), 1 All ER 811; art. 19 CV]. No obstante, también hay otra línea en el Derecho inglés que consideraría no concluido el contrato y si se han realizado actos de cumplimiento se compensarían a través de algún tipo de solución, como la restitución [*British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co Ltd* (1984), 1 All ER 504]. Este planteamiento se sigue igualmente en el art. 6:225 CC holandés y surinamés.

Conforme a la concepción señalada, el contenido del contrato vendrá determinado por el correspondiente al último formulario enviado; por eso, se la conoce como *last shot rule* o teoría del último disparo. Solo si el contratante manifiesta su oposición a las nuevas condiciones, se entenderá que el contrato no se ha perfeccionado. Este planteamiento prima la seguridad jurídica y la certeza y trata de promover la lectura de

los formularios, al considerar que las cláusulas de los formularios que no se leen son importantes. A esta opción se le critica el que, por ejemplo en la compraventa, el comprador quede en una posición difícil, pues el contrato no se perfecciona si el vendedor no envía la mercancía (ya que es el vendedor, normalmente, el último que envía el formulario) y si acepta la recepción será en los términos del formulario que le envió el vendedor. No obstante, fomenta la seguridad jurídica, en la medida en que los contratantes pueden prever cuál es el contenido del contrato que va a prevalecer y que será siempre el del último formulario que se haya remitido (*last shot rule*). Sin embargo, se ha ido evolucionando por vía jurisprudencial hacia la distinción entre modificaciones sustanciales y no sustanciales [*Buttler Machine Tool Co Ltd v Ex–Cell O Corp* (1979), 1 WLR 401 (CA)].

Otros países, en cambio, tienden a primar el equilibrio contractual y a buscar una solución más neutral que no beneficie a una de las partes por algo tan aleatorio como ser la última en hacer la propuesta. En estos sistemas jurídicos más flexibles, la batalla de formularios no impide la perfección del contrato, siempre que exista un acuerdo sobre los elementos esenciales. Lo que sucede es que las cláusulas sustancialmente coincidentes formarán parte del contrato, mientras que se anularán las cláusulas contradictorias de los respectivos formularios (*knock out rule*). Se sitúan en esta posición el Derecho norteamericano (sección 2-207 UCC), el art. 2.1.22 PU, el art. II-4:209 DCFR, el art. 39.1º CESL, y el art. 20.2º Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013. Conforme a este criterio flexible, a diferencia de los supuestos de aceptación modificativa de la oferta, en el caso de las batallas de formularios las modificaciones sustanciales no impiden la perfección del contrato, sino que, simplemente, se eliminan del contenido del contrato. Si alguna de las partes no desea concluir el contrato, deberá indicarlo expresamente, oponiéndose sin demora o confeccionando una oferta o una aceptación condicionales.

Una variante de los sistemas flexibles es el Derecho holandés, que hace prevalecer la *first shot rule*, por lo que las modificaciones introducidas por el aceptante no tendrán efecto, a no ser que en su aceptación se disponga expresamente el rechazo a la aplicación de las condiciones generales contenidas en la oferta [art. 6:225.3º CC holandés y surinamés). La redacción es diferente, aunque con el mismo resultado, en la sección 2-207 (1) UCC, que también considera la aceptación definitiva y tempestiva, aunque introduzca términos adicionales o diferentes de los ofertados, a menos que la aceptación se condicione expresamente al asentimiento sobre estos términos diferentes por el oferente. En ambos casos, la aceptación condicional conlleva la conversión de la aceptación en una contraoferta y, por tanto, la vuelta a la *last shot rule*. Por tanto, si se desea hacer primar las propias condiciones hay que incluir en la

aceptación de la oferta una cláusula que disponga que "la aceptación queda condicionada al asentimiento por parte de X a los términos adicionales o diferentes introducidos por Y".

La regla contenida en los Principios modula la regla general contenida en el artículo 2.1.8 y parte de la necesidad, en lo posible, de conservar el contrato conforme a las condiciones generales que sean sustancialmente comunes (*knock out rule*). Si la discrepancia afecta a aspectos sustanciales del contrato, podrá llegarse a la conclusión de que la concurrencia entre oferta y aceptación no es suficiente para admitir la perfección de un contrato. En todo caso, habrá que tener en cuenta las reglas de interpretación y, sobre todo, las reglas de integración del contrato contenidas en la sección 2 del capítulo 4 de estos Principios. Será labor judicial o arbitral averiguar hasta qué punto la discrepancia entre las cláusulas de los formularios es materialmente importante.

La perfección del contrato tampoco se producirá cuando una de las partes haya manifestado o deje clara su voluntad de no quedar obligado a menos que se acepten íntegramente las disposiciones establecidas en su formulario de condiciones generales, siempre que dicha cláusula no se encuentre recogida en su formulario de condiciones generales. De ahí que sea tan importante que la cláusula de aceptación de las condiciones generales esté suficientemente destacada en el articulado del contrato, de modo que la otra parte haya tenido la oportunidad de conocer cuáles son las condiciones generales y que se destaque con claridad en el clausulado del contrato la voluntad de no quedar vinculado si las condiciones que se consideran esenciales no son aceptadas por la otra parte. Es recomendable incluir una cláusula de aceptación expresa de las condiciones generales rodeada de las máximas garantías de eficacia y de prevención de resultados indeseados, sea cual sea el texto normativo que rija el contrato.

CLÁUSULAS SOBRE BATALLAS DE FORMULARIOS:

Al efecto señalado, se abren varias posibilidades. La primera opción consiste en especificar que el contrato se entenderá perfeccionado y que las cláusulas contradictorias introducidas por la otra parte se tendrán por no puestas. Con ello se consigue llegar a un acuerdo respecto al clausulado común. Donde no existe acuerdo, se presume que no se ha acordado nada, por lo que las cláusulas contradictorias se anulan entre sí.

Opción A: Compatibilidad de formularios

"La aceptación de las condiciones generales de una parte no impedirá la perfección del contrato si fueran inconciliables con las condiciones generales de la otra parte. Las cláusulas inconciliables se tendrán por no puestas"

La segunda opción, si se desea imponer las propias condiciones generales, requerirá incluir una cláusula de anulación de las introducidas por la otra parte que sean incompatibles con las propias. Esta cláusula deberá estar incluida en un lugar bien destacado y llamar bien la atención de la otra parte contratante. El problema es que la otra parte haya sido igualmente cuidadosa y haya incluido una cláusula de este tipo a su vez, en cuyo caso habrá que notificar expresamente la voluntad de aceptar o no el contrato, pues dependiendo del sistema jurídico en el que se desenvuelva el contrato se va a considerar una contraoferta (*last shot rule*) o se va a dar prioridad a la primera oferta eliminando los términos incompatibles (*knock out rule*). Un segundo inconveniente es que tales cláusulas pueden considerarse nulas a la luz de algunos sistemas. Así, la jurisprudencia francesa no admite la jerarquización voluntaria de las condiciones generales por una de las partes contratantes, esto es, el que se incluyan cláusulas que hagan prevalecer las propias condiciones generales, anulando las de la contraparte (*ad ex.* sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de diciembre de 1991).

Opción B: Exclusión de formularios

"La aceptación de las condiciones generales de esta parte implica la exclusión de cualesquiera otras condiciones generales de la otra parte que sean incompatibles".

Por último, si el contratante no desea quedar vinculado por el contrato , en caso de que la otra parte introduzca modificaciones sustanciales o no a su oferta, deberá destacarlo a través de una cláusula bien visible, pero si la otra parte también ha incluido una cláusula de este tipo, para evitar quedar vinculado por las modificaciones de las condiciones generales, habrá que comunicar inmediatamente o en un plazo razonable la voluntad de no perfeccionar el contrato, antes de que se realicen actos de ejecución del contrato.

Opción C: Cláusula de no perfección del contrato

"Si las condiciones generales de la otra parte fueran contradictorias con [o "constituyan una modificación sustancial respecto de"] las establecidas en el formulario (…) de esta parte, no se entenderá perfeccionado el contrato a menos que medie una confirmación expresa de esta parte en sentido contrario".

Aún así, y para evitar riesgos, ante la imposibilidad de llegar a una solución uniforme la única opción verdaderamente segura es que las partes reparen siempre en la existencia de las condiciones generales y que comprueben la discrepancia con sus propios formularios, para manifestar su oposición a la incorporación de estas condiciones generales al contrato lo más rápidamente posible, antes de que se inicien actos de ejecución.

Sección 2. Lugar y momento de perfección del contrato

Artículo 2.2.1: *Momento de perfección del contrato*

El contrato se entiende perfeccionado, según el caso y salvo estipulación contraria en la oferta, por la recepción por el oferente de la aceptación de la oferta o por el conocimiento por el oferente del comportamiento del destinatario que implique aceptación.

COMENTARIO:

1. Variedad de soluciones en cuanto al momento de perfección del contrato

La determinación del momento en que se produce la confluencia del consentimiento de ambas partes y se entiende perfeccionado el contrato es importante para determinar a partir de qué momento devienen exigibles las prestaciones, hasta cuándo pueden ser retiradas o revocadas la oferta y la aceptación, cuál es la ley aplicable al contrato, el precio de mercado, la transmisión de los riesgos, la rescisión de los contratos hechos en fraude de acreedores, etc. Ante la inexistencia de acuerdo acerca de cuál es el momento exacto en que se produce la perfección del contrato, lo más recomendable es que el oferente indique claramente en su propuesta cuál es ese

momento. De lo contrario, se corre el riesgo de no saber cómo se resolverán las distintas incidencias que puedan ir surgiendo en relación con las declaraciones de voluntad.

Cuando la contratación se desarrolla entre presentes no se plantean problemas de determinación ni del momento ni del lugar en que se entiende formado el contrato, pues la oferta y la aceptación confluyen en el mismo momento y en el mismo lugar. Sin embargo, las partes pueden haberse dado un tiempo de reflexión, acordando aplazar la manifestación de las declaraciones de voluntad a un momento posterior. También resulta relevante el medio de comunicación que las partes empleen. No es lo mismo utilizar un medio que permita a los contratantes ponerse en contacto de modo inmediato que emplear uno que requiera el transcurso de un cierto tiempo para que la otra parte contratante conozca la intención de su contraparte. Por eso, más que la presencia física de las partes en el mismo lugar, lo determinante es el tiempo que transcurre entre la manifestación de la primera declaración de voluntad que constituye la oferta y la segunda, que es la aceptación.

La teoría de la emisión o declaración (*declaration doctrine, Erklärungstheorie, Äusserungstheorie*), según la cual la perfección del contrato se produce cuando el destinatario de la oferta exterioriza o manifiesta su declaración de voluntad (art. 310 CC cubano; art. 54 CCom cubano), es escasamente seguida en los países caribeños, pues permitiría la conclusión del contrato por el mero hecho de que el aceptante haya exteriorizado su intención subjetiva, aunque no la haya remitido al oferente.

La teoría de la expedición o remisión *(expedition doctrine, Übermittlungstheorie o Absendetheorie*, *mailbox rule* o *postal rule*), según la cual el momento decisivo es aquel en que el aceptante se desprende de su declaración de voluntad remitiéndola al oferente, prevalece en los sistemas del *common law*, a través de la *postal rule*. Esta vieja regla [*Adams v Lindsell* (1818), 12 Digest (Rweal.) 86, 477; *Thomson v James* (1855), 18 D1] se circunscribe, sin embargo, a las declaraciones remitidas a través de correo postal, y ha quedado superada por la utilización de los nuevos medios de comunicación telemáticos, que hacen que la jurisprudencia inglesa y el sistema del *common law* se aproxime *de facto* a la teoría de la recepción (sección 64 *Second Restatement of Contracts;* sección 2-201 UCC). También el art. 317.2º CC cubano dispone que la aceptación obliga al aceptante desde que la remite, aunque no obliga al oferente sino desde que llega a su conocimiento. Presenta el inconveniente de la injerencia del aceptante, que puede recuperarla de la oficina de correos, dando la orden de retirada cuando la normativa postal lo permita.

La teoría del conocimiento o de la información (*information doctrine, Kenntnisnahmetheorie, Vernhemungstherorie*) parte de que el contrato se perfecciona cuando la aceptación es conocida por el oferente. También se la considera injusta, si el aceptante ha hecho todo lo que estaba en sus manos para que su comunicación llegue al oferente, y este no tiene conocimiento de la aceptación por un hecho solo imputable a él (como, por ejemplo, el hecho estar de viaje, momento que aprovecha para revocar la oferta y concluir un contrato más ventajoso con otro contratante). Esta teoría es acogida en el art. 1.553.2º CC hondureño, el art. 1.214.2º CC portorriqueño, el art. 112 CCom venezolano y art. 1.137.1º CC venezolano. El caso de Cuba no es claro, puesto que el art. 317.2º CC cubano dispone que la aceptación no obliga al oferente sino desde que llega a su conocimiento, aunque sí obliga al aceptante desde que la remite. Ahora bien, la teoría del conocimiento aparece relajada en muchos sistemas, al presumirse que el oferente conoce la aceptación por el hecho de haberle sido remitida a su dirección. Con ello se salvaguarda la seguridad jurídica, puesto que el oferente no estará vinculado por un contrato sin saber que ha sido aceptado e impide que el proponente retrase el momento del conocimiento de la declaración de voluntad del aceptante, por lo que se dice que trata de mantener un justo equilibrio (art. 1.137.5º CC venezolano).

Sin lugar a dudas, tal y como ya se ha señalado con carácter general en los comentarios al artículo 1.3 de estos Principios, el criterio más extendido responde a la teoría de la recepción (*reception doctrine, Zugangstheorie o Empfangstheorie*), según la cual el contrato se perfecciona en el momento en el que el oferente recibe en su círculo o sede de intereses, esto es, en su domicilio, establecimiento o dirección postal, el mensaje que contiene la aceptación, aunque el oferente no sepa que ha recibido la comunicación [art. 864 CCom colombiano; art. 444 CCom costarricense (si bien del art. 1.009 CC costarricense parece desprenderse que rige la regla de la emisión); art. 1.523 CC guatemalteco; art. 3:37.3º CC holandés y surinamés; art. 1.807 CC mexicano; art. 80 CCom mexicano; art. 84 CCom nicaragüense; art. 210 CCom panameño; art. 1.137.5º CC venezolano; art. 18.2 CV; art. 1.10 PU; art 2:205 PECL; art. II-4:206 DCFR; art. 22 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013]. Esta teoría traslada al oferente la diligencia en conocer el contenido de la comunicación, de modo que aunque el oferente no tenga un conocimiento real y efectivo de la aceptación las consecuencias son las mismas que si hubiera conocido la declaración de voluntad y el contrato se hubiera formado; por eso, consigue un mayor equilibrio en cuanto al riesgo de incertidumbre entre las partes. El art. 2.2.1 de estos Principios se atiene a esta teoría dominante. La precisión del momento de recepción de la aceptación seguirá las reglas establecidas en el art. 1.3.

Artículo 2.2.2: ***Lugar de perfección del contrato***

Salvo que en la oferta se haya dispuesto otra cosa, el contrato se entenderá celebrado en el lugar en que el oferente tiene su establecimiento.

COMENTARIO:

Se admite generalmente la libertad de las partes de determinar el lugar de celebración del contrato. El lugar de celebración del contrato presenta un interés relativo, pero puede ser relevante para algunos aspectos tangenciales, por lo que, en defecto de pacto, puede tener interés una norma de interpretación residual.

Algunos textos legales en los países caribeños se refieren a esta cuestión. El art. 91 CCom nicaragüense establece que el lugar de celebración del contrato, en caso de residir ambas partes en lugares distintos, es el de la residencia del que acepta la primera propuesta. En cambio, el art. 1.524 CC guatemalteco prevé para los supuestos en que la contratación se realiza por medios telefónicos, asemejándolos a los contratos celebrados entre presentes, que el contrato se entiende celebrado en el lugar en que se hizo la oferta, regla que con carácter general siguen el art. 864 CCom colombiano y el art. 115 CCom venezolano.

Los Principios han optado por acomodar tiempo y lugar, entendiendo que el lugar de celebración del contrato es el lugar donde normalmente se recibe la declaración que la perfecciona, esto es, la aceptación. Dicho lugar se determina por el establecimiento del oferente, que ofrece en todo caso mayor previsibilidad y seguridad en la determinación.

Sección 3: Representación

Artículo 2.3.1: ***Ámbito de aplicación***

1. **La presente sección regula la facultad de una persona (representante) para afectar la esfera jurídica de otra (representado) mediante un contrato celebrado con un tercero, ya actúe el representante en nombre del representado o en nombre propio.**

2. **La presente sección no regula las relaciones internas entre el representante y el representado.**
3. **La presente sección no regula las facultades del representante legal ni las del representante designado por una autoridad pública o judicial.**

COMENTARIO:

Los Principios OHADAC dedican esta sección a la regulación de la facultad que tiene el representante de afectar la esfera jurídica del representado mediante los contratos que el primero pueda celebrar con un tercero, propiciando el establecimiento de vínculos jurídicos directos entre este último y el representado. La presente sección, por tanto, solo se refiere a las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por otro, esto es, a la llamada esfera externa de la representación. Queda excluido el régimen de la esfera interna, esto es, las relaciones existentes entre el representante y el representado. A este respecto (derechos y obligaciones de representante y representado) habrá que estar a lo establecido en el contrato existente entre ambos, así como en la ley que, a la luz de la normativa de Derecho internacional privado del foro, esté llamada a regular dicho contrato. También deben tenerse en cuenta las normas materiales imperativas de protección de determinadas categorías de representantes, como sucede, por ejemplo, con los agentes comerciales independientes en los territorios en que sea aplicable el Derecho europeo, que garantiza ciertos derechos en caso de terminación unilateral del contrato por parte del principal. De ahí que aquellas cuestiones que tienen que ver tanto con la esfera interna como con la esfera externa de la representación, como es el caso del otorgamiento y la extinción del poder, los conflictos de intereses o la sustitución del representante, solo se aborden en esta sección desde la perspectiva de los efectos que tienen frente al tercero.

La presente sección, además, solo se refiere a aquellos intermediarios facultados para concluir contratos, quedando al margen aquellos otros cuyo cometido consiste bien en presentar a las partes para que estas, posteriormente, negocien y concluyan el correspondiente contrato (por ejemplo, los corredores o los agentes inmobiliarios), o bien en negociar contratos con terceros, pero sin capacidad para concluirlos, correspondiendo tal cometido a la persona por cuya cuenta actúan (por ejemplo, los representantes asalariados o los agentes comerciales independientes no autorizados para contratar). En ninguna de las referidas situaciones cabe hablar de representación,

pese a que impropiamente se aluda a los citados intermediarios como "representantes".

Dada la especial naturaleza de la relación de representación, caracterizada por la intervención de tres sujetos (representado, representante y tercero), la aplicación a la citada relación de lo dispuesto en la presente sección requerirá necesariamente la aceptación de los Principios OHADAC por parte de los tres sujetos involucrados. Será exigible, en definitiva, lo que cabría denominar un "acuerdo trilateral" en torno a la aplicación de los Principios, acuerdo al que, dada la falta de contacto directo entre representado y tercero, ineludiblemente se habrá de llegar en etapas, concretamente en dos. La primera, en los supuestos de apoderamiento expreso del representante, habrá de coincidir con el momento del apoderamiento, con la inclusión en el poder por parte del representado de una especificación facultando al representante para concluir contratos con terceros "con sujeción a lo dispuesto en los Principios OHADAC". La segunda, por su parte, coincidirá con el momento de la conclusión del contrato entre representante y tercero, con la incorporación en el mismo de una cláusula reclamando la aplicación al contrato de lo establecido en los Principios. Esta secuencia, obviamente, se verá alterada en los supuestos de apoderamiento implícito, poder aparente, o ausencia de poder, ya que en tales supuestos la aceptación por parte del representado de la aplicación de los Principios tendrá lugar por lo general en un momento posterior a la conclusión con sujeción a tales Principios del contrato entre representante y tercero, momento que, en los casos de ausencia de poder, coincidirá con la ratificación. Además, esta aceptación *ex post* de los Principios no tiene por qué ser necesariamente expresa, pudiendo también llevarse a cabo de forma tácita, como sucederá cuando el representado proceda a dar cumplimiento a las obligaciones que para él se derivan del contrato suscrito por el representante sin formular objeción alguna a la cláusula por la que en aquel se reclame la aplicación de los Principios.

Por otra parte, partiendo de la naturaleza no imperativa de las normas sobre representación existentes en los ordenamientos nacionales, el "acuerdo trilateral" que las partes en la representación alcancen en torno a la aplicación de los Principios OHADAC necesariamente habrá de implicar el desplazamiento de las normas nacionales sobre la materia. El régimen de los Principios, no obstante, no entra por lo general en conflicto con lo dispuesto en las normativas nacionales, al recoger los principios comunes a los distintos ordenamientos.

Como se ha apuntado, los Principios OHADAC limitan el ámbito de aplicación de la presente sección a las relaciones externas de la representación, con lo cual se alejan en principio del modelo seguido por la mayoría de los sistemas jurídicos caribeños de tradición romano-germánica (arts. 2.142-2.199 CC colombiano; arts. 1.251-1.294 CC

costarricense; arts. 1.984-2.010 CC dominicano y francés; arts. 1.686-1.727 CC guatemalteco; arts. 1.748-1.774 CC haitiano; arts. 1.888-1.918 CC hondureño; arts. 3.293-3.389 CC nicaragüense; arts. 1.400-1.430 CC panameño; arts. 1.600-1.630 CC portorriqueño; arts. 1.601-1.661 CC santaluciano), que no distinguen entre relación externa e interna de la representación, al considerar el poder como un mero efecto del contrato de mandato, modelo que acogen igualmente los sistemas de tradición anglosajona, donde bajo el concepto de "*agency*" se incluyen tanto las relaciones entre principal y tercero, como las relaciones entre principal y agente.

Frente a dicho modelo, los Principios OHADAC se inclinan por el que cabría calificar como modelo "germánico" de representación, que se caracteriza por establecer una clara separación entre poder y contrato base y, por ende, entre relación externa e interna de la representación. Se trata del modelo que, además de los sistemas caribeños de tradición holandesa [arts. 3:60-3:67 (representación), 7:414-7:424 (mandato) y 7:428-7:445 (agencia comercial) CC holandés y surinamés] y algunos de tradición española [arts. 56-66 (representación) y 398-422 (mandato) CC cubano; arts. 1.800-1.802 (representación) y 2.546-2.604 (mandato) CC mexicano, e implícitamente, arts. 274 y 310 CCom mexicano; arts. 1.169-1.172 (representación) y 1.684-1.712 (mandato) CC venezolano, e implícitamente, art. 95.2 CCom venezolano], acogen los diferentes instrumentos internacionales de unificación de Derecho contractual [arts. 2.2.1-2.2.10 PU; arts. 3:101-3:304 PECL; arts. II–6:101-II–6:112 DCFR; Convenio de Ginebra de 17 de febrero de 1983 sobre representación en la venta internacional de mercancías (en adelante CG, no en vigor)].

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la mayoría de los países que tradicionalmente han acogido el primer modelo han acabado desarrollando la distinción entre relación interna y externa de la representación [arts. 832-844 (representación) y 1.262-1.339 (mandato) CCom colombiano; arts. 731-739 (representación) y 804-825 (comisión) CCom hondureño; arts. 399 y 436 CCom nicaragüense; arts. 604 y 612 CCom panameño; art. 200 CCom portorriqueño; arts. 60-68 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 23 de octubre de 2013].

Los Principios OHADAC, por otro lado, parten de la irrelevancia, en orden a la posible afectación por el representante de la esfera jurídica del representado, del hecho de que aquel actúe en nombre del representado o lo haga en nombre propio, dejando de este modo la puerta abierta a que tal afectación pueda tener lugar tanto en uno como en otro supuesto. La irrelevancia de esta circunstancia para el establecimiento de vínculos jurídicos directos entre representado y tercero constituye un principio común a los sistemas caribeños de tradición anglosajona. En estos sistemas, efectivamente, se

predica la vinculación directa entre representado y tercero en aquellos supuestos en que el representante descubre al tercero su condición (*disclosed agency*), independientemente de que, además, le revele o no la identidad del representado. De ahí que el *disclosed principal* pueda ser tanto un *named/identified* como un *unnamed/unidentified principal* [*Universal Steam Navigation Co v James McKelvie & Co* (1923), AC 492; *Benton v Campbell, Parker & Co Ltd* (1925), 2 KB 410; secciones 6.01 (1) y 6.02 (1) *Restatement Third of Agency* norteamericano]. Incluso se admite la posibilidad de que se establezcan tales vínculos en los casos en que el representante, al contratar con el tercero, oculta la propia existencia de la representación (*undisclosed agency*), una vez que acabe descubriendo el tercero que la persona con la que había contratado actuaba en realidad como representante de otra (*undisclosed principal*) (comentario al art. 2.3.4).

Sin embargo, en este punto se podría pensar que los Principios OHADAC se separan del planteamiento seguido en los sistemas jurídicos caribeños de tradición española, francesa y holandesa, ya que en estos se condiciona la eficacia directa de los actos del representante en la esfera jurídica del representado a la actuación de aquel en nombre de este último, trazándose de hecho la distinción entre representación directa e indirecta en función precisamente de que el representante actúe en nombre del representado o lo haga en nombre propio (arts. 1.505 y 2.177 CC colombiano y 832, 833.1, 1.336 y 1.337 CCom colombiano; arts. 1.275 CC costarricense y 273 y 318 CCom costarricense; arts. 57 CC cubano y 245-247, 284-285 y 287 CCom cubano; arts. 1.984.1º CC dominicano y 94 CCom dominicano; arts. 1.984 CC francés y art. L132-1 CCom francés; art. 61 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 1.686.2 CC guatemalteco; arts. 1.748 y 1.762 CC haitiano y 90-91 CCom haitiano; arts. 3:60.1, 3:66.1 y 7:425-7:427 CC holandés y surinamés; arts. 1.896 y 1.904 CC hondureño y 732 CCom hondureño; arts. 2.560-2.561 y 2.581 CC mexicano y 283-285, 311 y 313 CCom mexicano; arts. 2.440.1 y 3.331 CC nicaragüense y 408-410, 437 y 439 CCom nicaragüense; arts. 1.110.1 y 1.408 CC panameño y 606-607, 609 y 612 CCom panameño; arts. 1.211.1 y 1.608 CC portorriqueño y 163-165, 202-203 y 205 CCom portorriqueño; arts. 1.615-1.616 y 1.627.1 CC santaluciano; arts. 1.169 CC venezolano y 96-97 y 376-379 CCom venezolano). Tales sistemas, efectivamente, solo contemplan en principio el efecto básico de la representación, como es la vinculación directa entre representado y tercero, en los supuestos de representación directa, en los que el representante actúa en nombre del representado. Se entiende de ordinario que así lo hará cuando, a la hora de contratar, revele al tercero expresamente, bajo cualquier fórmula, además de su condición de representante, la identidad del representado (indicando, por ejemplo, que actúa “para

X", "en nombre de X", "como representante de X"…), pese a que de ello no se deje constancia en el contrato. También cabrá hablar de *contemplatio domini* en aquellos supuestos en que el representante se limita a declarar que actúa en nombre de un representado, pero sin revelar en un primer momento su identidad, con el compromiso de revelarla en un momento posterior, admitiéndose incluso la posibilidad de que ninguno de tales extremos sean objeto de una declaración expresa, sino que se deduzcan del comportamiento inequívoco del representante o de otros elementos.

No se contempla el efecto representativo, en cambio, en los supuestos de representación indirecta, en los que el representante actúa en nombre propio, ocultando con ello al tercero su condición, supuestos en los que se prevé que será el representante, y no el representado, quien quedará personalmente obligado frente al tercero. Esta regla solo se exceptúa en determinados ordenamientos cuando se trata de cosas propias del representado (art. 1.896.2 CC hondureño; art. 2.561.2 CC mexicano; art. 1.408.2 CC panameño; art. 1.608.2 CC portorriqueño). En el marco de la relación interna entre representado y representante se decidirá, en todo caso, cómo deberá el representante transferir al representado los derechos que haya adquirido del tercero en interés de este último o cómo deberá aquel cubrir las obligaciones que haya contraído frente al tercero. Sin embargo, no hay que olvidar que también los sistemas de tradición civilista contemplan excepciones a la regla general de la no vinculación del representado en los supuestos de representación indirecta, admitiendo la posibilidad de que, en determinadas situaciones, pueda el representado dirigirse directamente frente al tercero, o a la inversa, que el tercero se pueda dirigir directamente frente al representado (comentario al art. 2.3.4).

La solución acogida por los Principios OHADAC coincide claramente con la que acogen el CG (art. 1.1 y 4) y los PU [arts. 2.2.1 (1), 2.2.3 y 2.2.4 (2)], que asimismo establecen de manera expresa la irrelevancia del hecho de que el representante actúe en su nombre o en el del representado a efectos de que este pueda quedar personalmente vinculado frente al tercero. Tampoco se aleja de la solución ofrecida por el DCFR (arts. II–6:105 y II–6:106) o los PECL [arts. 3:102 y 3:301 (2) a 3:304], que, aun cuando parten de la distinción entre situaciones en las que el acto del representante afecta a la posición jurídica del representado y en las que no, o entre representación directa e indirecta, dejan también abierta la posibilidad de que, en virtud de alguna regla jurídica, tal afectación se produzca.

Finalmente, la presente sección solo se refiere a la representación voluntaria, esto es, a aquella representación que tiene su origen en un acto de voluntad del representado destinado a facultar al representante para que actúe por su cuenta (poder), ampliando

así su esfera de actuación. Este acto en unas ocasiones se materializa en un negocio unilateral de apoderamiento otorgado de forma aislada, y en otras forma parte del negocio jurídico bilateral que vincula a representado y representante. Quedan en todo caso al margen de esta sección los supuestos de representación legal, en los que el poder del representante es conferido por ley (por ejemplo, en la representación de los menores por sus padres, titulares de la patria potestad), así como aquellos otros en los que el poder deriva de una autoridad pública o judicial (como sucede con la representación de las personas incapacitadas por parte de su tutor). En estos casos, la determinación de las facultades del representante se habrá de llevar a cabo necesariamente a la luz de la ley estatal que resulte aplicable conforme a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del foro. Con la exclusión de estas dos modalidades de representación, los Principios OHADAC se sitúan en la línea de los dos principales instrumentos internacionales de codificación de los principios generales de la contratación, los PU [art. 2.2.1 (3)] y los PECL [art. 3:101 (2)], que limitan asimismo su regulación a la representación voluntaria.

La representación orgánica, o representación de las sociedades por sus órganos, se rige por normas específicas en la legislación de sociedades, generalmente imperativas. A esta cuestión se aplicará la ley reguladora de la sociedad de que se trate, prevaleciendo en todo caso lo previsto en dicha legislación sobre las reglas generales sobre representación contenidas en la presente sección, que únicamente serán de consideración subsidiaria. Las disposiciones de la presente sección serán aplicables, no obstante, a la representación voluntaria de la sociedad por parte de aquellas personas a quienes el consejo de administración haya apoderado debidamente.

Artículo 2.3.2: *Apoderamiento*

1. **El apoderamiento del representante por parte del representado puede ser expreso o tácito.**
2. **Se considerará que una persona ha apoderado a un representante cuando las declaraciones o la conducta de dicha persona induzcan razonablemente a un tercero de buena fe a creer que el representante aparente dispone de poder para la realización de ciertos actos.**
3. **Salvo que el representado establezca expresamente otra cosa, el representante dispondrá de poder para realizar cuantos actos sean necesarios, según las circunstancias, para el cumplimiento de su encargo.**

COMENTARIO:

Los Principios OHADAC coinciden con la mayoría de los ordenamientos en disponer que el otorgamiento del poder no se halla sujeto a ninguna condición de forma, pudiéndose llevar a cabo de forma expresa o tácita [arts. 2.149-2.150 CC colombiano; arts. 2.151-2.152 CC costarricense; art. 1.985 CC dominicano y francés; art. 1.749 CC haitiano; art. 3:61.1 CC holandés y surinamés; art. 1.889 CC hondureño; arts. 2.547.3 y 2.550-2.552 CC mexicano; arts. 3.293.1-3.294 CC nicaragüense; art. 1.401 CC panameño; art. 1.601 CC portorriqueño; arts. 1.601 y 1.605 CC santaluciano; art. 1.685 CC venezolano; sección 1.03 *Restatement Third of Agency* norteamericano; arts. 9.1 y 10 CG; art. 2.2.2 (1) PU; art. 3:201 (1) PECL; art. II-6:103 (2) DCFR].

El apoderamiento, efectivamente, se puede llevar a cabo de forma expresa, ya sea verbalmente o por escrito. Piénsese, por ejemplo, en el apoderamiento que se efectúa a través de un mandato o mediante una declaración oral o escrita por parte del representado o, de ser el representado una sociedad, mediante resolución del consejo de administración. La ventaja de este tipo de apoderamiento es clara: permite probar fácilmente tanto la existencia del poder como su extensión.

> Ejemplo 1: X otorga un poder notarial a favor de Y para que este concluya con Z, en el país de Z, la venta de un inmueble propiedad de X situado en dicho país.

Pero el apoderamiento, asimismo, se va a poder llevar a cabo de forma tácita, en los casos en que la voluntad del representado de conferir un poder al representante se infiera bien del comportamiento del representado (encomendando por ejemplo al representante una concreta tarea que lleve implícita la concesión de determinadas facultades representativas), bien de las circunstancias del caso (en los supuestos, por ejemplo, en que la atribución al representante de facultades representativas derive de una práctica entre las partes o de los usos del comercio).

> Ejemplo 2: X designa a Y como gerente de un complejo de apartamentos turísticos propiedad de X. Y tendrá poder tácito para concluir con terceros contratos de arrendamiento de corta duración de los referidos apartamentos.

Tan solo en algún país se rechaza la posibilidad de un apoderamiento tácito, al imponerse siempre la forma escrita y, en concreto, poder notarial (art. 414.3 CC cubano y art. 1.687.1 CC guatemalteco), salvo ciertas excepciones (art. 415 CC cubano y art. 1.687.2 CC guatemalteco).

Dentro de los sistemas nacionales que en principio no sujetan el otorgamiento del poder a ninguna condición de forma, algunos ordenamientos exigen que el

otorgamiento del poder, cuando se lleve a cabo para la realización de actos para los que se requiera la observancia de determinados requisitos formales, se efectúe de forma expresa e incluso observando los mismos requisitos formales exigidos para el acto que con aquel se vaya a realizar (art. 836 CCom colombiano; sección 3.02 *Restatement Third of Agency* norteamericano; art. 1.169.2 CC venezolano). En otros sistemas se acaba sujetando a una forma específica el otorgamiento de determinadas modalidades de poder, generalmente escritura pública (arts. 1.251.2 y 1.226.2 CC costarricense; art. 1.892 CC hondureño; arts. 2.555-2.557 CC mexicano; arts. 2483.5 y 3.293.3 CC nicaragüense).

Los Principios OHADAC, siguiendo en este punto los sistemas caribeños de tradición holandesa (art. 3:61.2 CC holandés y surinamés) y los de *common law* [*Summers v Solomon* (1857), 7 E&B 879*; Freeman and Lockyer (a firm) v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* (1964), 1 All ER 630; *The Shamah* (1981), 1 Lloyd´s Rep 40; sentencia de la *Court of Appeal* de Trinidad y Tobago en *Johnstone v Ritchie* (1983), Civ App No 16 de 1979 (Carilaw TT 1983 CA 20); sentencia de la *Supreme Court* de Bahamas en *Clean-Away Ltd v St Tropez Marina Bahamas Ltd* (1993), No 1755 de 1990 (Carilaw BS 1993 SAC 21); sentencias de la *High Court* de Trinidad y Tobago en *Speedy Service Liquors Ltd v Airports Authority of Trinidad and Tobago* (2002), No 586 de 1984 (Carilaw TT 2002 HC 106) y en *Raymond and Pierre Ltd v HCU Communications Ltd* (2010), No 1064 de 2009 (Carilaw TT 2010 HC 126); sección 1 de la *Factors Act* inglesa de 1889; secciones 2.03, 2.05, 3.03 y 3.11 *Restatement Third of Agency* norteamericano]*,* así como también algunos otros de diferente tradición jurídica (art. 842 CCom colombiano; art. 736 CCom hondureño; arts. 1.630 CC santaluciano y 241 CCom santaluciano), contemplan asimismo la posibilidad de un tercer tipo de poder, el aparente, que será el poder que se considerará existente en aquellos supuestos en que, no habiendo otorgado el representado poder expreso o tácito, aquel, con sus declaraciones o con sus actos (por ejemplo, consintiendo que el representante que haya ocupado una posición que lleva aparejada un poder siga actuando por su cuenta pese a haber dejado de ocupar tal posición), haya generado en un tercero de buena fe la convicción razonable de que el representante dispone de la facultad para actuar por cuenta del representado. Este poder viene siendo asimismo admitido, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, en los territorios franceses de ultramar (sentencia de la *Cour de Cassation* de 13 diciembre 1962, donde se reconoce la existencia de poder aparente aun en ausencia de falta por parte del representado; asimismo, art. 63.1 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013), quedando además consagrada su existencia en los distintos instrumentos internacionales de

unificación del Derecho contractual [art. 14.2 CG; art. 2.2.5 (2) PU; art. 3:201(3) PECL; art. II–6:103 (3) DCFR].

La idea de poder aparente, clara manifestación de la aplicación del principio general de buena fe y de la prohibición de contradecirse, cobra especial relevancia en los casos en que el representado es una persona jurídica. El tercero, efectivamente, puede tener dificultades para determinar si el sujeto que actúa en nombre de la persona jurídica tiene o no un poder real para hacerlo, y puede preferir basarse en la existencia de un poder aparente. Le bastará con demostrar que le era razonable considerar que quien afirmaba representar a la persona jurídica se hallaba autorizado para hacerlo, basando su creencia en el comportamiento de quienes realmente están autorizados a representar a la persona jurídica (consejo de administración, directivos…). En todo caso, la decisión última sobre si era o no razonable la creencia del tercero dependerá de las circunstancias concretas de cada supuesto (posición ocupada por quien actúa como representante en el organigrama de la persona jurídica, tipo de operación, consentimiento en el pasado de los verdaderos representantes, etc.).

> Ejemplo 3: Y, director de una sucursal de la sociedad X, pese a no disponer de poder para ello, contrata con la empresa Z la realización de una obra de remodelación de las oficinas de la citada sucursal. Z podrá ampararse en el hecho de que el director de una sucursal dispone de ordinario de poder para la celebración de este tipo de contratos y que, por tanto, le era razonable pensar que Y se hallaba debidamente facultado, para considerar que el contrato concluido con Y le vincula con X.

La disposición comentada se refiere finalmente a la cuestión de la extensión del poder, vinculándola con la amplitud de las tareas encomendadas por el representado: salvo que el representado indique expresamente lo contrario, el representante se hallará apoderado para realizar cuantos actos resulten necesarios para el cumplimiento de su encargo. Por tanto, cuanto más amplias sean las tareas asignadas al representante, mayor será la extensión del poder conferido por el representado. Ello será así, incluso, en los supuestos de apoderamiento expreso: la extensión del poder no quedará en principio limitada por su tenor literal, a no ser que el representado niegue expresamente ciertas facultades al representante.

> Ejemplo 4: X encarga a Y la compra a Z, en el país de Z, de determinadas mercancías. Si, de conformidad con lo establecido en el contrato de compraventa suscrito con Z, corresponde al comprador la contratación del transporte desde el país de Z al país de X, Y se considerará también autorizado para contratar el referido transporte.

Los Principios recogen la misma solución acerca de la extensión del poder que los demás instrumentos internacionales de unificación del Derecho contractual [art. 9.2

CG; art. 2.2.2 (2) PU; art. 3:201 (2) PECL; art. II–6:104 (1) y (2) DCFR)]. Además, incorporan un principio común a los ordenamientos vigentes en los territorios OHADAC. En tales ordenamientos, efectivamente, salvando las particularidades y exceptuando en todo caso aquellos supuestos en los que las facultades del representante vienen fijadas por ley (ciertas categorías de auxiliares del comercio), se considera que el alcance del poder será en principio el que el representado fije o determine. En ocasiones, se prevé que las facultades concedidas al representante se interpretarán "con una mayor amplitud" cuando no se esté en situación de poder consultar al representado (art. 2.174 CC colombiano; art. 3.330 CC nicaragüense).

En los sistemas de tradición romanista se distingue entre poder general y poder especial, según que el poder habilite al representante para la realización de todos los negocios del representado o solo de uno o varios negocios concretos (arts. 2.156 CC colombiano y 840 CCom colombiano; art. 401 CC cubano; art. 1.987 CC dominicano y francés; art. 1.690 CC guatemalteco; art. 1.751 CC haitiano; art. 1.891 CC hondureño; art. 2.553 CC mexicano; art. 1.403 CC panameño; art. 1.603 CC portorriqueño; art. 1.603.1 CC santaluciano; art. 1.687 CC venezolano; art. 62 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013). En algunos se diferencian hasta tres categorías de poderes, añadiendo el poder "generalísimo" al general y al especial (arts. 1.253-1.257 CC costarricense; arts. 3.295-3.298 CC nicaragüense). Se distingue asimismo entre "actos de administración" y "actos de disposición", estimándose de ordinario que los poderes generales permiten llevar a cabo los primeros, pero no así los últimos, para los que se requiere el otorgamiento de un poder especial [art. 2.158 CC colombiano; arts. 1.253-1.257 CC costarricense; art. 401 CC cubano; art. 1.988 CC dominicano y francés; art. 1.693 CC guatemalteco; art. 1.752 CC haitiano; art. 1.892 CC hondureño; arts. 3.295-3.298 CC nicaragüense; art. 1.404 CC panameño; art. 1.604 CC portorriqueño; art. 1.603.2 y 3 CC santaluciano; art. 1.688 CC venezolano. La excepción la constituye México, donde se prevé la existencia tanto de poderes generales dados para administrar bienes, como de poderes generales dados para realizar actos de dominio, calificándose como poderes especiales los otorgados para actos concretos, sean estos de administración o de disposición (art. 2.554 CC)].

Pero el principio que en todos los casos subyace es el mismo: el alcance del poder será el que el representado fije. No obstante, el representante se considerará facultado para realizar cuantos actos resulten necesarios para la ejecución de la tarea que le haya sido encomendada (expresamente, art. 1.604, segundo inciso, CC santaluciano).

Finalmente, por lo que respecta a los casos en que el representado nada establezca al respecto en su poder, así como para los supuestos de poder tácito, se prevé que la

extensión del poder dependerá de la finalidad para la que el mismo haya sido concedido (expresamente, art. 399 CC cubano).

Artículo 2.3.3: ***Representación revelada***

1. **Cuando el representante actúe dentro del ámbito de su poder revelando al tercero su condición, los actos del representante generarán una relación jurídica directa entre el representado y el tercero. No se generará relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.**
2. **Los actos del representante, no obstante, vincularán a este con el tercero cuando, con el consentimiento del representado, el representante asuma su posición contractual.**
3. **Cuando el representante actúe por cuenta de un representado cuya identidad se comprometa a revelar más tarde, pero no lleve a cabo tal revelación en un plazo razonable tras ser requerido para ello por el tercero, el representante quedará vinculado por el acto de que se trate.**

COMENTARIO:

Los Principios OHADAC, siguiendo en este punto la senda del CG (art. 12) y de los PU [art. 2.2.3 (1)], condicionan la eficacia directa de los actos del representante en la esfera jurídica del representado, además de la existencia de poder y a la actuación del representante dentro de sus límites, al hecho de que el tercero sepa que aquel actúa en tal calidad, refiriéndose a esta situación bajo la expresión "representación revelada", en la que sin duda encuentran perfecto encaje tanto los supuestos de *disclosed agency* de los sistemas de *common law*, como los supuestos de representación directa de los sistema de tradición civilista, siempre que se acoja una interpretación amplia de la *contemplatio domini*.

El representante, puede revelar al tercero tanto la existencia de representación como la identidad del representado. Puede suceder, empero, que el representante solo revele al tercero su condición, sin identificar inicialmente al representado. Tanto en el primer caso como en el segundo (aunque en este último solo en la medida en que se

acabe revelando al tercero la identidad del representado), se establece un vínculo jurídico directo entre el representado y el tercero, quedando el representante al margen de la relación. De ahí que, en la práctica, a fin de evitar cualquier riesgo de quedar vinculado personalmente, se recomiende al representante que, a la hora de contratar con el tercero, no solo deje bien clara su condición, sino que, además, indique de manera expresa la identidad de la persona en cuyo nombre actúa, asegurando de esta manera el conocimiento por el tercero de su condición de representante.

> Ejemplo 1: Y es agente comercial de X, hallándose habilitado para promover y contratar la venta de los productos de X en el país de Y. En cumplimiento del contrato de agencia comercial existente entre X e Y, Y celebra un contrato de compraventa con Z, a quien informa debidamente de su condición de agente comercial de Y. El contrato de compraventa suscrito por Y en estas condiciones vincula directamente a X y a Z, siendo X, y no Y, quien queda obligado a entregar las mercancías y quien se halla legitimado para exigir a Z el pago del precio convenido.
>
> Ejemplo 2: El supuesto es el descrito en el Ejemplo 1, excepto que Y, al contratar con Z, se limita en un primer momento a revelarle su condición de agente comercial, sin identificar a la persona por cuya cuenta actúa, identificación que lleva a cabo en un momento posterior. También en este caso el contrato de compraventa suscrito por Y vincula directamente a X y a Z.

La mayoría de las veces el conocimiento por el tercero de la condición de representante de la persona con quien contrata deriva de la revelación de tal circunstancia por parte del propio representante, vaya o no acompañada de la identificación del representado. Pero cabe también la posibilidad de que no sea así, por ejemplo cuando el representante, al contratar con el tercero, no revele en ningún momento su condición pero, pese a ello, el tercero tenga conocimiento por otros medios de tal circunstancia. En tales supuestos, no se estará propiamente ante una situación de "representación revelada", por lo que no cabrá predicar en ellos los efectos típicos de este tipo de representación, debiéndose estar a lo que se establece en la regla sobre "representación no revelada" del art. 2.3.4. Los distintos sistemas nacionales catalogan tal situación como una situación de *undisclosed agency* o de representación indirecta, según se trate de sistemas de *common law* o de tradición civilista.

> Ejemplo 3: X, mediante un contrato de comisión, encarga a Y la compra a Z de un determinado bien, advirtiéndole de su deseo de mantenerse en el anonimato. Aunque Z pueda conocer la condición de comisionista de Y, si este contrata con Z sin revelarle

en ningún momento que actúa por cuenta de X, no cabrá predicar el efecto típico de la representación, de tal forma que el contrato de compraventa suscrito entre Y y Z solo vinculará a estos, sin afectar la esfera jurídica de X.

Los Principios OHADAC no dejan lugar a dudas en cuanto a los efectos de la representación "revelada": el contrato concluido por el representante generará una relación jurídica directa entre el representado y el tercero. Pero asimismo añaden que no se generará relación jurídica alguna entre el representante y el tercero, recogiendo con ello otro principio común tanto a los sistemas jurídicos caribeños [art. 2.582 CC mexicano; *Robins v Bridge* (1837), 3 M & W 114; *Boyter v Thomson* (1995), 2 AC 629, 632; *Lucas v Beale* (1851), 109 CB 739; *Fairlie v. Fenton* (1870), LR 5 Ex 169; sección 6.01 (2) *Restatement Third of Agency* norteamericano], como a los instrumentos internacionales de unificación del Derecho contractual [art. 12 CG; art. 2.2.3 (1) *in fine* PU; art. 3:202 PECL; art. II–6:105 *in fine* DCFR].

Los Principios OHADAC, no obstante, contemplan dos supuestos de "representación revelada" en los que la actuación del representante sí genera una relación jurídica entre el propio representante y el tercero. En el primero de ellos el representante, con consentimiento del representado, asume la posición de parte contratante [art. 1.904 CC hondureño; art. 1.416 CC panameño; art. 1.616 CC portorriqueño; *Southwell v Bowditch* (1876), 1 CPD 374; *Montgomerie v United Kingdom Steamship Association* (1891), 1 QB 370; sección 6.01 (2) *Restatement Third of Agency* norteamericano; art. 12 *in fine* CG; art. 2.2.3 (2) PU; art. 3:202 PECL)]. Es el caso en que el tercero, conociendo la identidad del representado, precisa que no desea concluir el contrato con otra persona que no sea el representante y este, con consentimiento del representado, acepta ser solo él quien quede vinculado por el referido contrato. En tal supuesto, y en cumplimiento de lo establecido en el acuerdo interno entre representado y representante, este último, tras adquirir los derechos derivados del contrato concluido con el tercero, los transferirá al representado. Igualmente es el caso en el que entre representante y tercero, y con consentimiento también del representado, se pacta que el primero se convierta en codeudor o simplemente en garante de las obligaciones del representado. No debe confundirse este supuesto con la posibilidad que ciertos ordenamientos (art. 2.178 CC colombiano o art. 3.332 CC nicaragüense) contemplan de que el representante, mediante pacto, garantice frente al representado la solvencia de los terceros con los que contrate o asuma la incertidumbre del cobro, pues tal obligación se circunscribe al marco de las relaciones internas entre representado y representado, no generando por tanto vínculo alguno entre el representante y el tercero. Finalmente, puede ser también el caso en el que el representante, con conocimiento del tercero, actúa a la vez por cuenta propia y del

representado, ya se refleje o no esta circunstancia en el contrato [*Basma v Weekes* (1950), AC 441; *The Sun Apiñes* (1984), 1 Lloyd´s Rep 381]. En todo caso, dependiendo de que el representante, al asumir la posición de parte contratante, lo haga o no con carácter exclusivo, habrá que considerar que se obliga solamente a sí mismo, o lo hace juntamente con el representado. En este punto los Principios OHADAC se separan del resto de los instrumentos internacionales que, o bien contemplan la vinculación exclusiva del representante (GC y PU), o bien imponen en todo caso la vinculación conjunta con el representado (PECL).

El segundo supuesto se dará en las situaciones de "representando no identificado", esto es, cuando el representante actúa por cuenta de un representado cuya identidad no revela en el momento de contratar, comprometiéndose a su revelación en un momento posterior. En tales situaciones, según los Principios, si el representante no revela la identidad del representado en un plazo razonable tras ser requerido para ello por el tercero, será tratado como si hubiera actuado a título personal, quedando, por tanto, directamente obligado frente al tercero por el contrato con él celebrado. Precisamente el establecimiento en este tipo de situaciones de un vínculo jurídico directo entre representante y tercero constituye la solución acogida tanto en los sistemas de tradición holandesa (art. 3:67.2 CC holandés y surinamés) como en los sistemas del *common law* [*The Virgo* (1976), 2 Lloyd's Rep135, C.A.], si bien se considera que esta responsabilidad personal del representante solo tendrá lugar en la medida en que el tercero demuestre que el representante tenía cierta voluntad contractual que justifique su responsabilidad [*The Santa Carina* (1977), 1 Lloyd's Rep 478, CA]. Se entiende incluso que hasta que el tercero tenga conocimiento de la identidad del representado va a poder dudar de la condición de representante de quien afirma actuar como tal y, por tanto, va a poder dirigirse personalmente frente a él [*Dores v Horne and Rose* (1842), 4 D 673; *Gibb v Cunnigham & Robertson* (1925), SLT 608]. También se observa esta regla en algún ordenamiento romanista (art. 739 CCom hondureño), en los PECL (art. 3:203) y en el DCFR (art. II–6:108).

Los sistemas de *common law* contemplan otras posibles situaciones en las que la regla de la no afectación del representante en los supuestos de *disclosed agency* puede verse exceptuada. Así, se admite la posibilidad de que la responsabilidad del representante frente al tercero en un supuesto de *disclosed agency* derive de una costumbre entre sujetos particulares o con relación a una clase concreta de representantes [*Raiffeisen Zentralbank Osterreich Attorney-General v China Marine Bunker (Petrochina) Co Ltd* (2006), All ER (D) 37, 33], de un uso local comercial [*Fleet v Murton* (1871), LR 7 QB 126; *Cory Brothers Shipping Ltd v Baldan Ltd* (1997), 2 Lloyd´s Rep 58) o de una disposición legal (*ad ex.* secciones 44.1 (a) y 44.1 (b) de la *Insolvency*

Act 1986 del Reino Unido, enmendada por la sección 2 de la *Insolvency Act* 1994). Igualmente se admite la posible vinculación del representante frente al tercero en aquellos casos en que el representante, pese a haber actuado para un *named principal*, en realidad lo haya hecho por cuenta propia. En tal caso, el representante podrá ejecutar el contrato después de haber dado debida noticia al tercero de que actuó por su propia cuenta [*Bickerton v Burrel* (1816), 5 M & S 383], a menos que tal ejecución pueda perjudicar al tercero; así sucederá, por ejemplo, cuando el tercero hubiera contratado en atención precisamente a la solvencia u otras circunstancias relativas al representado, o cuando el representante, al concluir el contrato, supiera que, por alguna razón personal, el tercero no deseaba hacerlo con él [*Fellowes v Gwydyr* (1829), 1 Russ & M 83; *The Remco* (1984), 2 Lloyd´s Rep 205]. Dicha vinculación, asimismo, se prevé en aquellos supuestos en que el representante declara que actúa por cuenta de un representado que no existe en realidad; así sucede en el caso de los contratos realizados por cuenta de una sociedad que, en el momento de su celebración, aún no se ha constituido [*Kelner v Baxter* (1886), LR 2 CP 174; *Phonogram Ltd v Lane* (1982), QB 938]; no es el caso, empero, si el contrato se lleva a cabo por cuenta de una sociedad que existió, pero que quedó disuelta antes de la celebración del contrato, ya que, en este caso, el contrato se considera nulo. En cualquiera de estos supuestos en los que el representante, en una situación de *disclosed agency*, deviene responsable por el contrato, se admiten dos posibles interpretaciones: de un lado, que el representante es el único responsable, de forma que solo él queda vinculado frente al tercero, y no así el representado [*Scrace v Whittington* (1823), 2 B & C 11]; de otro, que tanto el representante como el representado devienen responsables en virtud del contrato [*The Swan* (1968), 1 *Lloyd´s Rep* 5, 12; *The Kurnia Dewi* (1997), 1 Lloyd´s Rep 553, 559]. En este último supuesto, una vez que el tercero haya elegido entre dirigirse contra el representado o contra el representante, perderá la posibilidad de dirigirse contra la otra parte [*Debenham v Perkins* (1925), 113 LT 252, 254]. En cualquier caso, ninguna de las situaciones a las que se acaba de aludir encuentra cabida en las excepciones que los Principios OHADAC establecen a la regla general según la cual la actuación del representante en los supuestos de "representación revelada" no genera relación jurídica alguna entre el representante y el tercero. De ahí que en aquellos supuestos en que un representante "revelado" pretenda contratar con un tercero en territorio de *common law*, a fin de descartar cualquier riesgo de que el primero pueda acabar quedando personalmente vinculado frente al tercero, resulte recomendable la inclusión en el contrato de una cláusula excluyendo expresamente cualquier tipo de responsabilidad personal derivada de dicho contrato.

Artículo 2.3.4*: Representación no revelada*

1. **Cuando el representante actúe dentro el ámbito de su poder pero sin revelar al tercero su condición, los actos del representante solo generarán una relación jurídica entre este y el tercero.**
2. **Tales actos no afectarán la esfera jurídica del representado frente al tercero salvo que así lo establezca específicamente la ley nacional que resulte aplicable a la representación.**

COMENTARIO:

Bajo la rúbrica de "representación no revelada" los Principios OHADAC se refieren a aquellos supuestos en los que el representante actúa por cuenta del representado y dentro de los límites de su poder, pero sin revelar al tercero su condición, disponiendo que la actuación del representante en tales supuestos solo vinculará al propio representante frente al tercero, sin que en principio se vea afectada la esfera jurídica del representado [en claro paralelismo con los arts. art. 2.2.4 (1) PU y 13.1 (a) CG]. El representante adquirirá los derechos derivados del contrato concluido con el tercero, y solo después, ya adquiridos tales derechos, podrá el representante, en cumplimiento de lo acordado en el marco de las relaciones internas con el representado, transferirle a este último tales derechos.

> Ejemplo: Y compra a Z un determinado bien, desconociendo Z que Y actúa por cuenta de X. El contrato celebrado entre Y y Z solo vincula a estos, no generando relación jurídica alguna entre X y Z.

Dentro de la categoría de "representación no revelada" encuentran perfecta cabida tanto las situaciones de *undisclosed agency* de los sistemas caribeños del *common law*, como aquellas que en los sistemas romano-germánicos se califican como de representación indirecta. Estas situaciones tienen en común que tanto la existencia de representación como la identidad del representado se mantienen ocultos frente al tercero, ya sea por actuar el representante en su propio nombre o por hacerlo de cualquier otra forma que impida al tercero pensar que la persona con la que contrata tiene el propósito de afectar con su actuación la posición jurídica de otra persona. Pero, como se indica en el comentario a la disposición anterior, tienen también cabida en esta categoría de representación aquellas otras situaciones en las que el representante, al contratar con el tercero, no revela en ningún momento su condición,

ni actúa de forma tal que permita a aquel llegar a inferirla, pero el tercero, por otros medios, ya tiene conocimiento de tal extremo. Se considera que el comportamiento del representante en tales supuestos no deja lugar a dudas: su voluntad es obligarse solamente a sí mismo, y en ningún caso afectar la esfera jurídica de otra persona [art. 13.1 (2) CG].

La regla según la cual los actos del representante "no revelado" solo obligan al representante y al tercero y no generan vínculo jurídico alguno entre el representado y el tercero constituye una regla común en todos los sistemas nacionales de aplicación en los territorios OHADAC, ya sean sistemas de tradición civilista o sistemas del *common law*.

Los sistemas nacionales coinciden igualmente en admitir excepciones a dicha regla, contemplando la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, se establezca algún vínculo directo entre representado y tercero. Así, en los territorios franceses de ultramar se reconoce al tercero el derecho a dirigirse directamente contra el representado. En Derecho francés, la representación indirecta, en los supuestos en que el tercero no tiene conocimiento de que el representante actúa por cuenta de otra persona, es considerada un caso especial de simulación, previéndose que si el tercero acaba teniendo conocimiento de que la parte con quien contrató actuaba por cuenta de un representado podrá interponer una acción declaratoria de simulación. Y, una vez obtenida tal declaración, podrá, o bien acogerse al contrato oculto y demandar al representado, o bien dirigirse contra el representante con base en el contrato simulado. Lo que en ningún caso podrá hacer será actuar al mismo tiempo contra el representante y el representado.

El derecho del tercero a dirigir su acción contra el representado se reconoce igualmente en los sistemas hispanohablantes, aunque solo en relación con el factor mercantil. Este, en principio, viene obligado a actuar en nombre de su representado, a quien vinculará directamente con sus actos (art. 1.336 CCom colombiano; art. 287 CCom cubano; art. 267 CCom guatemalteco; art. 358 CCom hondureño; art. 311 CCom mexicano; arts. 435.1, 437 y 439 CCom nicaragüense; arts. 606-607 CCom panameño; arts. 202-203 CCom portorriqueño; art. 96 CCom venezolano). No obstante, se prevé que, en caso de que el factor obre en su propio nombre, su actuación puede acabar obligando al representado con el tercero en ciertos supuestos (art. 1.337 CCom colombiano; art. 287 CCom cubano; art. 267 CCom guatemalteco; art. 359 CCom hondureño; art. 314 CCom mexicano; art. 440 CCom nicaragüense; art. 609 CCom panameño; art. 205 CCom portorriqueño; art. 97 CCom venezolano).

Los sistemas de tradición jurídica holandesa reconocen a la vez el derecho del representado a dirigirse contra el tercero y el de este a actuar contra el representado, realizando además una enumeración completa de las circunstancias y de las condiciones que, en los supuestos de representación indirecta, se han de dar para que tenga lugar el establecimiento de una relación jurídica directa entre representado y tercero (arts. 7:420 y 7:421 CC holandés y surinamés)

Finalmente, también los sistemas de *common law* contemplan la posibilidad de que, en los supuestos de *undisclosed agency*, se establezcan vínculos jurídicos directos entre el representado y el tercero. En tales supuestos, efectivamente, puede el representante quedar contractualmente vinculado frente al tercero [*Sims v Bond* (1833), 5 B & Ad 389, 393; *Boyter v Thomson* (1995), 2 AC 629, 632). Pero asimismo, y como excepción a la doctrina de la *privity of contract* del *common law*, se admite, por razones de conveniencia comercial, la posibilidad de que se establezca una relación jurídica directa entre representado y tercero, siempre y cuando el representante haya actuado en el marco de su poder [*Pople v Evans* (1969), 2 Ch 255; *Siu Yin Kwan v Eastern Ins Co Ltd* (1994), 2 AC 199, 209; sección 6.03 *Restatement Third of Agency* norteamericano].

La reglamentación, sin embargo, es dispar en los diferentes sistemas acerca de los casos y al alcance de los efectos de la representación no revelada. Los Principios OHADAC, en consecuencia, se limitan a establecer que la posibilidad de que la esfera jurídica del representado "no revelado" se llegue a ver afectada frente al tercero dependerá en último término de lo que establezca el ordenamiento nacional que, a la luz de la normativa de Derecho internacional privado del foro, esté llamado a ser aplicado. Se opta así por la misma solución que ofrece el art. II-6:107 DCFR, descartando la opción seguida por el resto de los instrumentos internacionales de unificación del Derecho contractual, consistente en enunciar, siguiendo el modelo de determinados sistemas nacionales, las situaciones en las que la regla general de la no vinculación del representado frente al tercero se va a ver exceptuada [art. 22.4 (2) PU; arts. 3:302 a 3:304 PECL; art. 13.2, 3, 4 y 5 GC].

Aquellos representados que deseen descartar por completo la posibilidad de vinculación directa con el tercero deben necesariamente requerir a sus representantes para que, a la hora de contratar con terceros (sin revelar su condición), incluyan en los contratos que con los mismos suscriban una cláusula declarando asumir "en exclusiva" los derechos y obligaciones que de los mismos se deriven. De no hacerlo, el representado deberá asumir el riesgo de que, en aplicación de la ley nacional reclamada por la normativa de Derecho internacional privado del foro, pueda ser objeto de una reclamación por parte del tercero. Además, conviene también tener

presente que la inclusión de dicha cláusula resultará asimismo de interés para el propio tercero, quien verá con ella excluida la posibilidad de que, de conformidad con la ley nacional que resulte aplicable, el representado, desconocido inicialmente, pueda llegar a dirigirse directamente contra el tercero en reclamación del cumplimiento del contrato que ha celebrado con el representante.

Artículo 2.3.5: ***Ausencia o exceso de poder***

1. **Los actos del representante realizados sin poder o excediéndose de sus límites no afectarán a la esfera jurídica del representado, a menos que este los ratifique en las condiciones previstas en el artículo 2.3.9.**
2. **El representante que actúe sin poder o excediéndose de sus límites incurrirá en responsabilidad frente al tercero, a quien deberá indemnizar hasta situarlo en la situación en que se habría encontrado de haber actuado el representante con poder y no excediéndose de sus límites. El representante, sin embargo, no será responsable si el tercero sabía o debía saber que el representante no tenía poder o se excedía de sus límites.**

COMENTARIO:

El primero de los apartados de este precepto recoge un principio compartido: el no establecimiento de vínculos jurídicos directos entre el representado y el tercero en los supuestos en que el representante actúe sin poder, incluido el aparente (siendo indiferente el que el poder nunca haya existido o que, habiendo existido, se haya extinguido), o excediéndose de sus límites [arts. 833.2 y 1.266.2 CCom colombiano; art. 1.998.2 CC dominicano y francés; art. 1.762.2 CC haitiano; art. 737 CCom hondureño; art. 3:66 CC holandés y surinamés; *Xenos v Wickham* (1866), LR 2 H.L. 296; *Hopkinson v Williams* (1993), 8 CL 581; art. 14.1 CG; art. 2.2.5 (1) PU; art. 3:204 (1) PECL; art. II- 6:107 (1) DCFR; art. 63.1 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; implícitamente: art. 1.703 CC guatemalteco; art. 2.583 CC mexicano; art. 2.440.2 CC nicaragüense; art. 1.110.2 CC panameño; art. 1.211.2 CC portorriqueño; art. 1.617 CC santaluciano].

El contrato que el representante pueda llegar celebrar en estas circunstancias será inválido o nulo, si bien su nulidad será en todo caso relativa, ya que, como establece el art. 2.3.9, queda abierta la posibilidad de una ratificación del contrato en cuestión por parte del representado. Además, en los supuestos de falta parcial de poder, nada impide hablar de nulidad total o parcial del contrato concluido, en función de que este último sea o no divisible y, por tanto, pueda o no existir sin la parte que no se hallaba autorizada [sección 6.05 (1) *Restatement Third of Agency* norteamericano].

> Ejemplo 1: X encomienda a Y la compra de un determinado bien, fijando un precio límite para dicha compra. Y acaba contratando con Z la compra del citado bien, pero lo hace por un precio superior al fijado por X. Al haberse excedido de su poder, el contrato celebrado entre Y con Z no vincula a X, no generando tampoco efecto entre Y y Z.

Para los supuestos de falta o exceso de poder, y salvo que exista ratificación por parte del representado, los distintos sistemas nacionales coinciden asimismo en establecer la responsabilidad del representante frente al tercero, con la obligación de indemnizar a este por los daños y perjuicios que se la hayan podido generar. Sin embargo, discrepan en lo que concierne al alcance de tal indemnización.

En unos sistemas, efectivamente, la responsabilidad del representante se limita al llamado "interés negativo", debiendo solamente abonar al tercero los daños y perjuicios que lo devuelvan a la situación en que se encontraba antes de contratar, salvo en los supuestos en que el representante hubiera garantizado su poder de manera expresa o tácita, en los que se considera que aquel deberá responder por la totalidad del daño causado al tercero (art. 1.997 CC francés y dominicano).

Otros sistemas, en cambio, consideran que la responsabilidad de representante se extiende al que se conoce como "interés positivo", esto es, se obliga a pagar al tercero los daños y perjuicios que lo coloquen en la situación en la que este se encontraría si el representante hubiera actuado disponiendo de poder o sin excederse de sus límites, lo que en definitiva permitirá al tercero obtener por vía de indemnización el beneficio que habría obtenido si el contrato concluido por el falso representante hubiera sido válido [art. 841 CCom colombiano; ; art. 3:70 CC holandés y surinamés; *Collen v Wright* (1857), 8 E&B 647; *Dickson v Reuter´s Telegram Co* (1877), 3 CPD 1; *V/O Rasnoimport v Guthrie & Co Ltd* (1966), 1 Lloyd´s Rep 1; sentencia de la *Supreme Court* de Bahamas en *Stubbs v Souers* (1986), No 196 de 1985 (Carilaw BS 1986 SC 28); sección 6.10 *Restatement Third of Agency* norteamericano]. Para la mayoría de estos sistemas la responsabilidad del representante deriva de la ruptura de una garantía implícita de su poder. El representante garantiza al tercero su poder para contratar, y si contrata sin

disponer de poder, consciente o inconscientemente, incurre en ruptura de la garantía y, por tanto, deviene responsable por la totalidad de los daños causados al tercero. En todo caso, la responsabilidad del representante por ruptura de garantía es una responsabilidad estricta, y, además, contractual, por entenderse referida a un contrato colateral al contrato principal y unilateral en cuanto a su naturaleza, que es aceptado por el tercero al contratar con el representante.

Finalmente, un tercer grupo de sistemas se limitan simplemente a declarar la responsabilidad personal del representante frente al tercero y a imponerle la obligación de indemnizar por los daños que le hubiera causado (art. 1.507 CC colombiano; art. 422 CC cubano; art. 1.703 CC guatemalteco; art. 1.904 CC hondureño; arts. 1.802.2 y 2.568 CC mexicano; arts. 3.323 y 3.333 CC nicaragüense; art. 1.416 CC panameño; art. 1.617 CC portorriqueño).

En cualquier caso, no hay que olvidar la existencia en el ámbito caribeño de algunas legislaciones nacionales, como son la de Costa Rica y la de Honduras, en las que se reconoce al tercero el derecho a reclamar al representante el cumplimiento del contrato. La primera de ellas, concretamente, concede al tercero el derecho a reclamar el cumplimiento siempre que esté en su poder hacerlo, y solo en caso de no ser posible le reconoce el derecho a exigirle una indemnización por la totalidad de los daños y perjuicios sufridos (art. 1.027 CC costarricense). Sin embargo, la legislación hondureña brinda al tercero la posibilidad de optar entre el cumplimiento o la exigencia de daños y perjuicios (art. 737.2 CCom hondureño).

Los Principios OHADAC, al igual que el resto de los instrumentos internacionales de unificación del Derecho contractual [art. 16.1 CG; art. 2.2.6 (1) PU; art. 3:204 (2) PECL; art. II-6:107 (2) DCFR], contemplan para los supuestos de falta o exceso de poder la responsabilidad del representante frente al tercero, que se extiende al interés positivo, al imponerle a aquel la obligación de indemnizar al tercero hasta colocarlo en la misma situación en que se encontraría de haber actuado el representante con poder o dentro de sus límites. Los Principios, en la misma línea que dichos textos [art. 16.2 CG; art. 2.2.6 (2) PU; art. 3:204 (2) PECL; art. II-6:107 (3) DCFR] y otros sistemas caribeños [art. 2.180 CC colombiano; art. 422 CC cubano; art. 1.997 CC dominicano y francés y sentencia de la *Cour de Cassation* de 16 junio 1954; art. 1.761 CC haitiano; art. 3:70 CC holandés y surinamés; art. 1.904 CC hondureño; art. 2.584 CC mexicano; art. 3.333 CC nicaragüense; art. 1.416 CC panameño; art. 1.617 CC portorriqueño; *Beattie v Ebury* (1872), LR 7 Ch App 777, 800; *Halbot v Lens* (1901), 1 Ch 344; sección 6.10 (3) *Restatement Third of Agency* norteamericano)], prevén que el representante no será responsable frente al tercero si este sabía o debía saber que aquel carecía de poder o

se estaba excediendo de sus límites, correspondiendo en todo caso al representante la carga de la prueba.

La responsabilidad del representante se verá asimismo exceptuada en aquellos supuestos en que el representante demuestre que el representado, de haber existido poder y haber quedado vinculado frente al tercero, no hubiera podido cumplir el contrato ni hacer frente al pago de la correspondiente indemnización (por ejemplo, a consecuencia de su insolvencia). A esta segunda excepción, contemplada en los sistemas de *common law* [*Habton Farms v Nimms* (2003), 1 All ER 1136], se hace asimismo expresa referencia en los comentarios al art. 3:204 PECL.

> Ejemplo 2: Y, pese a no disponer de poder para ello, vende a Z, en nombre de X, una partida de mercancías propiedad de X. Dichas mercancías son compradas por Z para su distribución en el mercado, desconociendo Z la falta de poder de Y. A falta de ratificación por X del contrato celebrado, Z podrá obtener de Y la diferencia entre el precio fijado para la mercancía en el contrato y el que aquella tenga en el mercado.
>
> Ejemplo 3: El supuesto es el descrito en el Ejemplo 2, excepto que Z, al contratar con Y, lo hace conociendo que Y carece de poder. En este caso, a falta de ratificación por parte de X, Z no podrá obtener de Y ningún tipo de compensación.

Artículo 2.3.6: *Conflicto de intereses*

1. **En caso de conflicto de intereses entre el representante y el representado, el representado puede anular el contrato conforme a las disposiciones de la sección quinta del capítulo 3, a menos que el tercero haya ignorado legítimamente la existencia de tal conflicto.**
2. **Se presumirá la existencia de un conflicto de intereses si el representante asume la posición de la contraparte, o detenta dos o más poderes que le permiten concluir el contrato por sí solo.**
3. **El representado no podrá anular el contrato si ha autorizado al representante a concluir el contrato a pesar del conflicto de intereses, o cuando conocía o debía haber conocido tal conflicto y no se opuso en un plazo razonable.**

COMENTARIO:

En el ejercicio de la actividad representativa que le venga encomendada resulta esencial que el representante actúe en interés del representado y no en el suyo propio o en el de otra persona.

Los dos supuestos más frecuentes de conflicto de intereses son, por una parte, aquel en el que el representante concluye consigo mismo (o con una sociedad en la que tenga intereses) el contrato cuya celebración le haya sido encomendada por el representado y, por otro, el supuesto en el que el representante actúa simultáneamente por cuenta de dos representados. No en todos los supuestos a los que se acaba de aludir necesariamente ha de existir un conflicto de intereses. Baste pensar en el caso de que la actuación del representante por cuenta de dos representados resulta conforme a los usos de un determinado sector comercial o en aquel en el que el representado confiere al representante un poder tan estricto que no le deja margen alguno de maniobra capaz de provocar un conflicto entre sus respectivos intereses. Los Principios OHADAC, siguiendo el modelo de los PECL [art. 3:205 (2)] y del DCFR [art. II-6:109 (2)], optan por establecer una presunción general *iuris tantum* de conflicto de intereses en los supuestos antes mencionados, admitiéndose por consiguiente prueba en contrario por parte del representante.

Los sistemas jurídicos contemplan en su mayor parte las situaciones de conflicto de intereses, si bien algunos solo con el fin de condicionar la autocontratación al consentimiento del representado [arts. 838-839 y 1.274 CCom colombiano; art. 317 CCom costarricense; art. 288 CCom cubano; art. 270 CCom guatemalteco; arts. 365 y 734-735 CCom hondureño; arts. 299 y 312 CCom mexicano; arts. 3335 CC nicaragüense y 424 y 438 CCom nicaragüense; arts. 611 y 650 CCom panameño; arts. 185 y 206 CCom portorriqueño; art. 1.606 CC santaluciano; arts. 1.171 CC venezolano y 98 y 388 CCom venezolano; *Hambro v Burnand* (1904), 2 KB 10; *Reckitt v Burnett, Pembroke and Slater Ltd* (1929), AC 176; art. 68 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2103]. Los Principios OHADAC prevén a tal efecto la misma solución que el resto de instrumentos internacionales de unificación de Derecho contractual [art. 2.2.7 (1) PU; art. 3:205 (1) PECL; art. II–6:109 (1) DCFR]. Concretamente disponen que, en caso de celebración por el representante de un contrato en conflicto de intereses con el representado, este tendrá derecho a solicitar su anulación. Al haber actuado el representante en el marco de su poder, se desencadenará el efecto propio de la representación, estableciéndose vínculos jurídicos directos entre representado y tercero en virtud del contrato celebrado por el representante. De este modo, dejando en manos del representado la decisión de solicitar o no la anulación del contrato celebrado por el representante, se garantizará la debida protección de sus intereses.

Pero los Principios, al mismo tiempo, tienen también presente la necesidad de proteger el interés del tercero de buena fe en preservar el contrato celebrado; a tal efecto, condicionan el derecho de anulación del representado al hecho de que el tercero no hubiera ignorado legítimamente tal conflicto. Dicha condición concurre, obviamente, si el representante ha concluido el contrato consigo mismo y, por tanto, es a la vez representante y tercero.

> Ejemplo 1: X encomienda a Y la venta de una finca de su propiedad sita en el país de Y. Este, actuando por cuenta de X, vende la citada finca a Z, de quien asimismo ha recibido la encomienda de comprar una finca en ese mismo país, y por cuya cuenta también interviene en la referida operación de compraventa. X podrá anular el contrato celebrado por Y siempre que consiga probar que Z conocía o debía conocer el conflicto de intereses. También Z podrá anular el referido contrato en la medida en que consiga probar que X conocía o debía conocer la existencia del conflicto de intereses.
>
> Ejemplo 2: X encomienda a Y la venta de una finca de su propiedad sita en el país de Y. El propio Y, interesado en la finca, acaba comprándola. X podrá anular la venta llevada a cabo por Y.

La solución acogida por los Principios OHADAC coincide plenamente con la ofrecida para estas situaciones por los Derechos colombiano y hondureño, donde se considera que el negocio concluido por el representante será anulable, a petición del representado, si el conflicto era o debía ser conocido por el tercero (art. 838 CCom colombiano; arts. 365.2 y 734.2 CCom hondureño). Asimismo se halla en clara consonancia con lo previsto, en relación con este tipo de situaciones, por los sistemas de *common law*, que parten del principio de que el representado queda vinculado por los contratos celebrados por el representante dentro del ámbito de su poder, incluso en el supuesto de que el representante haya actuado enteramente en su propio interés (*Hambro v Burnand*), admitiendo una sola excepción a esta regla: cuando el tercero conocía o debía conocer la existencia del referido conflicto [*Reckitt v Burnett, Pembroke and Slater Ltd* (1929), AC 176]. Sin embargo, los Principios se separan de lo establecido en otros ordenamientos, como es el caso de los Derechos costarricense, cubano, guatemalteco y venezolano, que al regular esta situación en relación con el factor mercantil se limitan sin más a establecer que si la autocontratación tiene lugar sin contar con la preceptiva autorización por parte del representado, los beneficios irán para este último y las pérdidas para el factor (art. 317 CCom costarricense; art. 288 CCom cubano; art. 270 CCom guatemalteco; art. 98 CCom venezolano). Igualmente se separan de lo previsto en el art. 68 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013, donde se declara la nulidad de lo que el representante pueda realizar en conflicto de intereses con el representado.

De optar el representado, en el marco de los Principios OHADAC, por la anulación del contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses, el procedimiento de anulación será en todo caso el previsto en los arts. 3.5.1 a 3.5.3 de los Principios.

Los Principios, no obstante, contemplan dos supuestos en los que el representado pierde su derecho a anular el contrato: en primer lugar, cuando el representado ha autorizado previamente la implicación del representante en el conflicto de intereses y, en segundo término, cuando el representado sabía que el representante actuaba en conflicto de intereses (bien porque el propio representante se lo hubiera revelado o por haberlo llegado conocer de cualquier otro modo) o no podía ignorar la existencia de tal conflicto, y no formuló objeción alguna. También en este punto cabe hablar de un claro paralelismo entre los Principios OHADAC y los restantes instrumentos internacionales de recopilación de principios, que sujetan igualmente a excepción el derecho de anulación del representado [art. 2.2.7 (2) PU; art. 3:205 (2) PECL; art. II–6:109 (3)].

> Ejemplo 3: El supuesto es el descrito en el Ejemplo 2, excepto que X, conociendo el interés de Y en su finca, al tiempo que le apodera para proceder a su venta, le autoriza para que, de decidirse finalmente a ello, la adquiera para sí. X no tiene derecho a solicitar la anulación del contrato celebrado por Y consigo mismo.
>
> Ejemplo 4: El supuesto es el descrito en el Ejemplo 1, excepto que Y, antes de proceder a la venta de la finca de X a Z, informa a X de que también actúa como representante de Z, y a Z de que asimismo interviene por cuenta de X. De no formular ninguno de ellos objeción alguna, ambos perderán su derecho a solicitar la anulación del contrato que celebre Y como representante tanto de X como de Z.

Artículo 2.3.7: *Sustitución del representante*

1. **Salvo disposición en contra, el representante puede designar a un tercero (sustituto) para llevar a cabo actos que no revistan un carácter personal.**
2. **Las reglas de esta sección se aplicarán a los actos del sustituto.**

COMENTARIO:

Para la ejecución de la tarea encomendada por el representado, el representante puede estimar conveniente, o incluso necesario, recurrir a los servicios de otras

personas, a las que cabe referirse como sustitutos. Así ocurre, por ejemplo, en los casos en que la tarea encomendada debe ser realizada en un lugar lejano de aquel en el que se encuentra el establecimiento del representante, o en aquellos en los que el cumplimiento de la encomienda requiere una distribución de trabajos.

Un primer grupo de ordenamientos, salvo en los casos en que el representado lo autorice expresa o implícitamente o resulte necesario por la naturaleza del encargo, no permite al representante la designación de sustitutos [arts. 1.264 CC y 277 CCom costarricense; art. 1.994 CC francés y dominicano; arts. 1.707 CC y 277 CCom guatemalteco; art. 1.758 CC haitiano; art. 3:64 CC holandés y surinamés; arts. 2.574 CC mexicano y 280 CCom mexicano; arts. 3.313 CC nicaragüense y 405 y 452 CCom nicaragüense; arts. 1.611 CC santaluciano y 248.2 CCom santaluciano; sección 3.15(2) *Restatement Third of Agency* norteamericano]. Un segundo grupo reconoce al representante la facultad de nombrar a un sustituto siempre que el representado no lo haya prohibido ni le haya exigido su actuación personal [art. 2.161 CC colombiano; art. 407.1 CC cubano; art. 1.900.1 CC hondureño; art. 1.412.1 CC panameño; art. 1.612.1 CC portorriqueño; art. 1.695 CC venezolano (implícitamente), si bien en ocasiones, en relación con el comisionista y/o con el factor mercantil, se acoge el principio contrario (arts. 261 y 296 CCom cubano; art. 645 CCom panameño; arts. 179 y 214 CCom portorriqueño; art. 387 CCom venezolano)]. Además, hay que tener presente que algunos de los países que no admiten de partida la delegación del poder, contemplan, sin embargo, ciertas excepciones a esta regla general. Es el caso de las autorizaciones legales, en que el representante delega su poder en un sustituto cuando carece de la capacidad necesaria para llevar a cabo el acto que se le ha encomendado o cuando la ley no se lo permita, resultando por ello indispensable la delegación [art. 3:64 (b) CC holandés y surinamés]; también en los supuestos en que el representado no tenga un interés especial en que sea el representante quien lleve a cabo el negocio personalmente, el mandato se refiera a bienes que se encuentren fuera del país de residencia del representante [art. 3:64 (c) CC holandés y surinamés], o la delegación del poder venga justificada por el uso [*De Busseche v Alt* (1878), 8 ChD 286, 310-311; art. 3:64 (a) CC holandés y surinamés]. En todos los sistemas jurídicos se impone necesariamente atender a los términos del poder conferido por el representado.

Los Principios OHADAC, en el primer apartado de su art. 3.3.7, optan claramente por la solución acogida en el segundo grupo de sistemas, al considerar que, salvo en los casos en que el representado disponga lo contrario (bien por excluir expresamente en el poder conferido al representante la posibilidad de que este designe sustitutos o bien por supeditarla a una autorización previa del representado), cabe entender que el representante se halla facultado para proceder a la designación de sustitutos. En este

punto, además, coinciden plenamente con el resto de instrumentos internacionales de recopilación de principios [art. 2.2.8 PU; art. 3:206 PECL; art. II-6:104 (3) DCFR]. Siguiendo la misma línea, se establece un límite al poder implícito del representante para designar sustitutos: el representante en ningún caso podrá confiar a un sustituto la realización de tareas cuyo cumplimiento pueda razonablemente esperar el representado que lleve a cabo personalmente el representante, como sucederá en los casos en que el cumplimiento de la tarea encomendada exija la experiencia personal del representante. El representante, por otra parte, como declara expresamente el CC guatemalteco (art. 1.702), en ningún caso podrá conceder al sustituto facultades más amplias que las que le fueron concedidas.

> Ejemplo 1: X encomienda a Y la compra de un inmueble en otro país. Y tiene poder implícito para designar al sustituto, S, residente en ese otro país, para que adquiera el inmueble por cuenta de X.
>
> Ejemplo 2: X encomienda a Y, experto en arte contemporáneo ruso, la elección y compra en Rusia de un cuadro con el que completar su colección de pintura de aquel país. Puesto que X espera que sea Y, por su gran conocimiento en la materia, quien lleve a cabo personalmente la elección y compra del cuadro, Y no podrá designar al sustituto S, residente en Rusia, para que proceda a la compra del cuadro por cuenta de X.

Al sustituto válidamente designado le serán de aplicación las disposiciones contenidas en la presente sección. Los actos que lleve a cabo con un tercero dentro del ámbito de su poder y del poder del que disponga el representante que lo haya designado implican el establecimiento de un vínculo jurídico directo entre el representado y el tercero. Sin embargo, en el supuesto de que la sustitución no venga permitida, la eventual designación de un sustituto por parte del representante resultará ineficaz, y tanto al sustituto como a los actos que este lleve a cabo por cuenta del representado les serán de aplicación las reglas relativas al representante sin poder (art. 2.161 CC colombiano; art. 296 CCom cubano; art. 277 CCom guatemalteco; art 1.412.2 CC panameño; art. 1.612.2 CC portorriqueño).

> Ejemplo 3. El supuesto es el descrito en el ejemplo 1. La compra del inmueble que S lleve a cabo por cuenta de X vinculará directamente a X, ya que se encuadrará tanto en el poder que X ha conferido a Y como del poder que Y ha conferido a S.

Artículo 2.3.8: ***Poder conjunto***

1. **Si dos o más representados apoderan conjuntamente a un representante responderán solidariamente frente al tercero por los actos concluidos en virtud de tal apoderamiento.**
2. **Si el representado apodera de forma conjunta a dos o más representantes, cada uno de ellos podrá realizar de forma independiente los actos encomendados, a menos que el representado disponga otra cosa.**

COMENTARIO:

Los Principios OHADAC se refieren en esta disposición a los efectos del que cabría denominar "poder conjunto", contemplando, de un lado, el supuesto en que, en virtud de un mismo instrumento de poder, son dos o más las personas que facultan a otra para la realización de uno o varios actos; y, de otro, el caso en que son varios los sujetos a los que el representado apodera a través de un mismo poder. En los textos internacionales, únicamente el DCFR (art. II–6:110) contempla este supuesto, que sí ha sido recogido en muchos sistemas nacionales.

Los Principios OHADAC siguen la regla compartida por los sistemas nacionales consistente en vincular a todos los poderdantes o representados por los actos que, en ejercicio de su poder, lleve a cabo el representante, respondiendo solidariamente frente al tercero (art. 1.276 CCom colombiano; art. 2.002 CC dominicano y francés; art. 1.716 CC guatemalteco; art. 1.766 CC haitiano; arts. 1.910 CC hondureño y 361 CCom hondureño; art. 2.580 CC mexicano; art. 3.344 CC nicaragüense; art. 1.422 CC panameño; art. 1.622 CC portorriqueño; art. 1.626 CC santaluciano; art. 1703 CC venezolano).

> Ejemplo 1: X1 y X2 apoderan conjuntamente a Y para que este, por cuenta de ambos, concierte una actuación musical de Z en el país de X1 y X2. El contrato que Y celebre con Z vinculará directamente a X1 y X2 con Z, debiendo aquellos hacer frente de forma solidaria a la remuneración que se haya pactado con Z.

Los Principios OHADAC coinciden igualmente con la mayoría de los sistemas al disponer que, en los supuestos de pluralidad de representantes, podrán estos actuar separadamente, vinculando con su actuación al representado, a menos que el poderdante haya dispuesto otra cosa imponiendo una actuación sucesiva de los representantes o asignándoles a cada uno de ellos la realización de actos diferentes

[arts. 2.153 CC y 1.272 CCom colombiano; art. 1.259 CC costarricense; art. 1.995 CC dominicano y francés; art. 269 CCom guatemalteco; art. 1.759 CC haitiano; art. 3:65 CC holandés y surinamés; art. 1.902 CC hondureño; art. 2.573 CC mexicano; art. 3.300 CC nicaragüense; art. 1.414 CC panameño; art. 1.614 CC portorriqueño; art. 1.612 CC santaluciano; *Re Liverpool Household Stores* (1890), 59 LJ Ch. 616; *Brown v Andrew* (1849), 18 LJQB 153; *Guthrie v Armstrong* (1822), 5 B & Ald 628; art. II-6:110 DCFR]. En aquellos supuestos en que los representantes actúen contraviniendo lo que el representado hubiera establecido en el poder se estará lo establecido en el art. 2.3.5 de los Principios en relación con la "actuación del representante sin poder o excediéndose de sus límites".

> Ejemplo 2: X, a través de un mismo poder, apodera a Y1 y a Y2 para la venta de un bien, propiedad de X, situado en el país de Y1 e Y2. Cualquiera de estos dos podrá, en ejercicio del poder otorgado por X, celebrar con Z el contrato de venta del bien, vinculando directamente a X en virtud del referido contrato.
>
> Ejemplo 3: El supuesto es el descrito en el Ejemplo 2, excepto que X, al apoderar a Y1 e Y2, especifica que ambos deberán actuar de forma conjunta. Si cualquiera de ellos, de manera individual, vende a Z el bien de X, estará actuando en exceso de poder, por lo que el contrato celebrado con Z no vinculará a X frente a este último, debiéndose estar a lo dispuesto en el art. 2.3.5.

Algunas legislaciones caribeñas acogen una solución diferente a la planteada por los Principios, bien por remitirse exclusivamente a lo que establezca el representado (art. 402 CC cubano), bien por imponer la actuación conjunta o por mayoría de los representantes, salvo que el representado les autorice a actuar por separado (art. 1.701 CC guatemalteco; art. 362 CCom hondureño). En aquellos supuestos en que, en virtud de un mismo poder, se apodere a varios representantes para llevar a cabo una actividad representativa en el territorio de cualquiera de tales países, resulta recomendable que el representado especifique claramente en el poder la forma en que desea que actúen los representantes frente a los terceros.

Artículo 2.3.9: *Ratificación*

1. **El acto llevado a cabo por el representante careciendo de poder o excediéndose de sus límites podrá ser ratificado por el representado. La ratificación implica que el acto en cuestión produce los mismos efectos que si se hubiera llevado a cabo existiendo poder y dentro de sus límites.**

2. **El tercero podrá, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para que ratifique. De no ratificar dentro de ese plazo, no podrá hacerlo después.**
3. **El tercero que en el momento de contratar con el representante ignoraba legítimamente la falta de poder podrá notificar al representado su rechazo a quedar vinculado por cualquier ratificación ulterior.**

COMENTARIO:

El primer apartado de este precepto recoge un principio común, consistente en que los actos llevados a cabo por un representante careciendo de poder o excediéndose de sus límites pueden ser autorizados posteriormente por el representado mediante ratificación [arts. 1.507 y 2.186 CC colombiano y 844 y 1.266.2 CCom colombiano; arts. 1.027-1.029 y 1.275 CC costarricense; arts. 420-422 CC cubano; art. 1.998 CC dominicano y francés; arts. 1611-1612 y 1.712 CC guatemalteco; art. 1.762.2 CC haitiano; art. 3:69 CC holandés y surinamés; arts. 1.906 CC hondureño y 738 CCom hondureño; arts. 1.802, 2.565 y 2.583 CC mexicano y 289 CCom mexicano; arts. 2.440 y 3.339-3.341 CC nicaragüense y 414 CCom nicaragüense; arts. 1.110 y 1.418 CC panameño; arts. 1.211 y 1.618 CC portorriqueño; art. 1.627.2 CC santaluciano; art. 1698.2 CC venezolano; *Bird v Brown* (1850), 4 Ex786, 789; *Wilson v Tumman* (1843), 6 Man & G 236; sección 4.01 (1) *Restatement Third of Agency* norteamericano); art. 63.3 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 15.1 CG; art. 2.2.9 (1) PU; art. 3:207 (1) PECL; art. II–6:111 (1) DCFR].

No obstante, hay que tener presente que la posibilidad de que el representado ratifique los actos del representante queda en todo caso limitada a los supuestos de representación revelada. En los ordenamientos de tradición civilista, la posibilidad de que el representado ratifique el acto del representante queda limitada a los supuestos en que el representante haya actuado en nombre del representado, al no admitirse la ratificación por el representado de los actos que el representante sin poder pueda llevar a cabo bajo cualquier otra fórmula (art. 2.186 CC colombiano; art. 1.275 CC costarricense; art. 738 CCom hondureño; arts. 1.802 y 2.583 CC mexicano; arts. 2.440 y 3.339 CC nicaragüense; art. 1.110 CC panameño; art. 1.211 CC portorriqueño). Igualmente, en los países de *common law* se excluye la posibilidad de que el representado ratifique el acto del representante en los supuestos de *undisclosed principal*, al estimarse que si el representado resultaba desconocido en el momento en el que el representante concluyó el contrato con el tercero, no es posible que lo

ratifique [*Keighley Maxsted & Co v Durant* (1901), AC 240; *Siu Yin Kwan v Eastern Ins* (1994), 2 AC 199]. En estos países solo se permite que el representado ratifique el contrato concluido por el representante si este último, al contratar, lo hizo como tal representante, bien nombrando al representado (*named principal*) o, al menos, descubriendo su existencia pese a no identificarlo (*unnamed principal)* [*Hagedorn v Oliverson* (1814), 2 M & S 485; *Eastern Construction Co Ltd v National Trust Co Ltd* (1914), AC 197, 213; *Southern Water Authority v Carey* (1985), 2 All ER 1077, 1085; secciones 4.01 (3) (a) y 4.03 *Restatement Third of Agency* norteamericano]. Y ello, incluso, en el supuesto de que el representante hubiera intentado defraudar al representado [*Re Tiedemann & Ledermann Frères* (1899), 2 QB 66].

La facultad del representado de ratificar el acto del representante conoce asimismo otras condiciones: es necesario que, al tiempo en el que se realizó el acto que se pretende ratificar, el representado hubiera podido realizarlo personalmente de manera válida. Igualmente, resulta exigible que el acto no autorizado que se pretenda ratificar no se halle prohibido por ley ni sea un acto nulo, ya que la ratificación de un acto de esta naturaleza en ningún caso va a determinar su validación.

La ratificación, al igual que se establece en relación con el poder en el art. 2.3.2 (1) de los Principios, no se halla sujeta a ninguna condición de forma [art. 2.186.2 CC colombiano; art. 1.275.2 CC costarricense; art. 422 CC cubano; art. 1.998.2 CC dominicano y francés; arts. 1.612 y 1.712 CC guatemalteco; art. 1.762.2 CC haitiano; arts. 1.906.2 CC hondureño y 738 CCom hondureño; arts. 3.339.2 y 3.340 CC nicaragüense; art. 1.418.2 CC panameño; art. 1.618.2 CC portorriqueño; art. 1.627.2 CC santaluciano; art. 1.698 CC venezolano; *Cornwall v Henson* (1750), 1 Ves Sen 509; sección 4.01 (2) *Restatement Third of Agency* norteamericano; art. 15.8 CG; art. 3:207 PECL]. La ratificación puede llevarse a cabo mediante declaración expresa dirigida al representante o al tercero, siendo esta, de hecho, la fórmula más habitual en la práctica. Pero asimismo cabe la posibilidad de una ratificación tácita, considerándose como tal la que se infiere de los actos del representado, cuando estos demuestran de manera inequívoca que la intención del representado es adoptar el contrato celebrado por el representante; así sucede, por ejemplo, cuando el representado acepta los beneficios que nacen del contrato o cumple voluntariamente las obligaciones frente al tercero. La mera aquiescencia pasiva, por sí misma, no implica una ratificación tácita (en contra el art. 3.340.2 CC nicaragüense), pero puede llegar a tener tal efecto de combinarse con otras circunstancias: por ejemplo, cuando el representado tenga conocimiento de que el tercero estima que aquel ha aceptado el acto realizado por el representante careciendo de poder y, sin embargo, no da los pasos necesarios en un tiempo razonable para repudiar la operación [*Moon v Tower*s (1860), 8 CB (NS) 611;

Michael Elliott & Partners v UK Land (1991), 1 EGLR 39). Algún ordenamiento no admite con carácter general la libertad de forma para la ratificación, al imponer la observancia de una determinada forma, ya sea la requerida para el contrato que se ratifica (art. 1.802.1 CC mexicano, contradictoriamente con art. 2.583 CC; art. 844 CCom colombiano) o para el otorgamiento del poder (art. 3:69.2 CC holandés y surinamés).

> Ejemplo: Y contrata con Z, por cuenta de X, la compra de un bien, pero lo hace por un precio superior a aquel que Y había sido autorizado a pagar. Al recibir X la factura de Z no formula ninguna objeción, procediendo al pago mediante transferencia bancaria de la suma que en la referida factura aparece indicada. Aun cuando X no haya declarado de manera expresa su intención de ratificar, ni haya informado a Y y a Z del pago efectuado, llegando Z a tener conocimiento de él por medio del banco, el pago efectuado por X de la suma indicada en la factura supone una ratificación tacita del contrato celebrado entre Y y Z.

La ratificación del representado presenta en todo caso eficacia retroactiva [art. 844 CCom colombiano; art. 1.029 CC costarricense; art. 1.611 CC guatemalteco; art. 3:69.1 CC holandés y surinamés; art. 3.341 CC nicaragüense; *Bolton Partners v Lambert* (1888), 41 ChD 295; *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co Ltd v Farnham (Inspector of Taxes)* (1957), 1 WLR 1051; sentencia de la *High Court* de Trinidad-Tobago en *Drew v. Caribbean Home Insurance Co Ltd* (1987), No 2993 de 1985 (Carilaw TT 1987 HC 94); sección 4.02 (1) *Restatement Third of Agency* norteamericano; art. 15.1 CG; art. 2.2.9 (1) PU; art. 3:207 (2) PECL; art. II–6:111 (2) DCFR]. Así pues, el acto del representante, una vez ratificado, producirá los mismos efectos que si se hubiera llevado a cabo contando el representante desde el principio con el debido poder: vinculación jurídica directa entre representado y tercero, y liberación del representante de cualquier tipo de responsabilidad frente al tercero.

En caso de ratificación parcial del acto del representante, quedará en manos del tercero la posibilidad de rechazarla, ya que tal ratificación equivaldrá a una propuesta de modificación por parte del representado del contrato concluido por el tercero con el representante [art. 3:69.4 CC holandés y surinamés; art. 15.4 CG]. No obstante, en los sistemas de *common law,* si el representado ratifica una parte del contrato cabe entender que lo ha ratificado en su totalidad [*Cornwal v Wilson* (1750), 1 Ves Sen 509; *Re Mawcon Ltd* (1969), 1 WLR 78]. La exigencia de que la ratificación sea total se prevé expresamente en las secciones 4.01 (3) d) y 4.07 del *Restatement Third of Agency* norteamericano].

El representado, una vez que haya ratificado el acto del representante y tal circunstancia llegue a conocimiento del tercero, no podrá revocar la ratificación llevada a cabo, ya que tal revocación supondría una retirada unilateral del representado del contrato que ya le vincula con el tercero (art. 15.5 CG). De ahí, por tanto, que solo quepa hablar de una eventual revocación por el representado del acto de ratificación si tal revocación tiene lugar antes de que el acto en cuestión llegue a conocimiento del tercero.

La eficacia retroactiva de la ratificación conoce, sin embargo, algunos límites. Así, en los supuestos en que el representado, en el momento de la actuación del representante, aún no existiera o no se hallara identificado, y tras su determinación o identificación ratifique el acto del representante, solo pasará a quedar obligado frente al tercero desde el momento de su existencia o de su identificación (art. 3:207 PECL). Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la ratificación por parte de una sociedad de los actos realizados en su nombre antes de su constitución, cuando sea posible conforme a la ley rectora de la sociedad. Tales actos, una vez ratificados, solo pueden producir efecto desde la fecha de constitución de la sociedad. Igual se puede decir de aquellos supuestos en los que el acto objeto de ratificación se halle sujeto a alguna forma de publicidad constitutiva, como sucede en el caso de la hipoteca, ya que dicho acto no podrá ser inscrito hasta después de la ratificación.

Asimismo, la ratificación del representado producirá efecto aun en el supuesto de que el acto ratificado ya no pueda ser efectivamente ejecutado al tiempo de la ratificación (art. 15.6 CG).

Los Principios no entran en ningún caso a regular los efectos que la ratificación del representado pueda tener sobre los derechos que el representante haya podido constituir a favor de terceros en el tiempo transcurrido entre el acto del representante y la ratificación del representado. Es el caso del conflicto que se produce si el representado procede a la venta a una tercera persona de un bien que con anterioridad había sido vendido por el falso representante a un tercero, ratificando el representado el contrato celebrado por el falso representante. El conflicto que en tal caso se suscitará entre la tercera persona y el tercero que contrató con el falso representante, al no quedar regulado en los Principios, se habrá de solventar atendiendo a lo dispuesto en la ley reguladora del contrato ratificado. En este punto, los Principios OHADAC adoptan el mismo planteamiento que los PU, que tampoco regulan la cuestión, separándose sin embargo del planteamiento seguido en otros sistemas [art. 844 CCom colombiano; art. 1.338.3 CC francés y dominicano; art. 3.341 CC nicaragüense; *Smith v Henniker-Major* (2003), Ch 182, 71, 73; *The Borvigilant* (2003), 2 Lloyd´s Rep 520, 70; art. 3:207 (2) PECL; art. II–6:111 (2) DCFR].

La ratificación por el representado, salvo en aquellos casos en que se prevea un plazo legal, podrá llevarse a cabo en cualquier momento dentro de un plazo que se considere razonable desde que el representado hubiera tenido conocimiento de la realización del acto no autorizado [*Re Portuguese Consolidated Copper Mines* (1890), 45 Ch D 16; *Bedford Ins Co Ltd v Instituto de Ressaguros do Brasil* (1985), QB 966, 987]. Es indiferente que el tercero, al contratar con el representante, hubiera conocido que este carecía de poder o actuaba fuera de sus límites, o que tal circunstancia la haya acabado conociendo posteriormente. En ambos casos el interés del tercero es salir cuanto antes de la duda de si el representado ratificará o no el acto del representante. De ahí que los Principios OHADAC, acogiendo en este punto el planteamiento seguido en determinados sistemas, reconozcan al tercero el derecho de interpelar al representado, concediéndole un plazo razonable para que, de tener intención de ratificar, lo haga [art. 420 CC cubano; art. 3:69.4 CC holandés y surinamés; *Metropolitan Asylums Board v Kingham* (1890), 6 TLR 217; *Dibbins v Dibbins* (1896), 2 Ch 348; sección 4.05 (3) *Restatement Third of Agency* norteamericano; art. 2.2.9 (3) PU; art. II–6:111 (3) DCFR]. El derecho de interpelación del tercero se reconoce igualmente en los PECL, si bien de forma más restringida, pues su art. 3:208 limita la facultad del tercero de demandar una confirmación del poder o la ratificación a los supuestos en que, por las declaraciones o la conducta del representado, pueda considerarse existente un poder aparente, pero el tercero tenga dudas acerca de la existencia del poder, disponiendo además que la respuesta del representado en tales casos deberá ser inmediata.

La ratificación por el representado dentro del plazo fijado deberá ser notificada al tercero. Si transcurre dicho plazo sin que el representado proceda a la ratificación, esta deberá entenderse denegada, perdiendo el representado la posibilidad de efectuarla en cualquier otro momento posterior. También en este último punto los Principios OHADAC acogen la solución prevista en los ordenamientos que reconocen al tercero la facultad de interpelación, que es asimismo la solución por la que optan los PU y el DCFR, separándose, sin embargo, del planteamiento seguido por los PECL, donde se prevé que el silencio del representado ante la demanda de ratificación formulada por el tercero se habrá de entender como una autorización de la actuación del representante.

No es posible que el representado ratifique el acto del representante después de que, de palabra, le haya hecho saber al tercero que su intención es no ratificar. Lo mismo ocurre si el tercero no usa su derecho de interpelación al representado y la intención de no ratificar puede inferirse del transcurso de un tiempo razonable desde que el representado tuvo conocimiento de la realización del acto no autorizado o de la propia

conducta del representado. Así sucederá cuando este guarde silencio durante un tiempo razonable después de haber recibido del tercero notificación de su intención de retirarse del contrato [*McEvoy v Belfast Banking Co* (1935), AC 24].

Los Principios OHADAC, al igual que hacen el CG (art. 15.2, primer inciso) y los PU [art. 2.2.9 (3)], reconocen asimismo al tercero otro derecho en el caso de que, al tiempo de contratar con el representante, no conociera o no debiera conocer su falta de poder. Se trata de la posibilidad de que el tercero "de buena fe" se dirija al representado, antes de que este proceda a la ratificación del acto de representante, comunicándole su rechazo a quedar vinculado por cualquier ratificación. Se evita así que en estas situaciones el representado sea el único con poder de especular, decidiendo, en función del desarrollo del mercado, si ratifica o no.

De este modo, los Principios OHADAC toman abiertamente partido en favor de los intereses del tercero, y más concretamente, del tercero "de buena fe", en una cuestión que divide a los ordenamientos caribeños, como es la relativa a la posibilidad de que el tercero se retire del contrato celebrado con el falso representante. Cabe hablar al respecto de dos grandes grupos de sistemas jurídicos: de un lado, aquellos en los que se reconoce al tercero la facultad de revocar o rechazar el contrato antes de su ratificación por el representado, en principio limitada a los supuestos en que el tercero no hubiera conocido al tiempo de contratar la falta de poderes del representante [art. 3:69.3 CC holandés y surinamés; art. 738 CCom hondureño; art. 1.802.1 CC mexicano; art. 2.440.2 CC nicaragüense; art. 1.110.2 CC panameño; art. 1.211.2 CC portorriqueño; sección 4.5 (1) *Restatement Third of Agency* norteamericano]. Otros ordenamientos niegan en principio tal posibilidad al tercero, actúe o no "de buena fe", con diversas matizaciones [*Bolton Partners v Lambert* (1889), 41 Ch D 295]. Dado que la ratificación por el representado, de no existir un plazo legal a tal efecto, necesariamente se ha de llevar a efecto dentro de un tiempo razonable, cabría igualmente hablar del derecho del tercero "de buena fe", en aquellos casos en que el representado ratifique el acto en un tiempo irrazonable, a rechazar la vinculación derivada de la ratificación notificándolo prontamente al representado (art. 15.2, segundo inciso CG).

Artículo 2.3.10: *Extinción y restricción del poder*

1. **La extinción del poder o su restricción no surtirán efecto frente al tercero salvo que este las haya conocido o debido conocer.**
2. **Aun cuando las haya conocido, ni la extinción ni la restricción del poder surtirán efecto frente al tercero,**

subsistiendo el poder del representante, cuando el representado se hubiera obligado frente al tercero a no revocarlo o restringirlo.

3. **A pesar de la extinción de su poder, el representante, durante un tiempo razonable, seguirá estando facultado para realizar cuantos actos resulten necesarios para proteger los intereses del representado o de sus herederos.**

COMENTARIO:

La presente disposición no regula las causas de extinción del poder, ya que se considera que se trata de una cuestión perteneciente al ámbito de las relaciones internas entre representado y representante, y tales relaciones, como declara el artículo 2.3.1 (2), quedan al margen de esta sección. La determinación de tales causas, que vienen a variar considerablemente de un ordenamiento a otro, se habrá de llevar a cabo a la luz de la que resulte ser en cada caso la ley reguladora de la relación interna. Los Principios OHADAC, en este punto, siguen claramente el modelo de los PU [art. 2.2.10 (1)] y del DCFR [art. II–6:112 (1)], que tampoco aluden a las causas de extinción del poder, separándose abiertamente del planteamiento seguido en los PECL, que, al igual que el CG, recogen una relación de causas o motivos de extinción [art. 3:209 (1) PECL].

Los Principios OHADAC regulan la dimensión externa de dicha extinción, esto es, su oponibilidad frente al tercero, estableciendo al respecto que la extinción del poder (cualquiera que sea el motivo por el que se produzca) no tendrá efecto frente al tercero más que en el caso de que este la haya conocido o la haya debido conocer. El mismo principio es aplicable a los supuestos de restricción o limitación del poder por parte del representado [art. 1.170 CC venezolano; art. II-6:112 DCFR]. El poder del representante subsiste, pese a que se haya extinguido o haya sido restringido, hasta que el tercero tenga noticia de tal extinción o restricción, o la haya debido conocer. Hasta ese momento, los actos llevados a cabo por el representante serán válidos y surtirán plenos efectos entre el tercero y el representado, quedando en manos del tercero la decisión de exigir o no al representado el cumplimiento de lo acordado con el representante ignorando la extinción o la limitación del poder. Es intrascendente que el representante hubiera tenido conocimiento de la extinción o restricción del poder. En tales situaciones, en definitiva, el poder expreso o tácito del representante subsiste de cara al tercero como un poder aparente.

Ejemplo 1: Y es representante asalariado de X en el país de Y, teniendo encomendada la celebración de contratos con terceros por cuenta de X. Tras la quiebra de X, Y celebra un contrato con Z, que ignora tal circunstancia. Aun cuando la quiebra de X determine la extinción del poder de Y, este se considerará subsistente frente a Z, quien quedará vinculado frente a X por el contrato celebrado con Y.

Los Principios OHADAC siguen una regla extendida [arts. 2.199 CC colombiano y 843 CCom colombiano; arts. 2.005 y 2.008-2.009 CC francés y dominicano; arts. 1.769 y 1.772-1.773 CC haitiano; art. 3:76 CC holandés y surinamés; art. 1.628 CC santaluciano; *Blades v Free* (1829), 9 B & C 167; *Scarf v Jardine* (1882), 7 App Cas 345; *Overbrooke Estates Ltd v Glencombe Properties Ltd* (1974), 1 WLR1335)], aun cuando algunos sistemas únicamente mantienen la subsistencia del poder en los supuestos en que su extinción o restricción sea también desconocida por el representante, y en general en los casos de revocación notificada al representante [arts. 1.287 CC costarricense y 320 CCom costarricense; arts. 66 CC cubano y 279 y 291 CCom cubano; arts. 2.205 y 2.008-2.009 CC dominicano; arts. 1.719 y 1.723 CC guatemalteco y 266.2 y 272 CCom guatemalteco; arts. 1.913 y 1.917 CC hondureño y 356.2 y 360 CCom hondureño; arts. 2.597 y 2.604 CC mexicano y 307 y 319-320 CCom mexicano; arts. 3.349-3.350 y 3.355 CC nicaragüense y 433, 445 y 447 CCom nicaragüense; arts. 1.425 y 1.429 CC panameño y 279 y 290-291 CCom panameño; arts. 1.625 y 1.629 CC portorriqueño y 614 CCom portorriqueño; arts. 1.170, 1.707 y 1.710 CC venezolano y 106 y 406 CCom venezolano; secciones 3.07 (2), 3.08 (1), 3.10 (1) *Restatement Third of Agency* norteamericano; art. 19 CG; art. 2.2.10 (1) PU; art. 3:209 (1) PECL; art. II–6:112 (1) DCFR].

Se considerará que el tercero tiene conocimiento de la extinción o de la restricción del poder en los supuestos en que el representado o el representante se las haya notificado. Pero, a falta de notificación, la decisión sobre si el tercero habría o no debido conocer tal extinción o restricción dependerá de las circunstancias del caso. Cabrá considerar que el tercero las debió conocer cuando aquellas se hubieran hecho públicas por las mismas vías por las que en su momento se hiciera público el otorgamiento del poder o cuando hubieran sido objeto de anotación en un Registro. En este sentido, y de manera expresa, se manifiesta el DCFR [art. II–6:112 (3)].

Ejemplo 2: X abre una sucursal de su empresa en una ciudad extranjera, anunciando en un periódico local, además de la apertura de la sucursal, la designación de Y como director, con plenos poderes para actuar por cuenta de X. Cuando X revoque el poder otorgado a Y, el anuncio de tal revocación en el mismo periódico local en el que en su día se anunció la apertura de la sucursal será suficiente para que la revocación surta efecto frente a los clientes de X en dicha ciudad.

Tan solo en un caso la extinción o la restricción del poder devendrán ineficaces frente al tercero, pese a resultar aquellas conocidas por este último. Se trata del supuesto en que el representado haya asumido frente al tercero la obligación de no revocar o restringir el poder del representante, supuesto en el que el poder, de acabar siendo revocado o restringido por el representado, seguirá subsistiendo frente al tercero a pesar de tener este último conocimiento de tal revocación o restricción [sección 3.10 (2) *Restatement Third of Agency* norteamericano; artículo II–6:112 (2) DCFR]. En cualquier caso, esta situación, contemplada expresamente en los Principios OHADAC, no va a ser muy habitual en la práctica, dado el carácter excepcional que los poderes irrevocables presentan en la mayoría de los ordenamientos. Partiendo del carácter revocable que presenta el poder en todos los ordenamientos, tan solo de manera excepcional se admite el otorgamiento de un poder irrevocable. De hecho, la mayoría de los ordenamientos solo lo aceptan bajo ciertas condiciones [art. 1.279 CCom colombiano; art. 3:74 CC holandés y surinamés; *Gaussen v Morton* (1830), 10 B & C 731, 734; *Frith v Frith* (1906), AC 254; secciones 3.12 y 3.13 *Restatement Third of Agency* norteamericano; art. II-6:112.2 DCFR], con excepción de algunos casos en que se prevé legalmente [secciones 4 y 5.3 *Powers of Attorney Act* de 1971; secciones 9, 11 y 13 *Mental Capacity Act* de 2005; art. 1705 CC venezolano).

Los Principios OHADAC, finalmente, consagran el que cabría calificar como "poder de necesidad", que no es más que la facultad del representante para seguir realizando, tras la extinción del poder que le fuera otorgado por el representado, todos aquellos actos que puedan resultar necesarios para evitar un daño a los intereses de este o, en su caso, de sus herederos [arts. 2.193-2.194 y 2.196 CC colombiano; arts. 1.283-1.285 CC costarricense; art. 412 CC cubano; arts. 1.991.2 y 2.010 CC dominicano y francés; arts. 1.722 y 1.724 CC guatemalteco; arts. 1.755.2 y 1.774 CC haitiano; art. 3:73.1 y 2 CC holandés y surinamés; arts. 1.897.2, 1.916 y 1.918 CC hondureño; arts. 2.600-2.603 CC mexicano; arts. 3.351-3.353 CC nicaragüense; arts. 1.409.2, 1.428 y 1.430 CC panameño; arts. 1.609.2, 1.628 y 1.630 CC portorriqueño; arts. 1.609.2, 1.629, 1.658 y 1.660 CC santaluciano; arts. 1.711-1.712 CC venezolano; art. 20 CG; art. 2.2.10 (2) PU; art. 3:209 (3) PECL; art. II–6:112 (4) DCFR].

Los Principios OHADAC, al igual que el resto de instrumentos internacionales, prevén la continuidad del poder independientemente del motivo que haya determinado su extinción. Y al igual que los demás instrumentos limitan materialmente tal continuidad, al contemplar únicamente la realización por el representante de los actos "necesarios" para preservar los intereses del representado o de sus herederos. Finalmente, la vigencia de este "poder de necesidad" no es en ningún caso indefinida, manteniéndose solamente durante un tiempo razonable tras la extinción del poder

conferido por el representado, limitación temporal que cabe igualmente encontrar en los PECL y en el DCFR, aunque no así en los PU.

> Ejemplo 3: X otorga poder a Y para que proceda a la compra, por cuenta de X, de una partida de productos perecederos. Tras la compra de dicha partida, Y es informado de la muerte de X. A pesar de la extinción del poder a consecuencia de la muerte de X, Y continúa estando autorizado para proceder, bien a la reventa de los productos comprados, bien a su depósito en un almacén adecuado.

CAPÍTULO 3
VALIDEZ DEL CONTRATO

Sección 1. Disposiciones generales

Artículo 3.1.1: *Validez del mero acuerdo*

Un contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

COMENTARIO:

En los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales el mero acuerdo de las partes es suficiente para que haya contrato o para que el mismo se modifique o extinga, sin que sea necesario ningún requisito adicional. Con esta norma los Principios se distancian de lo dispuesto en la mayoría de los ordenamientos del Caribe que, por inspiración del art. 1.108 CC francés, añaden al consentimiento de las partes, como requisitos adicionales para la validez del contrato, que el acuerdo recaiga sobre un objeto posible y lícito, así como la concurrencia de causa (*ad ex.* art. 1.502 CC colombiano; art. 1.108 CC dominicano y francés; art. 1.552 CC hondureño; arts. 1.872 y 2.447 CC nicaragüense; art. 1.112 CC panameño; art. 1.213 CC portorriqueño; 1.141 CC venezolano). También se distancian los Principios en este punto del Derecho inglés, ya que en el *common law* el mero acuerdo de las partes no es suficiente para que haya contrato, sino que se requiere además *consideration* e *intention,* o intención de las partes de crear relaciones jurídicas. Un caso particular es el del CC santaluciano que en el art. 923, aunando la tradición francesa y la anglosajona, considera *cause* y *consideration* como sinónimos.

Sin embargo, los Principios entroncan en este punto con la tendencia manifestada en los textos europeos e internacionales de armonización del Derecho de contratos, que prescinden de cualquier requisito de validez del contrato más allá del acuerdo de las partes (art. 3.1.2 PU) o, a lo sumo, añaden a la concurrencia de consentimiento la necesidad de que haya una intención de las partes de obligarse jurídicamente (art. 2:101 PECL; art. II-4:101 DCFR; art. 30 CESL). Tampoco el CC holandés, al igual que el

surinamés, exige para la validez de los acuerdos más que la voluntad de las partes (art. 6:217).

La causa ha desaparecido como requisito de validez del contrato en el Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013 (art. 85). Algunos ordenamientos del Caribe también han prescindido de la causa al enumerar los distintos requisitos de validez del contrato (art. 1.251 CC guatemalteco o art. 1.794 CC mexicano).

El origen histórico tanto de la causa como de la *consideration* se encuentra estrechamente vinculado a la distinción de obligaciones gratuitas y onerosas, cuya relevancia en materia de comercio internacional es mínima. Por lo demás, ambas instituciones, como requisito de validez del contrato, han estado siempre imbuidas de un cierto carácter esquivo e incluso irritante, y su presencia solo se ha justificado en los ordenamientos nacionales a partir de ciertas funciones que son perfectamente prescindibles, sobre todo en el ámbito de la contratación internacional.

Por un lado, la causa ha desplegado una función de control de los acuerdos que persiguen una finalidad ilícita. Dicha función, en la contratación internacional, se canaliza a través del control externo del contrato mediante la aplicación de normas imperativas internacionales o nacionales (art. 3.3.1 de los Principios). Otro tanto cabría decir del requisito de la ilicitud del objeto.

Por otra parte, mediante la exigencia de causa como requisito de validez de los contratos se trata de excluir la eficacia jurídica del acuerdo meramente aparente de las partes cuando carecen de voluntad real de obligarse, función que en el *common law* queda asignada al requisito de la *intention*. Su función tiene que ver, generalmente, con la eficacia de promesas o acuerdos en ámbitos sociales y familiares, de escasa relevancia en el ámbito comercial. En todo caso, este papel tanto de la causa como de la *intention* es igualmente injustificado, pues la cuestión de si ha habido o no consentimiento por las partes es una cuestión de interpretación, que se resolverá conforme a las reglas establecidas en la sección primera del capítulo 4 de estos Principios. Así, no es necesario un requisito adicional al acuerdo de las partes para privar de eficacia a los contratos simulados, si se interpreta que la apariencia de acuerdo no es un acuerdo y, por lo tanto, donde haya simulación de contrato simplemente no habría consentimiento ni contrato. Del mismo modo, los supuestos de violencia física que implican la falta absoluta de consentimiento no se consideran vicios del consentimiento e implican la inexistencia del contrato conforme a lo dispuesto en la presente disposición. En consecuencia, en estos Principios el requisito

de la intención real de obligarse queda subsumido en el único requisito de existencia de acuerdo, y en el propio concepto de "acuerdo".

El hecho de que la causa o la *consideration* no determinen la validez del contrato no implica que sean elementos intrascendentes a otros efectos. Así, la finalidad del contrato o la *consideration* están en la base de muchas reglas, como por ejemplo la que prevé la resolución del contrato por frustración de su finalidad (art. 6.3.2) o las que determinan la existencia de un incumplimiento esencial (art. 7.1.2).

Finalmente, los Principios se decantan por una caracterización personal de los contratos, excluyendo categorías específicas como las de los "contratos reales", que requieren condiciones adicionales de validez, generalmente vinculadas a actos de disposición sobre bienes. Tal distinción se encuentra claramente en desuso, por lo que los Principios se alinean claramente con la corriente dominante tanto en el Derecho comparado como en el Derecho internacional.

Artículo 3.1.2: *Libertad de forma*

Los contratos son válidos con independencia de su forma de celebración.

COMENTARIO:

Este artículo recoge el principio de libertad de forma, que es consecuente con el principio que hace depender la validez del contrato del mero intercambio de declaración de voluntades a través de la oferta y la aceptación. En consecuencia, el contrato es válido con independencia de la forma de celebración, planteándose su existencia como una mera cuestión de prueba de las declaraciones de voluntad.

El principio de libertad de forma en los contratos presenta un alcance general en el Derecho comparado. Los sistemas caribeños tributarios de modelos romano-germánicos lo contemplan a menudo de forma expresa (*ad ex.* art. 1.008 CC costarricense; art. 411 CCom costarricense; art. 50 CC cubano; art. 1.574 CC guatemalteco; art. 3:37 y 6:226 CC holandés y surinamés; art. 1.574 CC hondureño; art. 1.796 CC mexicano; arts. 2.448 y 2.449 CC nicaragüense; art. 1.230 CC portorriqueño; art. 1.134 CC santaluciano; art. 1.355 CC venezolano). Así lo hace asimismo el artículo 79 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones elaborado por el Ministerio de Justicia en 2013. El Derecho inglés acoge asimismo el principio general de libertad de forma [*Beckham v Drake* (1841), 9 M & W, 79, 92; art. 4 *Sale of Goods Act* 1979), así como el Derecho norteamericano (sección 3 *Restatement Second of*

Contracts). El principio se formula igualmente en los arts. 11 CV, 1.2 PU, 2:101 (2) PECL, II-1:106 DCFR y 6 CESL.

Todos los sistemas, sin embargo, conocen excepciones al principio de libertad de forma, exigiendo como condición imperativa de validez para determinados contratos la concurrencia de una determinada forma. Dichos contratos reciben la calificación de "solemnes" en los sistemas romano-germánicos, y así se denominan en algunos códigos civiles (*ad ex.* arts. 1.007 y 1.009 CC costarricense; art. 411 CCom costarricense; art. 1.500 CC colombiano; art. 1.577 CC guatemalteco; art. 1544 CC hondureño; art. 2.228 CC mexicano; art. 7 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013). En la sección 6 del *Second Restatement of Contracts* dichos contratos se denominan "*formal contracts".*

No siempre resulta sencillo determinar cuándo una determinada exigencia formal es, en efecto, una condición de validez del contrato y cuándo un requisito para que se produzca algún efecto no obligacional, como la adquisición de un derecho real, la transferencia de la propiedad o la constitución de una sociedad mercantil. Pero en todos los sistemas se encuentran supuestos claros en que la exigencia de una determinada formalidad (escrito, documento público, etc.) es condición para la validez del contrato, resultando su nulidad en caso de inobservancia. En los sistemas caribeños de raíz romano-germánica es usual encontrar la exigencia de escrito o documento público como condición de validez de contratos que tengan por objeto derechos reales inmobiliarios, de sociedad, de depósito, de mandato, de determinada cuantía (*ad ex.* arts. 51, 339, 396.3 y 424 CC cubano; arts. 931, 1.347, 1.348, 1.834, 2.127 CC francés y dominicano; art. 1.575 CC guatemalteco; art. 1.575 CC hondureño; arts. 2.316 y 2.690 CC mexicano; arts. 2.483 y 3.182 CC nicaragüense; arts. 1.131 y 1.358 CC panameño; art. 1.232 CC portorriqueño).

También el *common law* encuentra importantes excepciones. Por una parte, en los contratos gratuitos o carentes de *consideration*, la forma perentoria (*deed)* cumple una función alternativa a la *consideration.* Por otra parte, algunas normas escritas han introducido exigencias formales para determinados contratos, que admitirían asimismo la calificación de "solemnes". Así ocurre, por ejemplo, con la necesidad de *deed* en contratos de arrendamiento de inmuebles (secciones 52 y 54 *Law of Property Act* de 1925), la constancia escrita en obligaciones cambiarias (secciones 3 y 17 de la *Bill of Exhange Act* de 1882), garantías mobiliarias [*Bill of Sales Act 1878 (Amendment) Act* de 1882], compraventa de inmuebles (sección 2 de la *Law of Property Act* de 1989), o la presencia de "*note of memorándum"* en los contratos de fianza (art. 4 del *Statute of Frauds* de 1677). Dado que se trata de exigencias contenidas en Derecho escrito, en muchos casos su aplicación en los territorios de la Commonwealth se ha operado a

través de su incorporación en legislación específica [sección 47 *Property Act, Cap. 236* (Barbados); sección 43 (1) *Property Act, Cap. 192* (Belice); sección 4 (1) *Conveyancing and Law of Property Act, Ch. 10:04* (San Cristóbal y Nieves); sección 4 (1) *Conveyancing and Law of Property Act, Cap. 26:01* (Trinidad y Tobago); art. 6 (1) *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 6 (1) *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 6 (1) *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 6 (1) *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 6 (1) *Sale of Goods Act* de Belice; sección 5 (1) *Sale of Goods Act* de Jamaica; *Contracts in Writting Act* de Antigua y Barbuda, (Ch 100)]. La jurisprudencia caribeña tributaria del *common law* muestra asimismo precedentes sobre la necesaria presencia de tales formalidades como condición de validez del contrato [*ad ex.* sentencia de la *Court of Appeal* de Jamaica en el asunto *Singer Sewing Co v Montego Bay Co-operative Credit Union Ltd* (1997), 34 JLR, 251; sentencia de la *Court of Appeal* de las Islas Caimán en *Strada Investments Ltd v Temora Investment Ltd* (1996), CILR, 246; sentencia del *Privy Council* en *Elias v George Sahely & Co (Barbados) Ltd* (1982), 3 WLR, 956]. En el Derecho norteamericano, las exigencias formales se extienden a contratos *under seal,* transacciones y obligaciones cambiarias e instrumentos negociables (Artículo 3 UCC).

El principio de libertad de forma contemplado en los Principios OHADAC no impide la consideración de las formalidades exigidas por las leyes nacionales que condicionan la validez del contrato. En muchos casos, dichas formalidades son imperativas desde el punto de vista internacional, y en consecuencia podrán ser tenidas en cuenta o aplicadas en virtud de lo dispuesto en el punto III del Preámbulo. Así, la ley del lugar de situación del inmueble o la ley del lugar de constitución de la sociedad podrán ser aplicadas en la medida en que afecten a contratos sobre inmuebles o sociedades constituidas en su territorio. Tampoco cabe descartar que, dada la naturaleza de la elección de los Principios OHADAC, un tribunal estatal decida limitar el efecto del principio de libertad de forma establecido en los Principios cuando la ley estatal aplicable al contrato exija una formalidad con carácter imperativo. Esta posibilidad es mayor cuanto mayor sea la conexión del contrato con dicha ley estatal, en particular cuando resultaría aplicable en defecto de elección.

Artículo 3.1.3: *Imposibilidad inicial*

La imposibilidad de cumplimiento del contrato en el momento de su celebración no afectará a su validez, sin perjuicio del derecho de las partes a invocar las normas sobre fuerza mayor.

COMENTARIO:

La imposibilidad de ejecución del contrato, y más concretamente la imposibilidad de su objeto, ha sido considerada tradicionalmente como una causa de nulidad o inexistencia del contrato (*impossibilium nulla obligatio est)*. Dicha regla se encuentra contemplada en buena parte de los códigos civiles vigentes en los sistemas caribeños (*ad ex.* arts. 1.518 CC colombiano; arts. 627 y 631 CC costarricense; arts. 1.599 y 1.601 CC dominicano y francés; art. 1.564 CC hondureño; art. 1.827 CC mexicano; art. 1.832 CC nicaragüense; art. 1.123 CC panameño; art. 1.224 CC portorriqueño; art. 70 Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013).

Los textos más modernos, sin embargo, defienden una regla como la mantenida en estos Principios, que disipa cualquier duda no solo sobre la validez de los contratos que recaen sobre una cosa futura o que no se encuentra a disposición de las partes en el momento de contratar, sino también sobre prestaciones que en el momento de contratar resultan material, personal o incluso legalmente imposibles (art. 3.1.3. PU; art. 4:102 PECL; art. II-7:102 DCFR).

La solución que se propone en los Principios es la validez del contrato. En el caso de que las partes ignorasen o no pudieran prever la imposibilidad del objeto o de la ejecución del contrato, los Principios no se decantan por aplicar la doctrina del error. Esta es la solución, por ejemplo, que se deduce del Derecho norteamericano o del Derecho inglés, donde la imposibilidad inicial únicamente produce la nulidad del contrato si se debe a un error de las partes acerca de una imposibilidad física (*res extincta)* o jurídica *(res sua)* concurrente en el momento de celebrarse el contrato [*Couturtier v Hastie* (1856), 5 HL Cas. 673; *Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123].

En contrapartida, la solución propuesta en estos Principios es la aplicación de las reglas generales sobre incumplimiento, lo que incluye las reglas sobre fuerza mayor (art. 7.1.8). En efecto, los Principios contemplan un concepto amplio de fuerza mayor, que puede ser invocada en el caso de circunstancias imprevisibles sobrevenidas, pero también en aquellos casos en que las circunstancias imprevistas concurrían en el momento de celebrarse el contrato y no eran conocidas ni podían haber sido conocidas por las partes en el momento de contratar. En este sentido, los Principios introducen un deslinde entre imposibilidad inicial y error que en los textos internacionales adoptados hasta la fecha se muestra más difusa.

Si las partes son conscientes o hubieran debido prever la imposibilidad del objeto o del cumplimiento del contrato y aun así deciden celebrarlo, se entiende que asumen el riesgo de incumplimiento por imposibilidad, aplicándose las reglas generales sobre determinación del incumplimiento y sus remedios. Esta solución no solo respeta en

mayor medida la autonomía de las partes en la contratación comercial internacional, sino que evita la ineficacia de contratos que juegan con un cálculo especulativo sobre los avances técnicos o la evolución de las circunstancias previstas en el momento de contratar.

Ejemplo 1: La empresa de construcción X, propietaria de unos terrenos no urbanizables, celebra un contrato por el que se compromete a construir en dichos terrenos y vender a una empresa de servicios un edificio de oficinas, que debe entregar en el plazo de cinco años. Aunque el cumplimiento resulta imposible legalmente en el momento de celebrarse el contrato, la empresa promotora confía en un inminente cambio del régimen legal de los terrenos y asume el riesgo del incumplimiento si se mantiene la imposibilidad y no logra entregar la construcción en el plazo establecido.

Ejemplo 2: La empresa X, fabricante de motores eléctricos, se compromete con la empresa Y, fabricante de automóviles, a entregar en el plazo de cinco años unos motores capaces de cumplir con unas especificaciones y un rendimiento actualmente inviables a la luz del estado de la técnica. No obstante, el contrato es válido, pues la empresa X es consciente del estado de la técnica y confía en que su departamento de diseño y desarrollo obtenga pronto un prototipo capaz de cumplir con las especificaciones requeridas.

Ejemplo 3: Una compañía de alquiler de aeronaves, alquila un jet de lujo determinado para un desplazamiento de los directivos de una compañía petrolífera. El contrato es imposible porque el jet ha sufrido un accidente media hora antes de perfeccionarse el contrato, sin que la empresa haya tenido aún conocimiento ni posibilidad de conocer el accidente. El contrato es válido, pero la empresa de alquiler puede invocar fuerza mayor para ser exonerada del cumplimiento de su obligación.

Sección 2. Capacidad

Artículo 3.2.1*: Exclusión*

Los presentes Principios no se aplican a la capacidad de las partes ni a la invalidez del contrato derivada de la falta de capacidad.

COMENTARIO:

La cuestión de la capacidad de las partes, así como la relativa a incidencia que en la validez del contrato ha de tener la falta de capacidad, son cuestiones cuya regulación queda excluida de los Principios OHADAC, como también lo están de los demás instrumentos internacionales de unificación del Derecho contractual [art. 3.1.1 PU; art. 4:101 PECL; art. I–1:101 (2) (a) DCFR]. Su regulación corresponderá en todo caso a la ley nacional que, a la luz de la normativa de Derecho internacional privado del Derecho del foro, esté llamada a ser aplicada a la capacidad de las personas. Dependiendo del territorio OHADAC de que se trate, será unas veces la correspondiente a la nacionalidad de la persona física (territorios de tradición española, francesa y holandesa), y otras la correspondiente a la ley de su domicilio (territorios de tradición anglosajona). El Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), hecha en México el 17 de marzo de 1994 excluyen la cuestión de la capacidad de su ámbito de aplicación [art. 1.2 a) del Reglamento y artículo 5 a) de la Convención], por lo que en los Estados parte será igualmente necesario el recurso a la normativa conflictual de origen estatal, con la reserva de la llamada "excepción de interés nacional" del art. 13 del citado Reglamento, de interés muy relativo en los contratos comerciales internacionales.

Sección 3. Ilicitud

Artículo 3.3.1: *Ilicitud*

Los presentes Principios no limitan ni impiden la aplicación de normas imperativas, de policía o de orden público internacional, tanto de origen estatal como internacional, que determinen la ilicitud o ilegalidad del objeto, del contenido o del cumplimiento del contrato o de alguna de sus obligaciones.

COMENTARIO:

Aunque el principio de autonomía privada presida la regulación del Derecho contractual en los sistemas jurídicos comparados del ámbito caribeño, todos estos sistemas, sin excepción, contemplan supuestos de limitaciones de orden público que

limitan dicha autonomía por lo que se refiere a la validez, el contenido o la ejecución de las obligaciones contractuales, y que afectan a una casuística muy extensa que abarca desde un pacto colusorio contrario a las normas sobre libre competencia, a una enajenación de una *res extra commercium* (un bien cultural, por ejemplo), un contrato cuyo objeto sea la comisión de un delito o simplemente contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Los modelos romano-germánicos suelen exigir, como condición de validez del contrato, que concurra objeto lícito (art. 631.2º CC costarricense; art. 1.251 CC guatemalteco; art. 1.565-1.567 CC hondureño; art. 1.827 CC mexicano; art. 1.122 CC panameño; arts. 35 y 69 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013), causa lícita (arts. 1.108 y 1.133 CC francés y dominicano; art. 903 CC haitiano; art. 1.874 CC nicaragüense; art. 1.141 CC venezolano), o ambas cosas (art. 1.502 CC colombiano). La ilicitud del objeto, del contenido o de la ejecución del contrato puede conllevar en algunos casos la nulidad radical o inexistencia del contrato, pero en otros la sanción puede consistir en la mera anulabilidad o la no exigibilidad de las prestaciones o incluso en la adaptación del contrato. La variedad se reproduce por lo que se refiere a los remedios disponibles por las partes en cada caso y a la restitución de las prestaciones.

Por su parte, el Derecho inglés no se refiere específicamente a la licitud del objeto, sino más bien a la ineficacia del contrato (*unenforceability)* cuando las prestaciones resultan ilícitas o ilegales (distinción que no siempre resulta clara), o aun siendo lícitas resultan objetables o contrarias a la moral o al orden público. Los efectos de la ilegalidad, la ilicitud o la mera contrariedad con la moral o el orden público admiten muchas variables, según que afecte a la formación del contrato o a la ejecución, de forma muy similar a lo que ocurre en los sistemas romano-germánicos. La diversidad de supuestos, categorías y efectos resulta, pues, muy difícil o imposible de reducir lógicamente a supuestos armonizados y uniformes.

A diferencia de otros instrumentos internacionales de unificación del Derecho contractual, los Principios OHADAC han optado por no incluir una regulación específica relativa a la ilicitud o ilegalidad del contrato, reiterando de forma específica la regla general contenida en el parágrafo III del Preámbulo de estos Principios. Varias son las razones que justifican esta opción, además de la complejidad y diversidad de los sistemas jurídicos en presencia acerca de los supuestos y efectos de la ilicitud.

En primer lugar, como se desprende del Preámbulo y del Capítulo 1, la finalidad principal de los Principios OHADAC es facilitar a las partes un marco normativo alternativo a los derechos estatales, a través de la incorporación o la elección por las

partes de su reglamentación. Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales no son una normativa estatal, de forma que únicamente resultan aplicables cuando las partes refieren expresamente a dichos Principios la regulación de sus obligaciones contractuales. Por lo demás, como "ley aplicable al contrato" únicamente podrían ser considerados en el marco de procedimientos arbitrales de solución de controversias.

En aquellos casos en que las controversias se resuelvan ante jurisdicciones y tribunales estatales, la referencia a los Principios OHADAC en el contrato no producirá, generalmente, el auténtico efecto de una "ley aplicable al contrato" o, dicho de otro modo, no desplazará la aplicación del Derecho estatal que resulte designado por las normas de Derecho internacional privado, salvo en la medida en que dicha ley admita que los Principios reflejan la autonomía material de las partes y con los límites que impongan sus normas imperativas que resulten aplicables a los contratos internacionales.

En efecto, la inmensa mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado vigentes en los territorios caribeños que conforman OHADAC parten del postulado de que las partes únicamente pueden elegir, como ley aplicable a un contrato, un Derecho estatal. Únicamente en el ámbito arbitral, la mayor flexibilidad a la hora de establecer las normas de Derecho aplicable al fondo del litigio arbitral permitiría considerar la elección de reglas de Derecho no estatales como una auténtica elección de la ley aplicable al contrato. Solo ante los tribunales de México y Venezuela, únicos firmantes de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), hecha en México el 17 de marzo de 1994, podría mantenerse, no sin reservas, la posibilidad de considerar los Principios OHADAC como ley aplicable al contrato.

En segundo lugar, con independencia de la consideración de los principios OHADAC como normas aplicables en razón de la voluntad de los contratantes y, en consecuencia, referidas al ámbito estricto de su disponibilidad, es un lugar común en el Derecho de los contratos internacionales que las partes no pueden evitar la aplicación de las leyes de policía y de las normas imperativas, tanto de origen estatal, como internacional o supranacional, que se hallen vigentes en el país del tribunal que conoce (*lex fori),* o incluso en un tercer Estado que presente una vinculación estrecha con el contrato, singularmente el país de ejecución de las obligaciones pactadas. El principio de Derecho internacional privado, muy aceptado en el Derecho comparado y cada vez más extendido en el ámbito arbitral (prescindiendo en ocasiones de la *lex fori*), se encuentra recogido en el artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las

obligaciones contractuales, vigente en el Reino Unido, Francia y los Países Bajos, y también en el propio artículo 11 de la Convención de México, vigente en México y Venezuela.

La reglamentación propuesta en otros textos internacionales que podrían ser de inspiración, no resulta convincente. La tercera edición de los Principios UNIDROIT (2010) introdujo en el capítulo 3 una sección 3 dedicada al capítulo de la ilicitud, inspirado en la sección 178 del *Second Restatement of Contracts*¸ cuya finalidad específica en el sistema jurídico norteamericano no es fácilmente extrapolable a un sistema de principios armonizados no estatal o caracterizado como *soft law.* De ahí que esta sección de los Principios UNIDROIT haya sido objeto de críticas razonables por la doctrina. En primer término, la reglamentación contenida en dicha sección conduce al mismo resultado que la propuesta en estos Principios en aquellos casos en que el sistema jurídico en que se contiene la norma imperativa relativa a la ilicitud del contrato contempla de forma expresa o clara las consecuencias que dicha ilicitud produce en el contrato, en su validez y en su cumplimiento. *Lato sensu*, resultará un supuesto extraordinario aquel en que un determinado sistema jurídico tipifique supuestos de ilicitud e ilegalidad del contrato sin proporcionar una solución expresa, ya en la ley o en la jurisprudencia, sobre las consecuencias de dicha ilicitud sobre la validez del contrato y los remedios a disposición de las partes en caso de ejecución o inejecución del contrato. Pero aun en estos casos, la solución subsidiaria prevista en los PU en orden a determinar dichas consecuencias y a aplicar reglas especiales previstas en dicha sección o las más generales de los PU sobre restitución y remedios disponibles, resultan tan abiertas, vagas e imprecisas que prácticamente abocan al mismo resultado que la ausencia de su regulación. En esencia, la misma delimitación y los mismos problemas subyacen en la sección 15 de los PECL y en la reglamentación contenida en los artículos II-7:301-II-7:304 DCFR.

En efecto, cuando el intérprete de un contrato sometido a los Principios OHADAC se enfrente a una norma imperativa estatal, internacional o supranacional que establezca la ilicitud del objeto, contenido o ejecución del contrato, y considere la procedencia de la aplicación de dicha norma imperativa, por su contenido o naturaleza, así como por su conexión territorial con el contrato (ley del foro, ley estatal que resultaría aplicable al contrato, ley del país de ejecución, ley del mercado afectado, ley de origen de un bien cultural, etc…), aplicará dicha norma y decretará los efectos sobre el contrato contemplados en dicha norma. Si dichos efectos no estuvieran claros en el sistema jurídico que decreta la ilicitud, nada impide al intérprete considerar las reglas generales de los Principios OHADAC elegidos por las partes, para establecer las consecuencias de dicha ilicitud sobre la validez y la ejecución del contrato, así como el

juego de los remedios establecidos en los mismos Principios, en la medida en que se adapten de forma razonable a la finalidad y contenido de la norma imperativa conculcada.

Sección 4. Consentimiento viciado

Artículo 3.4.1: *Vicios del consentimiento*

Son vicios del consentimiento el error, el dolo, la intimidación y el abuso de debilidad o dependencia.

COMENTARIO:

Los sistemas jurídicos del Caribe tienen en común que, bajo ciertas circunstancias, permiten que el contrato sea anulado cuando alguna de las partes ha prestado su consentimiento de forma viciada. Con arreglo a la clasificación acogida, son vicios del consentimiento el error, el dolo, la intimidación y el abuso de debilidad o dependencia. Las categorías propuestas han de ser entendidas bajo los mismos criterios de neutralidad que informan al conjunto de estos Principios. Las categorías de vicios formuladas tienen el propósito de dar espacio suficiente para acoger los contenidos o instituciones que, existentes en los sistemas del Caribe, sirven a funciones similares.

La clasificación adoptada hace posible agrupar las situaciones contractuales relevantes para los sistemas del Caribe respecto de la aplicación del régimen de los vicios del consentimiento. A través de la agrupación y de la comparación jurídica los Principios no solo pretenden contribuir al conocimiento y clarificación de la regulación de los vicios del consentimiento en los sistemas del Caribe, sino también a la averiguación y propuesta de las líneas de posible convergencia de cara a una visión armonizadora en el marco de la pluralidad cultural existente.

Los Principios siguen las clasificaciones de los vicios del consentimiento que, junto a los acuñados por los códigos decimonónicos, suma el abuso de debilidad o dependencia como derivación de la *undue influence* propia del *equity law*. Esta categoría, procedente de los sistemas de *common law*, ha sido acogida de forma general en formas distintas por los textos europeos e internacionales del Derecho de contratos. La clasificación emparenta así con el esquema seguido por otros textos de Derecho de contratos, que también han debido resolver problemas de coordinación entre instituciones para proponer una construcción jurídica de utilidad común para la órbita

del Derecho continental y la del c*ommon law,* tales como los PU, el DCFR, los PECL y la CESL.

Mientras que los PU se refieren como causales de anulación al error, al dolo, a la intimidación y a la excesiva desproporción (arts. 3.2.1 a 3.2.7), los PECL aluden bajo el capítulo genérico de validez al error (art. 4:103), al dolo (art. 4:107), a la intimidación (art. 4:108), al beneficio excesivo o ventaja injusta (art. 4:109) y a las cláusulas abusivas no negociadas individualmente (art. 4:110). El DCFR enumera como vicios del consentimiento: el *mistake* (art. II-7:201), el *fraud* (II-7:205), la *coercion or threats* (art. II-7:206) y la *unfair exploitation* (art. II-7:207); y la CESL alude al error (art. 48), al dolo (art. 49), a las amenazas (art. 50) y a la explotación injusta (art. 51).

Siguiendo la tendencia de los textos mencionados, y acomodándose al tratamiento que, como tendencia, se refleja en muchos sistemas del Caribe, los Principios dejan fuera de los vicios del consentimiento a la violencia física o *vis absoluta*, cuya concurrencia no puede ser asimilada a la del resto de los vicios debido a la falta por completo de voluntad. El tratamiento de estas situaciones queda reconducido al régimen establecido por el art. 3.1.1.

Las categorías propuestas no presentan excesivas aristas para los sistemas jurídicos que han recibido la influencia romano-germánica. En estos se consideran como vicios el error, la violencia, la intimidación y el dolo. Algunos sistemas adoptan esta clasificación de manera literal (art. 1.556 CC hondureño; art. 1.116 CC panameño; art. 1.217 CC portorriqueño). Otros establecen variaciones exclusivamente terminológicas (arts. 2.455, 2.457 y 2.460 CC nicaragüense, donde se utiliza la expresión "fuerza" para las situaciones de violencia y "miedo grave" para los casos de intimidación; arts. 69 y 71 CC cubano, donde se utiliza el término "fraude" para aludir a las situaciones que en otros sistemas son referidas como de dolo; arts. 1.015 a 1.020 CC costarricense, que enumeran como vicios el error, la fuerza o miedo grave, la intimidación y el dolo). Otros, por último, en aras de una mayor simplificación del régimen, han optado por integrar las situaciones típicas de intimidación o amenazas bajo la denominación genérica de violencia (arts. 1.109 y 1.112 CC dominicano y francés; art. 904 CC haitiano; arts. 1.812 y 1.819 CC mexicano; arts. 1.146 y 1.151 CC venezolano) o de fuerza (art. 1.508 y art. 1.513 CC colombiano). En esta tendencia general quedan como anécdotas el hecho de que el CC cubano no contenga, al menos de manera formal, una disposición especial para las situaciones de violencia y que el CC guatemalteco incluya a la simulación entre los vicios del consentimiento (art. 1257). Igualmente, que el CC santaluciano (art. 925 CC), junto al error (*error*), al dolo, (*fraud*), a la violencia (*violence*) y al miedo (*fear*) incluya entre los vicios también la lesión (*lesion*).

La clasificación adoptada cuenta también con el respaldo del sistema holandés. Según el art. 3:44 CC holandés y surinamés, un contrato podrá ser anulado cuando concurra *duress* (violencia), *fraud* (dolo) y *undue influence.* Por otra parte, también podrá ser anulado por error de conformidad con el art. 6:228.

La clasificación propuesta toma en consideración la divergencia existente entre el *common law* y la tradición romano-germánica en cuanto al entendimiento respectivo del error y el *mistake,* instituciones entre las que no cabe establecer una correspondencia plena. Ello se debe a que bajo el término *mistake* tienen cabida situaciones dispares, para cuyo tratamiento idóneo los Principios proponen la consideración autónoma de las diferentes tipos de *mistake*, en atención al análisis de las consecuencias jurídicas que se asocian a cada situación.

Los autores ingleses distinguen entre el *common mistake* (error común), el *mutual mistake* (error mutuo o bilateral) y el *unilateral mistake* (error unilateral). En el *common mistake* no falta el acuerdo entre las partes, pero el consentimiento de los contratantes se basa en una equivocación. Con carácter general el *common mistake* queda sometido a la regla sobre el error del artículo 3.4.3. No obstante, en atención a las consecuencias que producen (nulidad radical o inexistencia del contrato), el error sobre *res extincta*, que recae sobre el objeto del contrato cuando este se ha extinguido sin conocimiento de las partes antes de la celebración del mismo [*Couturtier v Hastie* (1856), 5 HL Cas. 673; *Strickland v Turner* (1852), 155 ER 919] y la equivocación del comprador que desconoce que ya es propietario de la cosa que le ha sido vendida, o equivocación por *res sua* [*Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123], reciben en los Principios el tratamiento que deriva de la imposibilidad inicial (art. 3.1.3). El mismo tratamiento merece el *mutual mistake,* que se caracteriza por la existencia de un malentendido entre los contratantes que han negociado pensando cada uno en una cosa o negocio distinto. A la vista de que la consecuencia de esta clase de error en los países del *common law* es la nulidad absoluta o inexistencia del contrato [*Raffles v Wichelhaus* (1864), 2 H. & C. 906; *Scriven Brothers & Co v Hindley & Co* (1913), 3 KB 563], los Principios reconducen el tratamiento de esta clase de *mistake* hacia el régimen de la inexistencia de consentimiento (art. 3.1.1). Finalmente existe también el *unilateral mistake* o error unilateral que se da cuando una sola parte incurre en error, mientras que la otra no se equivoca, sino que, por el contrario, se percata de lo ocurrido o hubiera debido hacerlo. Esta clase de *mistake,* a la vista del tratamiento que ha recibido en los sistemas de *common law,* queda sometido al régimen del error del art. 3.4.3.

La clasificación propuesta facilita el encaje de la institución del *common law* conocida como *misrepresentation* en los supuestos de error y dolo en la concepción romano-

germánica, dependiendo de que se trate de un supuesto de *innocent misrepresentation* o de *fraudulent misrepresentation*. Ambas originan el derecho a anular el contrato (art. 1 de la *Misrepresentation Act* 1967 o art. 2 de la *Bermuda Law Reform Act* de 1977; sección 164 *Restatement Second of Contracts*).

En el caso de documentos firmados de forma errónea, o con un contenido diferente al pretendido, el *common law* también permite, aunque de manera excepcional, que el contrato sea considerado nulo, en aquellos supuestos de contratos concluidos por personas ciegas o analfabetas [sentencia de la *High Court* de Trinidad-Tobago en *Seepersad v Mackhan* (1982), nº 533 de 1977 (Carilaw TT 1982 TT 27); sentencia de la *Supreme Court* de Bahamas en *Gordon v Bowe* (1988), Carilaw BS 1988 SC 75]. A pesar de que, por regla general, el error en la declaración es reconducido por el art. 3.4.4 de los Principios al mismo régimen del error vicio, estos supuestos, por la especial gravedad de las circunstancias en que se produce el error, tampoco quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de los vicios y encuentran su tratamiento en la disposición dedicada a la falta de consentimiento.

Las categorías de la violencia y la intimidación de los derechos continentales encuentran reflejo fácil en los sistemas de *common law* a través de la institución de la *duress*. Lo mismo que ocurre en los sistemas del Caribe que han recibido la influencia del Derecho español y del Derecho francés, hay *duress* cuando se atemoriza a alguien con amenazas o intimidación (*vis compulsiva*).

En los sistemas romano-germánicos del Caribe no existe un vicio específico que se pueda parecer a la *undue influence*, es decir, a la influencia indebida que se ejerce sobre uno de los contratantes con el fin de inducirle a celebrar un contrato. Si esto ocurre, el contrato puede anularse siempre que el consentimiento de una de las partes no se haya formado libremente por el hecho de que la otra se haya aprovechado de una situación de confianza, de un estado de necesidad o de la dependencia o debilidad psicológica en que se encuentra el sujeto cuya voluntad ha sido afectada indebidamente. El motivo por el cual la jurisdicción *in equity* ha elaborado la doctrina de la *undue influence* ha sido el de dar amparo a determinados supuestos de vicios del consentimiento que no reciben protección jurídica por las normas sobre la *duress*. No obstante, algunos supuestos de *undue influence* podrán encontrar acomodo bajo el régimen de la intimidación, como se refiere en el comentario a los preceptos que se ocupan respectivamente de la intimidación y del abuso de debilidad o dependencia.

Artículo 3.4.2: ***Carácter imperativo o dispositivo de las disposiciones***

1. **El régimen del dolo, de la intimidación y del abuso de debilidad o dependencia es imperativo.**
2. **El régimen del error es de aplicación salvo pacto en contrario.**

COMENTARIO:

1. Sentido de la imperatividad del régimen de los vicios

En la mayoría de los sistemas del espacio OHADAC el régimen de los vicios del consentimiento no está sujeto a la disponibilidad de las partes, es decir, posee carácter imperativo. La afirmación de la imperatividad del régimen del dolo, de la intimidación y del abuso de debilidad o dependencia por parte de los Principios, si bien puede ser considerada como reflejo de las soluciones estatales, debe ser entendida bajo parámetros metodológicos distintos. Es preciso recordar que los Principios no representan sino cláusulas contractuales por las que es posible optar para integrar el contrato, pudiendo las partes prescindir de algunas de sus disposiciones. Apartándose de esta tónica, con la proclamación del carácter imperativo para el régimen de los vicios, los Principios tienen el propósito de contribuir a la equidad del contrato, a través de la atribución de preferencia al régimen de los vicios del consentimiento que es recogido por los Principios sobre las cláusulas particulares pactadas. Habida cuenta que el régimen de los vicios del consentimiento tiene por finalidad garantizar una declaración de voluntad no viciada y libre, la exclusión de tales disposiciones a través de pacto se considera en contradicción con los postulados más elementales de moralidad contractual y de orden público internacional. Los Principios comportan así la introducción en el contrato de un componente de autotutela o autocontrol sobre el contrato que resulta congruente con los fundamentos de su fuerza vinculante.

Se trata de un mecanismo de autocontrol que resulta consistente con el empleado en todos los sistemas del Caribe en la regulación de los vicios del consentimiento. De este modo, la proclamación ejerce una función recordatoria sobre el hecho de que los sistemas de los países y territorios del Caribe no permiten que las partes del contrato, a través de la autonomía de la voluntad, limiten o renuncien a la aplicación de las normas reguladoras de algunos vicios del consentimiento. Aunque esta regla solo encuentra reflejo legal en algunos sistemas (*ad ex*. art. 1.021 CC costarricense; art. 1.822 CC mexicano; art. 2.461 CC nicaragüense), la misma consecuencia se deduce con facilidad del resto, habida cuenta del rechazo que producen, en las sociedades

modernas, las situaciones contractuales comprendidas bajo las diferentes categorías de vicios del consentimiento. Esta imperatividad tiene por resultado que la opción por los Principios no tenga por resultado la inaplicación del régimen jurídico de los vicios del consentimiento del Derecho estatal que sea de aplicación al contrato. El régimen inderogable para los vicios del consentimiento vendrá establecido por el Derecho estatal que las partes hayan elegido como aplicable al contrato, en conformidad con la recomendación indicada por los Principios. Y de no ser así, el terreno para la inderogabilidad vendrá dispuesto por el Derecho estatal que haya de ser de aplicación cuando falta un pacto de ese tipo. Por tanto, el régimen ofrecido no tiene la intención de afectar a dicha imperatividad, sino la de contribuir, cuando sea posible, a la clarificación y a la creación de consensos sobre las situaciones merecedoras de rechazo, manteniéndose en todo momento dentro de los márgenes que los sistemas estatales reservan para el Derecho disponible.

2. Carácter dispositivo del régimen del error

A pesar de que no suele existir una proclamación legal al efecto, el examen de los sistemas del Caribe revela que también en este ámbito regional, al igual que en los países europeos, se reserva un régimen jurídico de naturaleza dispositiva para el régimen del error como vicio del consentimiento contractual. Como anécdota, solo hay noticia de un sistema jurídico, fuera de la órbita de los sistemas OHADAC, que atribuya a este régimen carácter imperativo (art. 218 CC peruano). En las recopilaciones de reglas para el Derecho de los contratos también es tónica general atribuir carácter dispositivo al régimen del error [art. 3.1.4 PU; art. 4:118 (2) PECL; art. I–7:215 DCFR; art. 56 CESL].

La fisonomía disponible del régimen del error en los sistemas estatales comporta dos clases de consecuencias: por un parte, cuando las partes eligen los Principios, el régimen propuesto sustituye al establecido por el Derecho aplicable al contrato. La sustitución opera de manera amplia, y se extiende tanto sobre la definición de las situaciones consideradas como error relevante para determinar la anulación del contrato como sobre la acuñación de límites al derecho de anulación del contrato, tal y como aparecen contemplados en el art. 3.4.3 de los Principios; en segundo lugar, el carácter dispositivo que el régimen del error posee en el seno de los Principios hace posible que las partes, a través del pacto, puedan sustituir o modificar el régimen propuesto para el error. Esta caracterización hace perfectamente posible que las partes puedan, por ejemplo, declarar la inaplicación de este régimen y su sustitución por el establecido por un Derecho estatal que les sea más familiar. E incluso resulta posible hacer modificación en el régimen propuesto a través de la cláusula que se recomienda en el comentario al art. 3.4.3.

Cuando las partes han optado por los Principios y prefieren que, en lo que afecta al régimen del error como vicio del consentimiento, sea de aplicación el régimen establecido por un Derecho distinto, incluso el Derecho elegido en virtud del pacto recomendado, conviene dotar de certeza al régimen elegido a través de una cláusula específica.

Artículo 3.4.3: ***Error***

1. **Una parte podrá anular el contrato si en el momento de su perfección cometió un error esencial de hecho o de derecho, y si:**
   a) **la otra parte provocó el error o hizo el error posible por razón de su silencio contrario a los deberes legales de información; o**
   b) **la otra parte incurrió en el mismo error; o**
   c) **la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la existencia del error, y dejar a la otra parte en el error resulta contrario a la lealtad negocial propia del comercio.**
2. **Se considera que un error es esencial cuando es de tal gravedad que una persona razonable, en la misma situación de la parte que sufrió el error, no habría celebrado el contrato.**
3. **El derecho a anular el contrato no procede si:**
   a) **el error es inexcusable debido a una falta de atención o diligencia de la parte que sufrió el error; o**
   b) **el riesgo de error ha sido asumido por la parte que sufrió el error o, atendidas las circunstancias, esta parte debe correr con el riesgo de error.**

COMENTARIO:

1. Alcance del régimen del error

El propósito de esta disposición es ofrecer a los operadores un régimen para el error que al mismo tiempo sea capaz de sintonizar con las tradiciones jurídicas que existen en los países y territorios del Caribe, de hacer recepción de los desarrollos más avanzados que han depurado este régimen jurídico y de incorporar las exigencias provenientes de la peculiaridad comercial de la contratación a la que tienen vocación de aplicarse los Principios.

El error como vicio del consentimiento es bien conocido en los sistemas romano-germánicos (arts. 1.509 a 1.512 CC y art. 900 CCom colombianos; arts. 1.015 a 1.016 CC costarricense; art. 70 CC cubano; art. 1.110 CC francés y dominicano; arts. 1258 a 1.260 CC guatemalteco; art. 905 CC haitiano; art. 1.557 CC hondureño; art. 6:228 CC holandés y surinamés; arts. 1.813 a 1.814 CC mexicano; arts. 2.455 a 2.456 CC nicaragüense; art. 1.117 CC panameño; art. 1218 CC portorriqueño; arts. 1.147 a 1.149 CC venezolano). En los sistemas que responden a la tradición de *common law,* también existe un cuerpo de regulación, en mayor medida de fuente jurisprudencial que legal, sobre el *mistake* y la *misrepresentation* [art. 2 *Law Reform Misrepresentation and Frustrated Contracts* de Bermudas; secciones 152 a 154 (*mistake)* y 159 a 165 (*misrepresentation) Restatement Second of Contracts*]. Un régimen para el error existe también en países que han disfrutado de tradiciones jurídicas dispares (art. 926 CC santaluciano).

El precepto de los Principios tiene el propósito de ofrecer un régimen más simple y moderno para el vicio de error respecto del que disponen la mayoría de los sistemas del Caribe, sin incorporar reglas que lleguen a violentar las culturas jurídicas representadas. En el análisis que sigue se apuntarán algunas de las diferencias y similitudes principales que existen en la regulación del error entre los sistemas de los países y territorios del Caribe. Este conocimiento puede cobrar especial interés no solo cuando sea de aplicación el Derecho de alguno de los países o territorios del Caribe, sino también cuando se trate de resolver, a través de la interpretación, alguna duda o ambigüedad surgida en aplicación de los Principios.

La regla propuesta es de aplicación a aquellas situaciones contractuales en las que concurra error como vicio del consentimiento. Queda aquí comprendida la mayoría de los casos que en los sistemas romano-germánicos se agrupan bajo las tipologías del error sobre la cosa, error sobre la sustancia, error sobre la persona o el error de derecho. En los Principios OHADAC merece en cambio una consideración especial el denominado error de cuenta o error de cálculo. El tratamiento más idóneo de esta clase de error aconseja que quede sometido al mismo régimen aplicable al error en la declaración que regula el artículo 3.4.4. De esta manera resulta posible prescindir de las dificultades asociadas a la determinación del momento en que se produjo el error,

que podrá ser aquel en que se produjo la declaración o uno anterior durante la fase de cuenta o cálculo.

A la vista de la peculiaridad de los sistemas del *common law*, resulta preciso realizar algunas precisiones sobre los supuestos típicos a los que es de aplicación el régimen previsto por esta disposición. Tal y como se ha señalado en el comentario al art. 3.4.1, algunas situaciones que son catalogadas como error o *mistake* en los sistemas del *common law* no quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición, en la medida en que el problema jurídico de base encuentra mejor tratamiento en otras disposiciones de los Principios y habida cuenta de las consecuencias jurídicas de orden muy distinto que quedan asociadas a tales situaciones.

Mientras que con carácter general los supuestos de *common mistake* quedan sometidos al régimen previsto por esta disposición, dos tipos especiales de *common mistake* quedan excluidos. Se trata del que recae sobre *res extincta*, esto es, sobre el objeto del contrato cuando este se ha extinguido sin conocimiento de las partes antes de su celebración, de acuerdo con el régimen del *common law* (sección 6 *Sale of Goods Act* de 1979*;* sección 8 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 8 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 8 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 8 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 8 *Sale of Goods Act* de Belice; sección 7 *Sale of Goods Act* de Jamaica), que es reconducido al régimen de la imposibilidad inicial (art. 3.1.3); lo mismo ocurre con el error en que se incurre cuando el comprador desconoce que ya es propietario de la cosa que le ha sido vendida, siendo este un supuesto de equivocación por *res sua* [*Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123]. Ambas situaciones quedan fuera del ámbito de aplicación del régimen del error.

Desde este punto de vista, tal y como ya se ha señalado en el comentario al artículo 3.1.3, los Principios proponen una delimitación entre los regímenes de la imposibilidad inicial y del error que no resulta tan evidente en los textos internacionales de Derecho de contratos (art. 3.1.3. PU; art. 4:102 PECL; art. II-7:102 DCFR).

Este régimen tampoco es de aplicación a aquellos supuestos en que las partes han ignorado o no han podido prever la imposibilidad del objeto o de la ejecución del contrato**.** A pesar de que este desconocimiento es considerado por muchos códigos civiles vigentes en los sistemas caribeños como causa de nulidad por error (*ad ex.* art. 1.518 CC colombiano; arts. 627 y 631 CC costarricense; arts. 1.599 y 1.601 CC dominicano y francés; art. 1.564 CC hondureño; art. 1.827 CC mexicano; art. 1.832 CC nicaragüense; art. 1.123 CC panameño; art. 1.224 CC portorriqueño), en los Principios se ha optado por someter estas situaciones a las reglas aplicables a los supuestos de imposibilidad del cumplimiento. Con este tratamiento uniforme queda excluida la

necesidad de someter a dos regímenes alternativos, el del error y el de las consecuencias del incumplimiento, situaciones cuya calificación puede llegar a ser ciertamente difícil.

> Ejemplo: Una sociedad colombiana propietaria de un cuadro de Picasso lo vende a un museo privado español. Sin embargo, un incendio ha destruido el cuadro unas horas antes de que el contrato haya sido celebrado. Someter esta situación al régimen del error obliga a hacer una averiguación sobre el momento en que se produjo la destrucción, pues dependiendo de cuál fuera, anterior o posterior a la celebración del contrato, será de aplicación el régimen del error o el régimen de la imposibilidad del cumplimiento. En aras de evitar esta dificultad, los Principios OHADAC someten la situación en sus dos versiones al mismo régimen.

La presente disposición tampoco es de aplicación al *mutual mistake,* bajo el cual quedan comprendidas situaciones en las que existe un radical malentendido entre los contratantes, que han negociado pensando cada uno en una cosa o negocio distinto. A la vista de que la consecuencia de esta clase de error en los países del *common law* es la nulidad absoluta o inexistencia del contrato [*Raffles v Wichelhaus* (1864), 2 H & C 906; *Scriven Brothers & Co v Hindley & Co* (1913) 3 KB 563], los Principios reconducen el tratamiento de los supuestos de *mutual mistake* hacia el régimen de la inexistencia de consentimiento (art. 3.1.1).

La disposición es aplicable a las situaciones en las que se da el denominado *unilateral mistake* o error unilateral, en las que una sola parte incurre en error, mientras que la otra no se equivoca, sino que, por el contrario, se percata de lo ocurrido o hubiera debido hacerlo. Es de aplicación el régimen de esta disposición también en muchos de los supuestos que pueden ser calificados en los países de *common law* como de *innocent* o *negligent misrepresentation*, en los que el error, a pesar de haber sido provocado, no ha llevado consigo una intención de engaño. Como ya se ha señalado, el régimen de la presente disposición no es aplicable en los casos de documentos firmados de forma errónea, o con un contenido diferente al pretendido, que son considerados nulos por los sistemas de *common law* cuando el error afecta a personas ciegas o analfabetas [sentencia de la *High* Court de Trinidad y Tobago en *Seepersad v Mackhan* (1982), nº 533 de 1977 (Carilaw TT 1982 TT 27); sentencia de la *Supreme Court* de Bahamas en *Gordon v Bowe* (1988), nº 346 de 1975 (Carilaw BS 1988 SC 75)].

El régimen del error establecido en los Principios pivota sobre dos elementos. El primero consiste en la definición del error relevante que hace surgir el derecho a anular el contrato. Para estar en presencia de un error relevante es preciso la concurrencia de dos condiciones: por una parte, debe tratarse de un error esencial;

por otra, junto al error esencial debe darse una al menos de las siguientes circunstancias: que el error haya sido provocado por la otra parte; que el error sea común; o que el error haya sido conocido o debiera haber sido conocido por la otra parte. El segundo elemento viene constituido por las circunstancias que, en caso de concurrir, enervan el derecho a la anulación del contrato. Entre ellas encontramos el hecho de que el error haya sido debido a una falta de atención o diligencia de la víctima (error inexcusable); o la circunstancia de que el riesgo de error haya sido asumido por la víctima o, atendidas las circunstancias, esta parte deba correr con el riesgo de error

2. Error esencial

La aplicación del régimen del error en los Principios presupone la existencia de un error esencial. Cabe hablar de error esencial cuando, en caso de no haber existido, el contrato no se habría celebrado. La limitación que hacen los Principios a la hora de atribuir relevancia al error solo en aquellos supuestos en que este es considerado como esencial no representa una novedad en los sistemas romano-germánicos, donde esta orientación, de forma más o menos nítida, puede ser detectada en la mayoría de ellos (art. 1.511.2º CC colombiano; art. 1.015 CC costarricense; art. 73 CC cubano; art. 1.110 CC dominicano y francés; art. 1.258 CC guatemalteco; art. 905 CC haitiano; art. 6:228 CC holandés y surinamés; art. 1.557 CC hondureño; art. 1.813 CC mexicano; arts. 2.462 y 2.463 CC nicaragüense; art. 1.117 CC panameño; art. 1.218 CC portorriqueño; arts. 1.147 y 1.148 CC venezolano). Esta tendencia resulta también muy clara en el art. 40 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013.

En los sistemas de *common law*, en la fórmula que abarca todos los casos de *common mistake* el error ha de recaer sobre un hecho fundamental (*fundamental mistake*) o un supuesto básico del contrato, sin el cual las partes no habrían llegado a un acuerdo [*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161, 206; *Galloway v Galloway* (1914), 30 TLR, 531). Siguiendo esta misma tónica, para el Derecho norteamericano una *non-fraudulent misrepresentation* solo permite la anulación del contrato si es esencial (sección 162.2 del *Restatement Second of Contracts*).

La misma orientación es detectable en los textos de unificación del Derecho de contratos, donde se tiende a limitar la relevancia del error a aquellos supuestos en los que el mismo ha sido determinante de la celebración del contrato (art. 3.2.1 PU; art. 4:103 PECL; art. 48.1 CESL; art. II-7:201 DCFR).

El desplazamiento del eje del régimen jurídico del error desde el objeto sobre el que recae hasta el carácter esencial los Principios hace posible la racionalización y la simplificación de este régimen, perdiendo así utilidad las distinciones tipológicas

clásicas relativas al objeto del error (*error in corpore, in persona, in negotio o in substantia*) que, por influencia del Derecho francés (art. 1.110 CC francés y dominicano) y español (arts. 1.266 y 1.267 CC español), todavía perviven en muchos de los códigos del Caribe (arts. 1.510-1.512 CC colombiano; art. 69 CC cubano; arts. 1.259 y 1.260 CC guatemalteco; art. 1.557 CC hondureño; arts. 2.455 y 2.467 CC nicaragüense; art. 1.117 CC panameño).

La regla propuesta conserva únicamente la distinción entre error de hecho y error de derecho, que tiene por finalidad disipar las dudas que podrían existir sobre la posibilidad de que el error recaiga sobre normas jurídicas. En el ámbito de los sistemas del Caribe esta clasificación más simple del error se hace visible en el art. 1.813 CC mexicano. Por lo demás, concuerda con los textos internacionales más modernos de codificación del Derecho de contratos en donde, con carácter general, se acepta la relevancia de cualquier clase de error que recaiga sobre una circunstancia de hecho o de Derecho, quedando sometidos a un régimen unitario (art. 3.2.1 PU; art. 4:103 PECL; art. II-7:201 DCFR; art. 48.1 CESL). La misma clasificación está presente en los trabajos prelegislativos existentes en el Derecho francés (art. 39 Anteproyecto francés de reforma del derecho de obligaciones de 2013).

Conviene advertir que existen soluciones en sistemas del Caribe que no dan cabida al error de derecho (*ad ex.* art. 1.509 CC colombiano). Dada la relevancia que esta desigualdad jurídica puede llegar a tener para las partes del contrato, los Principios contemplan la posibilidad de incorporar al contrato una cláusula especial con la intención de restringir el alcance del error sobre cuestiones jurídicas. Esta opción podrá tener lugar a través de la suscripción de una cláusula especial cuya redacción se recomienda más abajo.

Los Principios acogen una valoración objetiva de la esencialidad del error que toma como parámetro de evaluación el modo en que habría actuado una persona razonable en las mismas circunstancias en las que contrató la víctima del error. Con fidelidad a las exigencias propias del comercio, se adopta así una perspectiva meramente objetiva atenta a las circunstancias del tráfico, en la que no tienen cabida consideraciones subjetivas. Los elementos que pueden llegar a determinar la esencialidad del error son, pues, establecidos por el propio tráfico. Por ejemplo, en el tráfico de obras de arte resulta relevante la autenticidad de un cuadro, sobre todo si se trata de pintores de reconocido prestigio. Si el comprador pensó que estaba comprando un Picasso, y el cuadro en realidad no era de este pintor, estaremos en presencia de un error esencial para los Principios OHADAC, pues una persona razonable, en la misma situación, no habría celebrado el contrato.

Lejos de suponer innovación, la opción acogida destila la evolución de muchos sistemas del Caribe en los que las formulaciones legales de corte subjetivo (art. 73 CC cubano; art. 1.813 CC mexicano) han dejado paso a interpretaciones jurisprudenciales más atentas a las necesidades del tráfico. Esto también ha sucedido en el caso del Derecho francés.

La evolución reseñada ofrece respaldo también a la opción de los Principios, que de este modo se asienta en un doble pilar: una evolución jurisprudencial reseñable y una clara vocación de servir a las necesidades del comercio. El enfoque adoptado posee la ventaja de que sintoniza con los intereses del tráfico a que pretenden dar respuesta las reglas uniformes.

La solución acogida se asemeja a la establecida por el art. 3.2.2 (1) PU. En cambio se distancia de la que ofrecen los PECL y la CESL, textos en los que la regulación del error adopta como eje el conocimiento, por la parte que no ha sufrido el error, de que la víctima no habría celebrado el contrato en caso de que hubiera conocido la existencia del error.

3. Error provocado

La existencia del error esencial no basta para hacer surgir el derecho a la anulación del contrato. Este derecho se reconoce, en primer lugar, cuando el error ha sido provocado por la otra parte. En el error provocado cabe distinguir dos tipos de situaciones: en la primera, es posible que haya tenido lugar una comunicación de datos de forma inconsciente que haya incluido algún defecto; en la segunda, el error puede ser provocado como consecuencia del incumplimiento de deberes de información. Aunque los Principios no regulan esta clase de deberes, no cabe descartar que puedan venir impuestos por normas imperativas aplicables al contrato. En ambos casos debe tratarse de un error provocado sin intención de engaño, pues en tal caso estaríamos ante un supuesto de dolo (artículo 3.4.6).

La atribución de relevancia al error provocado no resulta ajena a los sistemas de *common law*. Al margen de los matices propios de la conformación jurisprudencial de la *misrepresentation*, las situaciones más usuales de *wholly innocent or non fraudulent misrepresentation* se dan cuando alguien ha realizado una exposición de hechos de manera inexacta y esta comunicación ha influido sobre la celebración del contrato, surgiendo el derecho a la anulación [sección 2 *Law Reform (Misrepresentation and Frustrated Contracts) Act* de Bermudas; sección 162 *Restatement Second of Contracts*].

La necesidad de contar con un error provocado como condición para hacer surgir el derecho a la anulación del contrato se encuentra también en el sistema holandés y surinamés [apartado 1 (a) del art. 6:228 CC]. No obstante, se establece un límite. El

derecho a la anulación deja de existir cuando la otra parte hubiera podido asumir que el contrato habría sido celebrado de todas maneras a pesar de la existencia de la información errónea. El requisito no resulta tan nítido en los sistemas romanistas. No obstante, en la práctica el juego de la excusabilidad del error puede conducir a resultados parecidos.

La regla establecida por los Principios, por lo demás, queda alineada con las soluciones que proporcionan los textos internacionales de Derecho de contratos [art. 3.2.2 PU; art. 4:103 (1) (a) (i) PECL; art. II–7:201 DCFR; art. 48.1 (b) (i) CESL].

4. Error común

Los Principios abren la posibilidad de anular el contrato también cuando el error es común a ambas partes. Una regla análoga a la presente aparece en la mayoría de los textos de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (1) (a) PU; art. 4:103 PECL; art. II–7:201 (I) (b) (iv) DCFR; art. 48.1 (b) (iv) CESL). La apertura del derecho a anular el contrato cuando el error es común a las partes no representa una novedad en los sistemas del Caribe, ya respondan a unas u otras tradiciones. En el tratamiento del *common mistake* la jurisdicción de equidad ha tenido un importante papel a la hora de abrir la posibilidad de anular contratos por error, sobre todo teniendo en cuenta el carácter restrictivo con el que esta opción ha sido valorada en aplicación del *common law*. En aplicación estricta de *common law* llegaron a dictarse decisiones en las que, a pesar de existir un *fundamental mistake* común a las partes, el contrato no fue considerado nulo [*Bell v Lever Brothers Ltd* (1932), AC 161; *Leaf v International Galleries* (1950), 1 All ER 693; *Frederick E Rose Ltd v William H Pim Fur & Co Ltd* (1953), 2 All ER 739]. En cambio, en la jurisdicción de equidad, la existencia de esa clase de *fundamental mistake* común a las partes ha sido declarada como determinante de la anulación [*Solle v Butcher* (1949), 2 All ER 1107; *Galloway v Galloway* (1914), 30 T.L.R. 531]. De esta tendencia que concede la anulación del contrato de forma más amplia hay también exponentes en las jurisdicciones del Caribe [sentencia de la *Court of Appeal* de Anguila en *Dammer v Wallace* (1993), ECS (Anguilla) Civ App nº 1 of 1991 (Carilaw AI 1993 CA 3); sentencia de la *Court of Appeal* de Jamaica en *Stuart v National Water Commission* (1996) Civ App nº 3 1995 (Carilaw JM 1996 CA 31); *Johnson v Wallace* (1989), (Bahamas) 1 Carib Comm LR 49].

Ha de advertirse que el criterio seguido por estas decisiones ha recibido una crítica severa por parte de la *English Court of Appeal*, la cual ha considerado que la interpretación llevada a cabo en el caso *Solle v Butcher*, que abre la posibilidad de la anulación del contrato en presencia de error común sobre una asunción básica de las partes, podría ser considerada en contradicción con la alcanzada en el caso *Bell v*

Lever, al entenderse que la primera supone un ataque a la seguridad del contrato [*Great Peace Shipping Ltd. Tsavrilis Salvage (International) Ltd* (2002), 4 All ER 689].

El hecho de que en la actualidad no sea posible conocer cómo influirá este nuevo entendimiento restrictivo del *common mistake* sobre las jurisdicciones del Caribe se puede revelar como un factor importante a tener en cuenta por las partes a la hora de optar por un diseño del error como el que ofrecen los Principios.

La regulación del error común también se contiene, sometida a similares requisitos, en la sección 152.1 *Restatement Second of Contracts*. El error común también es considerado como relevante por parte del Derecho holandés y surinamés (apartado 1 del art. 6:228 CC), pero solo como línea de principio, pues reconoce significativas y complejas excepciones. En los sistemas romanistas no existe una alusión específica a la necesidad de que el error sea común como condición para la anulación del contrato. Sin embargo cabe apreciar la tendencia a considerar la existencia de error común como comprendida en el concepto de error esencial.

En cuanto que los motivos subjetivos que llevan a las partes a contratar no suelen ser explicitados y no suele existir error común sobre ellos, la regla sobre el error construida por los Principios no permite atribuir valor al error que recae sobre tales motivos subjetivos. Esta consecuencia no solo responde a la seguridad del tráfico, sino que además sintoniza plenamente con los sistemas del Caribe. Ahora bien, los Principios no impiden conceder trascendencia a los motivos expresados o conocidos por las dos partes en el momento de celebrar el contrato. En esta medida estaremos en presencia de un error común sobre los motivos, o de un error recognoscible. Si el comprador incurre en error al valorar que un cuadro ha pertenecido a un antepasado, no existe error que conceda el derecho a anular el contrato, pues los motivos subjetivos no son relevantes. No obstante, si el motivo es expresado, y es conocido por la otra parte, y esta conoce el error o debía haberlo conocido, el motivo adquiere relevancia causal, procediendo entonces las consecuencias del error. Aunque no son frecuentes las disposiciones legales referidas al error sobre los motivos, los trabajos prelegislativos en el Derecho francés contienen una regla que ofrece una solución similar a la indicada (art. 42 Anteproyecto francés de reforma del derecho de obligaciones de 2013).

5. Conocimiento del error y deber información

Al igual que los textos más avanzados en la unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (1) (a) PU; art. 4:103 (1) (a) (ii) PECL; art. II–7:201 (1) (b) (ii) DCFR; art. 48 (1) (b) (iii) CESL], los Principios OHADAC reconocen el derecho a anular el contrato por error esencial cuando este ha sido conocido o bien era reconocible por la otra parte. Fuera

de los casos de error provocado y de error común, si el error no era conocido ni había manera de conocerlo no queda franco el derecho a la anulación del contrato. La regla de la recognoscibilidad comporta la atribución de un deber implícito de deshacer el error en que puede incurrir la contraparte, pues si estaba en situación de haber podido ilustrar a su contraparte, y no lo hizo, ha de asumir las consecuencias de la anulación del contrato. Mientras que en el error provocado ha de ser posible identificar un deber de informar establecido por la ley, en el supuesto en que ahora nos encontramos este deber no existe a nivel legal, aunque pueda venir indicado por los usos comerciales, por ejemplo.

En los sistemas del *common law* existen precedentes en los que se ha dado relevancia al *unilateral mistake.* Cabe mencionar el error producido al contratar las partes la compra de fruta a cierto precio por libra, sabiendo la otra parte que la oferta quería referirse a ese cierto precio, pero por pieza. En atención a la costumbre normal de ese tráfico, que se correspondía con el modo en que se habían realizado las negociaciones, el contrato fue declarado nulo [*Hartog v Colin and Shields* (1939), 3 All ER 566; *Webster v Cecil* (1861), 54 ER 812]. De estas decisiones se puede inferir que es presupuesto de la declaración de nulidad que el contratante que no ha incurrido en error haya conocido o, por lo menos, haya podido conocer el desacierto de la otra parte.

Más allá de los casos en que el error puede ser manifiesto, la aplicación de esta regla plantea la dificultad de determinar cuál es el volumen de información que ha de ser suministrado. Para definir este volumen de información los textos de unificación del Derecho de contratos recurren a elementos distintos. Mientras que la CESL habla de deberes de información exigidos por la "buena fe contractual", los PU extraen tales deberes de "criterios comerciales razonables de lealtad negocial". Por su parte, los PECL hablan directamente de un comportamiento de silencio "contrario a la buena fe" y el DCFR toma en consideración también la "*good faith*" y la "*fair dealing*". Los Principios OHADAC también recurren a un concepto jurídico basado en las exigencias del tráfico comercial, y por ello requieren tener en cuenta los deberes de información derivados de la lealtad negocial propia del comercio.

Los Principios no desconocen que esta propuesta de regulación incorpora una importante innovación para los operadores familiarizados con los sistemas del Caribe que responden al *common law*, en los que, salvo en supuestos excepcionales, bajo el *mistake* o la *misrepresentation* no tienen cabida las situaciones en las que las partes simplemente han dejado de mencionar las circunstancias contractuales relevantes, ni tampoco los supuestos de ocultación. Bajo estos sistemas no existe deber de las partes de informarse recíprocamente sobre hechos esenciales para el contrato. En efecto, en aplicación de la regla *caveat emptor,* el vendedor no está obligado a revelar los

defectos de calidad de la tierra o de las mercancías que está vendiendo [*Keates v Lord Cadogan* (1851), 138 ER 234; *Smith v Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597], ni existe una relación de confianza entre el comprador y el vendedor durante la negociación de un contrato de donde se puedan derivar deberes de información, de manera que la reticencia a informar no puede ser considerada como fraude [*Walters v Morgan* (1861), LR 2 Ch App 21]. Solo en casos excepcionales se ha considerado al silencio como *misrepresentation*, especialmente en los contratos *uberrimae fidei* como el de seguro. En el Derecho norteamericano de la *misrepresentation* el silencio y la ocultación de información solo son consideradas como *representation* en los supuestos excepcionales a que se refiere la sección 161 *Restatement Second of Contracts*, básicamente para evitar que afirmaciones anteriores puedan conducir a la celebración de un contrato viciado por error. La situación es distinta en los sistemas romano-germánicos en que jurisprudencialmente suele reconocerse la existencia de deberes de información recíproca en el momento de contratar, aunque con ciertos límites.

A la vista de esta notable disparidad de criterio entre los sistemas de *common law* y los sistemas romano-germánicos, cuando los operadores prefieran optar por un régimen del error más apegado a las tradiciones jurídicas del *common law*, se aconseja incluir en el contrato una cláusula como la propuesta al final del comentario a este precepto, cuyo propósito es desactivar la anulación del contrato cuando el error ha sido conocido o era recognoscible por la otra parte, pero esta parte no tiene obligación legal de informar sobre la existencia del error.

6. Excepciones al derecho de anulación del contrato

A pesar de la existencia de error esencial, y de alguna de las circunstancias que aparecen en el apartado primero de esta disposición (error provocado, error común y error conocido o recognoscible) la anulación del contrato no procede si la víctima del error no ha aplicado para su reconocimiento la diligencia que le era exigible, es decir, cuando estamos en presencia de un error de tipo inexcusable.

En los sistemas romano-germánicos la anulación del contrato suele quedar excluida en presencia de un error inexcusable. La excusabilidad del error, como requisito necesario para que prospere la anulación, no suele sin embargo contar con una plasmación legal (a excepción del art. 1.146 CC venezolano). De hecho, en el Derecho francés, esta condición ha debido ser acuñada a través de la jurisprudencia recaída en aplicación del vicio de error. El requisito, no obstante, se encuentra en el art. 39 del Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones de 2013.

Según la doctrina de la inexcusabilidad del error, cada cual debe informarse y defender sus intereses, sin que sea posible reclamar la protección de la ley o de los jueces en

cualquier circunstancia. De este modo, cada parte del contrato tiene la obligación de informarse sobre los elementos relevantes para su celebración. En la actualidad parece existir cierto consenso jurisprudencial en entender que el *erreur inexcusable* no hace necesario la existencia de una gran negligencia (*faute grossiére*), bastando una negligencia normal. Para responder a la cuestión de si el error es o no excusable, se suele hacer referencia, sobre todo, a la edad, la profesión, y la experiencia profesional.

En los sistemas de *common law,* el concepto de culpa de la víctima viene a cumplir una función similar a la hora de impedir la anulación del contrato viciado por error. Como razón que impide que prospere la anulación, la culpa de la víctima está presente tanto en las decisiones de los sistemas del Caribe [sentencia de la *Court of Appeal* de Anguila en *Dammer v Wallace* (1993), ECS (Anguilla) Civ App nº 1 de 1991, Carilaw aI 1993 CA 3] como en las disposiciones acuñadas sobre el error [sección 157 *Restatement Second of Contracts*]. En los textos de unificación del Derecho de contratos, la culpa grave de la víctima del error, o el error inexcusable, también son contemplados como causas que limitan la posibilidad de anulación del contrato [art. 3.2.2. (2) (a); PU; art. 4:103 (2) (a) PECL; art. II–7:201 (2) (a) DCFR).

Los Principios acogen como segunda excepción al derecho a anular el contrato el hecho de que la víctima del error haya asumido o debido asumir el riesgo de error. Con la formulación de esta excepción los Principios se suman a los desarrollos más evolucionados respecto del régimen del error, que encuentran igualmente reflejo en el resto de los textos internacionales de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.2 (2) (b) PU; art. 4:103 (2) (b) PECL; art. II–7:201 (2) (b) DCFR; art. 48 (2) CESL]. La regla resulta adecuada si se tiene en cuenta que el error es un problema de reparto de riesgo y que en ese reparto van a operar múltiples criterios. El riesgo de error puede quedar atribuido al contratante que lo padece, en virtud de los pactos de los contratantes; también de acuerdo con los usos del tráfico. Igualmente es posible tomar en cuenta otros criterios, como la condición del contratante que padece el error (perito, obligado a informarse, etc.). La regla está presente de forma expresa en el art. 6:228 CC holandés y surinamés. En los sistemas de la órbita del *common law* también existen ejemplos de disposiciones que responden a este criterio (sección 154 *Restatement Second of Contracts*).

CLÁUSULAS SOBRE ERROR

Exclusión del error de Derecho

"Ninguna parte podrá invocar como causa de nulidad del presente contrato o de algunas de sus cláusulas un error que recaiga sobre Derecho o normas jurídicas".

Exclusión de la relevancia de los deberes de información negocial

"Las partes renuncian a su derecho a anular el contrato o alguna de sus cláusulas por motivo de error en virtud de lo establecido en la letra (c) del apartado 1 del artículo 3.4.3 de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales que rigen el presente contrato".

Artículo 3.4.4: *Error en la declaración*

El régimen del error contenido en el artículo anterior también es de aplicación en los casos de error o inexactitud en la transmisión o expresión de una declaración de voluntad, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la sección primera del capítulo 4 de los Principios relativas a la interpretación del contrato.

COMENTARIO:

1. Aplicación del régimen general del error

Para el tratamiento del error en la declaración los Principios no establecen ninguna solución especial, quedando sometido al régimen establecido por el artículo anterior. Ello no prejuzga, sin embargo, la posibilidad de que el error pueda ser disipado como consecuencia de la aplicación de los criterios de interpretación del contrato establecidos en la sección primera del capítulo 4 de los Principios.

La aplicación del régimen general del error al que se produce sobre la declaración no responde a la mayoría de las tradiciones jurídicas en los países del Caribe, cuyos fundamentos, al menos en origen, también tributan a las mismas concepciones

voluntaristas que arraigaron en la conformación de los sistemas. De acuerdo con ello, los sistemas romano-germánicos también parten de la distinción entre el error vicio y el error en la declaración o error obstativo (*erreur-obstacle*). Mientras que el primero solo bajo ciertas circunstancias (*ad ex.* error esencial, error común, error inexcusable) hace posible la anulación del contrato, cuando concurre el segundo el contrato es radicalmente nulo o inexistente debido a la falta de la voluntad necesaria para la celebración del contrato.

La evolución de los sistemas, sobre todo a través de la práctica de los tribunales, ha podido poner en evidencia lo insatisfactorio que resulta impedir que, en los supuestos de error en la declaración, no puedan oponerse las excepciones a la anulación que conforman el régimen del error vicio. Además de los resultados manifiestamente injustos que se pueden producir, la diversidad de tratamiento para uno y otro error genera en la práctica problemas de calificación delicados. Si un vendedor, por equivocación, marca incorrectamente el precio en un artículo en el momento en el que estaba emitiendo la oferta estaríamos en presencia de un error en la declaración y, de acuerdo con ello, el vendedor podría ampararse en la existencia de un error obstativo determinante de la nulidad del contrato. En cambio, si el error no ha ocurrido en el momento de marcar el precio del producto, sino anteriormente durante la fase de preparación de la oferta, por un error de cálculo previo, y el error no es detectado cuando se hace la oferta, el contrato solo podrá ser anulado bajo ciertas condiciones.

Las dificultades a la hora de realizar esta clase de apreciaciones han hecho ver la necesidad de someter el régimen del error en la declaración a modelos más flexibles, donde quepa tener en cuenta consideraciones relacionadas con la teoría del riesgo, bajo cuyo amparo lo importante no sería tanto saber en qué momento se produjo el error sino si quien hizo la oferta asumió el riesgo de que el precio fuera calculado correctamente o si, de otro modo, podría ser considerado como contrario a la buena fe permitir a la otra parte pedir el cumplimiento del contrato.

Por otra parte, los textos disponibles de unificación del Derecho de contratos acogen de manera clara esta tendencia, y por ello reconducen el régimen del error en la declaración al régimen general del error, atribuyendo este a la persona que incurrió en el error de expresión o declaración (art. 3.2.3 PU; art. 4:104 PECL; art. II–7:202 DCFR art. 48.3 CESL).

2. Aplicación de las reglas relativas a la interpretación del contrato

El último inciso de la disposición comentada tiene el propósito de recordar que el error en la declaración puede quedar solventado a través de la aplicación de las reglas relativas a la interpretación del contrato que aparecen contenidas en la sección

primera del capítulo 4 de estos Principios. No es frecuente que los legisladores tengan en cuenta de forma expresa la interconexión entre el régimen del error en la declaración y el régimen de la interpretación del contrato. La relación, sin embargo, resulta evidente pues si a través de la interpretación del contrato se logra desvanecer el error no ha de haber lugar a la anulación del contrato debido a que el error dejó de existir. A esta conclusión resulta más fácil llegar cuando la interpretación adopta un criterio orientado a descubrir las intenciones de las partes. Pero también cuando se sigue un criterio objetivo, en el que se separa voluntad y declaración, y se atribuye sentido a lo declarado conforme a su significado típico, en el medio en que se produce la declaración.

Las reglas de interpretación del la sección primera del capítulo 4 permiten resolver algunos problemas de error en la declaración. Según la primera regla, *in claris non fit interpretatio*, no se entenderá que un término es claro cuando a la luz del contexto del contrato se infiera que dicho término o expresión obedece a un error manifiesto. La regla de interpretación del artículo 4.1.2 opta por una interpretación objetiva, en la que, sin embargo, tienen cabida las intenciones de las partes que eran conocidas o debían haber sido conocidas. Si la intención de la parte que ha sufrido el error era conocida por la otra parte, esta regla de interpretación permite resolver el problema del error en la declaración, modelando el contrato conforme a la voluntad de la parte que lo ha padecido. Cuando sean de aplicación criterios objetivos puros para la interpretación del contrato, será posible conocer cuál es el contenido del contrato y determinar si ha existido un error en la declaración.

Las soluciones que ofrecen algunos códigos del Caribe al error de cálculo o de cuenta, que no otorgan el derecho a la anulación del contrato sino simplemente a la rectificación (art. 1.016 CC costarricense; art. 1.557 CC hondureño; art. 1.814 CC mexicano; art. 2.456 CC nicaragüense), aparecen orientadas por la misma regla que es acogida por los Principios, en el sentido de dar a esta clase de error una solución que responde más bien a las de corte interpretativo.

Las normas de *common law* no suelen contemplar la posibilidad de impugnar el contrato cuando ha existido un error en la declaración. Sin embargo, las reglas de *equity* ofrecen remedios para el caso de que un acuerdo hecho por escrito no refleje la voluntad de las partes. Para esta clase de situaciones hay casos en los que se ha concedido el derecho, no a la anulación, sino a la rectificación del contrato para ponerlo en armonía con el acuerdo real alcanzado [*Oyadiran v Bagget (*1962), LLR 96; sentencia de la *High Court* de San Vicente y Granadinas en *Gonsalves v Cordice* (2012), nº 339 of 2006]. En el caso que suele ser mencionado como de referencia sobre la doctrina de la rectificación *[Craddock Brothers v Hunt,* (1923) 2 Ch. 136], a pesar de

que las partes acordaron verbalmente, en la venta de un inmueble, no incluir en el contrato un patio contiguo a la finca, por error, en la escritura también se indicó que el patio quedaba incluido entre las cosas vendidas. En este punto, con arreglo a lo que disponen las normas ordinarias sobre *common mistake* nada se puede hacer, pues no se trata de error que recae sobre un supuesto básico del contrato. Sin embargo, la *Chancery Court* decidió que el contenido del contrato se debía rectificar, de conformidad con lo acordado y según la real voluntad de las partes. La rectificación, en general, solo está disponible en presencia de un error común. Pero también ha habido casos que lo han reconocido en supuestos de *unilateral mistake* cuando la otra parte conoció el error y se pudo aprovechar del error [*Roberts v Leicestershire County Council* (1961), 2 All ER 545]. En el Derecho norteamericano la regla de la rectificación también se contempla en la sección 155 *Restatement Second of Contracts.*

Los Principios optan por someter el error de cuenta al régimen del error en la declaración. De este modo, por una parte, se simplifica el régimen al hacer innecesario averiguar en qué momento tuvo lugar el error, si en el momento del cálculo previo o en el momento de realizar la declaración. Por otra parte, la solución propuesta no resulta violenta respecto de las soluciones señaladas, pues si la rectificación es la solución que se desprende de la aplicación de los criterios de interpretación, tendrá lugar.

Artículo 3.4.5: *Extinción del derecho a anular el contrato*

1. **El derecho a anular el contrato se extingue si, antes de que la parte que sufrió el error haya anulado el contrato, la otra parte notifica su voluntad de cumplir el contrato o lo cumple en los términos en los que fue entendido por la parte facultada para anularlo. Esta notificación deberá tener lugar sin demora una vez conocida la existencia del error. En este caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos.**
2. **La notificación de anulación basada en el error realizada por la parte que lo ha sufrido no tendrá efecto si, de forma inmediata, la otra parte notifica que está dispuesta a cumplir el contrato en el modo en que fue entendido por la parte que sufrió del**

error. En ese caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos.

COMENTARIO:

1. Razón de ser de la pérdida del derecho a la anulación del contrato por error

La presente disposición contempla los casos en los que, a pesar de la existencia del error con arreglo al art. 3.4.3., la parte que lo ha sufrido pierde el derecho a la anulación del contrato. Esta disposición encuentra fundamento en el hecho de que, bajo nuevas circunstancias, deja de ser merecedora de protección la situación de la víctima del error. Tales nuevas circunstancias tienen lugar cuando el contenido del contrato celebrado pasa a ser aquel que fue concebido, o en el que pudo confiar, la parte que ha sufrido el error en el momento de la celebración del contrato. En esta situación esta parte deja de estar legitimada para desvincularse del contrato declarando que el contrato ha quedado anulado a través de la correspondiente notificación. La pretensión de anulación se aproxima entonces a los supuestos de abuso de derecho y a la doctrina de los actos propios, por lo que no ha de ser protegida. Cuando el contenido del contrato llega a corresponderse con aquel en el que confió la parte que ha sufrido el error, los Principios desplazan la tutela hacia la parte interesada en la conservación de la situación jurídica creada a través del contrato. La presente disposición no afecta al contenido de normas imperativas y sin embargo pone a disposición de las partes una vía adecuada para hacer posible su conservación.

El mismo planteamiento descrito se encuentra en la mayoría de los textos que se han elaborado con el propósito de unificar el Derecho de contratos, que contienen disposiciones cuyo propósito es poner límites de este mismo tipo al derecho de la víctima del error a anular el contrato [art. 3.2.10 PU; art. 4:105 (1) y (2) PECL; art. II–7:203 (1) y (2) DCFR]. Son pocos los códigos en el Caribe en los que se vislumbra una regla de este tipo. No obstante, una norma inspirada en este mismo criterio se contiene en el art. 1.149.2º CC venezolano.

A fin de no interferir sobre la libertad contractual de las partes, los Principios OHADAC han prescindido de establecer un régimen aplicable para una eventual adaptación del contrato en el caso de que las partes hubieran incurrido en el mismo error. Tales situaciones quedan sometidas al régimen general sobre el error que establece el art. 3.4.3.

2. Procedimiento para la conservación del contrato viciado por error

La disposición propuesta se fundamenta en la posibilidad de conocer los términos en los que fue entendido el contrato por la parte que está facultada para anularlo. Solo en este caso puede aplicarse el precepto propuesto. Si no existe certidumbre sobre este extremo y para la clarificación de ese contenido contractual es requerido un nuevo acuerdo entre las partes, esta disposición no es de aplicación.

En caso positivo, los Principios permiten que la conservación del contrato, en los términos en que fue entendido por la parte que incurrió en error, tenga lugar bien antes de la notificación de la anulación del contrato o bien incluso después de realizada dicha notificación. Antes de ese evento, la otra parte puede, una vez que el error ha sido desvelado, notificar su voluntad de cumplir el contrato. También puede simplemente cumplir el contrato en los términos descritos, y en esta situación el contrato queda modificado en atención a lo que ha sido concebido por la parte que incurrió en el error. Pero la conservación del contrato puede también tener lugar una vez realizada la notificación de anulación, si la otra parte, sin demora, notifica su voluntad de cumplir el contrato en los términos en los que fue entendido por la parte que ha notificado su voluntad de anular el contrato.

Artículo 3.4.6: *Dolo*

Una parte puede anular el contrato si fue inducida a contratar por error, incluso no sustancial, en razón de los actos fraudulentos o engañosos de la otra parte.

COMENTARIO:

1. Función del régimen del dolo

La inclusión en los Principios de una disposición relativa al dolo como vicio del consentimiento ha de ser entendida bajo los parámetros metodológicos que han sido descritos en el comentario al Preámbulo y al art. 3.4.2. Como consecuencia del carácter imperativo que los sistemas del Caribe atribuyen al régimen del dolo, la opción por los Principios no tiene por efecto hacer inaplicable al régimen dispuesto por el Derecho estatal a que quede sometido el contrato. La regulación propuesta por los Principios, por tanto, solo puede moverse dentro de los márgenes de la referida imperatividad, razón por la cual no se tiene la intención de establecer un régimen que sustituya al de los Estados y territorios del Caribe. El conocimiento de los márgenes para la autonomía privada en el régimen del dolo hace posible una construcción común sobre los aspectos que quedan fuera de tales márgenes que, en la práctica,

puede ser de notable utilidad para las partes del contrato. El conocimiento de estos márgenes es lo que permite, por ejemplo, descubrir la plena fidelidad con los sistemas del Caribe de la regla propuesta por los Principios que permite a la parte que ha sufrido el engaño anular el contrato a través de una mera notificación extrajudicial, tal y como contempla el art. 3.5.1.

El dolo como vicio del consentimiento es conocido en los sistemas caribeños romano-germánicos (arts. 1.515 y 1.516 CC y art. 900 CCom colombianos; arts. 1.020 CC costarricense; art. 71 CC cubano; art. 1.116 CC dominicano y francés; arts. 1.261 a 1.263 CC guatemalteco; art. 909 CC haitiano; art. 3:44.3 CC holandés y surinamés; arts. 1.560 y 1.561 CC hondureño; arts. 1.815 a 1.817 CC mexicano; art. 2.460 CC nicaragüense; arts. 1.120 y 1.121 CC panameño; art. 1.221 y 1.222 CC portorriqueño; arts. 1.154 CC venezolano). En los sistemas que responden a la tradición del *common law,* también existe un cuerpo de regulación, en mayor medida de fuente jurisprudencial que legal, sobre la *misrepresentation* (art. 2 *Law Reform Misrepresentation and Frustrated Contracts* de 1977 de Bermudas; sección 164 *Restatement Second of Contracts*) y lo encontramos también en países en los que han convergido las tradiciones inglesas y francesas (art. 927 CC santaluciano).

Dentro del límite que supone la imperatividad del régimen del dolo en los sistemas estatales, la inclusión de esta disposición persigue otras finalidades. En primer lugar se pretende impedir que en el momento de la formación del contrato tengan lugar actuaciones con la finalidad de producir una representación falsa de la realidad, como la facilitación de información inexacta con ánimo de engañar o la omisión de información relevante. Los Principios pretenden también contribuir a la comparación jurídica y a la promoción del conocimiento de los sistemas del Caribe, con el objetivo de facilitar la aplicación del régimen del dolo por parte de los jueces y árbitros en situaciones contractuales transfronterizas. De este modo se favorece la efectividad de la imperatividad de tales normas.

La inclusión del régimen del dolo cobra especial sentido en aquellos supuestos, que quizás pueden ser residuales, en los que los Principios sean considerados como el régimen del contrato. Ello sucederá, por ejemplo, si el litigio está siendo conocido por un árbitro, las partes han elegido los Principios OHADAC como régimen del contrato, y este no ha previsto ninguna remisión a un Derecho estatal. Para esta clase de situaciones adquiere valor la afirmación del carácter imperativo del régimen del dolo que es declarado por el art. 3.4.2, pues las partes, si han optado por la aplicación de los Principios, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no pueden excluir la aplicación del art. 3.4.6.

2. Tratamiento de las situaciones de dolo en los sistemas del Caribe

En los sistemas del Caribe existen disposiciones que permiten la anulación del contrato a la parte que ha sufrido engaño en el momento de su celebración. En los sistemas romano-germánicos tales situaciones suelen quedar comprendidas bajo la denominación de "dolo". En el sistema cubano existe una variación terminológica en virtud de la cual se utiliza el término "fraude" en el lugar de dolo (art. 71 CC cubano), pero abarcando ambos términos las mismas situaciones de engaño contractual.

El engaño contractual tiene cabida también en la institución de *common law* de la *misrepresentation*. La *misrepresentation* en sí misma y sin calificaciones es una institución de contenido más amplio que el dolo, debido a que consiste en una falsa representación de la realidad llevada a cabo, de manera intencional o también negligente, e incluso inocente, por una de las partes, y de forma directa o indirecta, es decir, bien personalmente por ella misma o bien por medio de un tercero.

Dentro de los supuestos de *misrepresentation* es preciso distinguir entre la fraudulenta (*fraudulent*), la negligente (*negligent*) y la inocente (*innocent*). Una *misrepresentation* es fraudulenta cuando es hecha de manera consciente, su autor conoce su falta de verdad, y no tiene lugar a través de un simple descuido sino de forma deshonesta con la intención de engañar [*Derry v Peek* (1889), 14 App Cas. 337; sentencia de la *Court of Appeal* de Jamaica en *Bevad Ltd Oman Ltd* (2008), Civ App nº 133 de 2005 (Carilaw JM 2008 CA 54)]. La *misrepresentation* negligente implica la existencia de una relación especial entre las partes, de tal manera que si una de ellas de forma descuidada hace una manifestación que puede ser tomada en cuenta para inducir la celebración de un contrato, surge responsabilidad [*Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* (1963), 2 All ER 575; sección 3 (1) de la *Misrepresentation Act* (Ch 82:35) de Trinidad y Tobago]. Una *misrepresentation* es inocente cuando no se debe a la falta de su autor. Un contrato que ha sido inducido a través de *misrepresentation*, de cualquiera de los tipos indicados, es anulable. No obstante, las leyes que regulan la *misrepresentation* suelen conceder a los tribunales poder para rechazar la anulación y conceder en su lugar una indemnización. Si media *fraudulent misrepresentation*, el *representee* no solo puede pedir la anulación del contrato, sino que tiene derecho también al resarcimiento de los daños que ha sufrido como consecuencia de la *misrepresentation*. Mientras que los supuestos que quedan comprendidos bajo la *innocent misrepresentation* y la *negligent misrepresentation* pueden ser reconducidos al régimen del error provocado a que se refiere el art. 3.4.3, los supuestos de *fraudulent misrepresentation* quedan comprendidos en el ámbito de la presente disposición.

En el sistemas que siguen al holandés el engaño contractual (*fraud*) también otorga el derecho a la anulación del contrato (art. 3:44.3 CC holandés y surinamés).

3. Situaciones relevantes como dolo

Aunque todos los sistemas del Caribe contemplan que el engaño contractual como causa de anulación del contrato, a veces se preven definiciones de dicho engaño no siempre coincidentes. El mínimo común denominador de los sistemas se encuentra en la concurrencia en la situación contractual de dos elementos, a saber, la conducta fraudulenta de un contratante y el efecto que la misma provoca: la inducción a contratar de la otra parte.

En los sistemas romano-germánicos, el dolo supone una inducción al error, a través de engaño. El dolo puede tener lugar a través de palabras o actos. Pero también se contempla el dolo por omisión, con los mismos efectos que la acción dolosa. Se refieren de forma expresa a ambas variables del engaño contractual algunos de los códigos del Caribe (art. 1.261 CC guatemalteco; art. 1.815 CC mexicano). En otros casos, aunque la proclamación legal solo se refiere a la acción dolosa (art. 1.560 CC hondureño; art. 1.120 CC panameño; art. 1.221 CC portorriqueño), la interpretación judicial ha introducido también en el concepto al dolo por omisión. Los sistemas jurídicos en el Caribe hacen uso de criterios distintos a la hora de determinar cuál ha de ser el criterio a utilizar para determinar cuál es la información debida. Para determinar si ha habido o no engaño por haber dejado de suministrar información relevante, pueden cobrar protagonismo las exigencias del tráfico comercial. A este mismo esquema de solución responden los sistemas que derivan del Derecho holandés. El art. 3:44 CC holandés y surinamés alude expresamente al suministro intencionado de información inexacta, y a la ocultación también intencionada de cualquier hecho sobre el cual había deber de informar.

En la práctica, pueden producirse situaciones en que quepa dudar de si la situación contractual puede ser considerada como dolo, por haber sido omitida información contractual relevante, o como error conocido o recognoscible en el que han sido incumplidas también obligaciones de información derivadas de la lealtad negocial. El supuesto de dolo por omisión, en efecto, puede coincidir a menudo con el de error recognoscible. A fin de deslindar ambas figuras (error recognoscible y dolo por omisión) será necesario prestar atención a la intencionalidad con la que se ha inducido el error y a la comprobación de la existencia de engaño. Esta dificultad desaparece si las partes incluyen la cláusula recomendada que hace inaplicable la letra (c) del apartado 1 del art. 3.4.3.

En los sistemas de *common law* esta clase de problemas de delimitación no llega a surgir. Por regla general el silencio no es considerado como *representation,* y por el mero hecho de no descubrirse la realidad no existe *fraudulent misrepresentation.* [*Keates v Lord Cadogan* (1851), 138 ER 234; *Walters v Morgan* (1861), LR 2 Ch App 21; sección 161 *Restatement Second of Contracts*]. La *misrepresentation* tiene lugar cuando, de forma activa, se crea una imagen falsa de la realidad con intención de engañar al otro contratante. La conducta dolosa por omisión, a través del silencio acerca de la información exigible o relevante, solo es admitida de forma excepcional. De acuerdo con la conformación de la *misrepresentation*, esta no existe por el mero hecho de ocultar información más allá de los deberes legales. En sintonía con esta regla, cabe destacar que en los trabajos prelegislativos que están teniendo lugar en el Derecho francés, las omisiones dolosas aparecen circunscritas también a los supuestos de incumplimiento de deberes de información legales (art. 44 Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones).

4. Dolo relevante para anular el contrato

El dolo o engaño contractual no siempre comporta la anulación del contrato. Muchos sistemas del Caribe asocian el efecto de la anulación del contrato exclusivamente al engaño que reviste especial gravedad, sin cuya intervención el contrato no habría sido celebrado. Al igual que se contempla en el Derecho francés (art. 1.116 CC francés y dominicano), muchos sistemas del Caribe también son tributarios de la distinción entre el dolo *causam dans* y el *dolus incidens*. Mientras que el primero abre la posibilidad de anular el contrato, el segundo solo da derecho a la indemnización de daños (*ad ex.* art. 1.515 CC colombiano; art. 1.020 CC costarricense; art. 73 CC cubano; art. 1.116 CC dominicano y francés; art. 909 CC haitiano; art. 1.561 CC hondureño; art. 1.816 CC mexicano; art. 2.466 CC nicaragüense; art. 927 CC santaluciano; art. 1.154 CC venezolano). Aunque esta distinción no es conocida en el *common law*, para estos sistemas solo cabe la anulación del contrato cuando la representation causante del engaño ha sido determinante a la hora de inducir a la prestación del consentimiento (sección 164 *Restatement Second of Contracts*).

También en los sistemas que siguen al Derecho holandés solo el *fraud* determinante de la celebración del contrato constituye motivo para su anulación (art. 3:44 CC holandés). Por el contrario, las manifestaciones o declaraciones sobre términos generales, aunque no sean verdad, no constituyen por sí mismas *fraud*. En este mismo sentido, el art. 1.821 CC mexicano dispone que “las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen

engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia".

Adicionalmente, para que el dolo sea motivo para anular el contrato es preciso que no haya sido causado por las dos partes del contrato (art. 1.020 CC costarricense; art. 1.261 CC guatemalteco; art. 1.561 CC hondureño; arts. 1.816 y 1.817 CC mexicano; art. 2.460 CC nicaragüense; art. 1.121 CC panameño; art. 1.222 CC portorriqueño; art. 927 CC santaluciano; art. 1.154 CC venezolano).

5. Márgenes para la autonomía de la voluntad en la regulación del dolo

Los Principios prevén que la parte que ha sufrido el engaño pueda anular el contrato a través de una simple notificación. Esta consecuencia jurídica resulta plenamente compatible con el régimen jurídico imperativo que se establece para el dolo, el *fraud* y la *fraudulent misrepresentation* en los sistemas del Caribe.

Por otra parte, el carácter parcialmente dispositivo del régimen del dolo en los Principios OHADAC contrasta con la tendencia de los textos internacionales de armonización del Derecho contractual (art. 3.2.5 PU; art. 4:107 PECL; art. II–7:205 DCFR; art. 49 CESL). Los Principios OHADAC han optado por un mayor respeto de las tradiciones jurídicas, haciendo posible también cierta convergencia del régimen jurídico del dolo a través del empleo de la autonomía material. En la medida en que no resulta en contradicción con las normas imperativas reguladoras del dolo, los Principios habilitan el mecanismo para que las partes puedan añadir contenidos al engaño contractual, principalmente los relacionados con la ocultación de información que puede ser relevante y en contradicción con la buena fe y la lealtad negocial. Para esta finalidad se propone la siguiente cláusula:

Cláusula de ampliación de dolo

"Las partes acuerdan que entre las situaciones de engaño relevantes para determinar la anulación del contrato queden comprendidas no solo las acciones positivas sino también los supuestos de omisión de la facilitación de información cuya comunicación previa a la celebración del contrato resulta en coherencia con las exigencias de la buena fe y la lealtad negocial del comercio".

Artículo 3.4.7: *Intimidación*

1. **Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo por la otra parte mediante la amenaza injustificada de un mal inminente y grave.**
2. **Una amenaza es considerada como injustificada si la acción u omisión con la que una parte fue amenazada es ilícita o resulta ilícito recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.**

COMENTARIO:

La inclusión en los Principios de una disposición relativa a la intimidación como vicio del consentimiento queda, al igual que ocurre con el dolo o engaño contractual, condicionada por el carácter imperativo que los sistemas estatales en el Caribe suelen reservar para este régimen. Para el caso de que las partes hayan optado por los Principios para integrar las cláusulas de su contrato, las disposiciones sobre la intimidación no pueden ser desplazadas en virtud de pacto entre las partes. Lo mismo que ocurre con otras cláusulas contractuales, los Principios no afectan al régimen imperativo de la intimidación tal cual viene establecido por la ley aplicable al contrato. De acuerdo con este condicionamiento, la aproximación de los Principios a la intimidación no tiene la intención de establecer un verdadero régimen jurídico derivado del análisis de las líneas en que convergen los sistemas en el Caribe. La inclusión de esta disposición en los Principios persigue las mismas finalidades que han sido descritas para el régimen del dolo o engaño contractual en el comentario a la disposición anterior.

Los sistemas caribeños coinciden en permitir la anulación del contrato cuando concurre violencia, fuerza o intimidación. Bajo esas denominaciones caben dos tipos de situaciones a través de las cuales se puede hacer presión sobre el otro contratante. Uno consiste en la violencia física absoluta, que priva a la parte totalmente de libertad, como ocurre cuando alguien pone sus huellas bajo un contrato porque otro le sujeta la mano o le fuerza a hacerlo. Como ya se ha indicado, el tratamiento de estas situaciones por parte de los Principios queda reconducido al art. 3.1.1, pues en estos casos más que de consentimiento viciado cabe hablar de falta absoluta de consentimiento.

Fuera de este caso, la presión sobre el otro contratante va a ejercerse normalmente mediante intimidación. La intimidación comporta la advertencia de un mal futuro, ya

sea físico, económico o moral que tendrá que soportar el sujeto si no celebra el contrato. Por medio de ella se ejerce una presión psicológica para conseguir la celebración de un contrato y su celebración es el modo de evitar ese mal (art. 72 CC cubano; art. 1.513 CC colombiano; arts. 1.018 y 1.019 CC costarricense; art. 1.112 CC dominicano y francés; art. 1.265 CC guatemalteco; arts. 906 y 907 CC haitiano; art. 1.558 CC hondureño; art. 2.468 CC nicaragüense; art. 1.219 CC portorriqueño; arts. 928 a 933 CC santaluciano).

Como elementos comunes que recogen estos códigos para el régimen de la intimidación cabe identificar los siguientes: en primer lugar, es necesario que se infunda a uno de los contratantes un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave. Dicho mal inminente y grave no debe provenir del curso de los acontecimientos, sino de un acto del contratante que amenaza o que él mismo controla. Dicho acto ha de ser antijurídico, bien porque en sí mismo lo sea (producir la muerte o lesiones), bien porque sea ilícito utilizarlo para obtener el consentimiento contractual (denunciar un delito). Aunque no todos los sistemas cuentan con una regla expresa al respecto, es tónica general que el ejercicio regular de un derecho no puede ser considerado como intimidación (art. 1.267 CC guatemalteco).

Todos los códigos exigen que el mal inminente y grave vaya a producirse sobre la parte del contrato o sobre alguna persona con la que posee vinculación. Sin embargo, los códigos no siguen aquí un criterio uniforme. A la persona o bienes de la parte, o a la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes se refieren varios códigos. Otros indican a la parte del contrato, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes. También la persona u honra de la parte del contrato, o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, estando previsto que pueda extenderse a otras personas si así lo considera el juez (1.265 CC guatemalteco; y en sentido similar, excluyendo a los hermanos, el art. 2.464 CC nicaragüense y art. 1.152 CC venezolano). Por una fórmula más general que incluye el mal sobre la vida, el honor o el patrimonio de la parte o de cualquier tercero se decanta el CC cubano (art. 72). Más preciso resulta el CC mexicano, para el cual resultan relevantes las amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (art. 1.819).

En tercer lugar, la intimidación ha de ser puesta en relación con las aptitudes de la persona que la sufre. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona (art. 73 CC cubano; art. 1.118 CC panameño) también al sexo (art. 1.513 CC colombiano; art. 1.018 CC costarricense; art. 1.112 CC dominicano y

francés; art. 1.558 CC hondureño; art. 2.458 CC nicaragüense). A las que según el Derecho guatemalteco hay que añadir las demás circunstancias que puedan influir (art. 1.266 CC guatemalteco).

Por último, el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no es motivo para anular el contrato (art. 1.268 CC guatemalteco; art. 907 CC haitiano; art. 1.558 CC hondureño; art. 1.820 CC mexicano; art. 2.465 CC nicaragüense; art. 1.153 CC venezolano). La misma solución se puede observar, aunque de forma más restringida, en el art. 1.114 CC dominicano que sigue al art. 1.114 CC francés. No obstante, aunque ambos preceptos excluyen la anulación del contrato solamente si el temor se refiere al padre, la madre u otro ascendiente, se sigue abogando por una interpretación amplia de la disposición.

Los sistemas que siguen al Derecho holandés responden en general a parámetros similares. De acuerdo con el art. 3:44 CC holandés, la intimidación incluye la amenaza de un mal ilícito sobre la persona que contrata o sobre un tercero, incluyendo también sus bienes. A diferencia de los códigos que siguen al Derecho español, para el Derecho holandés se objetiviza la valoración de la influencia, de tal manera que, para determinar si cabe anulación del contrato, habrá que tener en cuenta el impacto que habría tenido la intimidación sobre una persona razonable.

En los sistemas de *common law* se conoce la figura de la *duress.* Esta requiere que la violencia consista en una amenaza o una intimidación que infundan en uno de los contratantes el temor de sufrir un mal o un daño en su persona o en la persona de su cónyuge, hijo u otro pariente, y que determinen su voluntad de celebrar un contrato. En particular, se requiere que la intimidación o la amenaza atañan a la integridad física o a la libertad de la persona [*Barton v Armstrong* [(975), 2 All ER 465].

A pesar de que originariamente en la *duress* no tenía cabida la amenaza de un mal de tipo económico, que recae solo sobre los bienes [*Atlee v Backhouse* (1838), 3 M & W 633, 650; *Skeate v Beale* (1840), 11 Ad. & El. 983], más recientemente se ha abierto paso una corriente jurisprudencial que reconoce también la *duress of goods*, permitiéndose la anulación del contrato cuando ha sido celebrado bajo amenaza de perjuicio económico [*B&S Contracts and Design Ltd v Victor Green Publications Ltd* (1984), ICR 419; *Atlas Express Ltd v Kafko Ltd* (1989], 1 All E.R. 641; *D&C Builders Ltd vV Rees* (1965), 3 All ER 837; *Lloyds Bank Ltd v Bundy* (1974), 3 All ER 757; *Ting v Borelli* (2010), 79 WIR 204]. La incorporación de esta vertiente económica a la *duress* ha supuesto la necesidad de hacer una delimitación de esta figura con la *inequality of bargaining power* y la *undue influence* [sentencia de la *High Court* de Trinidad y Tobago en *Stechers Ltd v Cheesman* (1977), nº 2614 de 1972 (Carilaw TT 1977 HC 66);

sentencia de la *High Court* de Barbados en *National Bank v Lehtinen* (1992), nº 1410 de 1988 (Carilaw BB 1992 HC 38)], que no siempre resulta fácil a la vista de la existencia de decisiones que han aplicado los tres principios a la vez [*Lloyds Bank Ltd v Bundy* (1974), 3 All ER 757].

Por otra parte, para que se produzca *duress* se necesita también que la intimidación sea antijurídica, es decir, que debe tratarse de la amenaza de realizar un acto ilícito, de naturaleza penal o civil. De ahí que, por regla general, la amenaza de ejercer un derecho no constituye *duress.* En esta línea, es *duress* la amenaza de un encarcelamiento ilegal, pero no lo es si se trata de un encarcelamiento legítimo. Así que no se ha considerado anulable por *duress* un contrato celebrado bajo la amenaza de denuncia por un crimen que, efectivamente, había sido cometido [*Fisher & Co v Apollinaris Co* (1875), 10 Ch. App. 297]. Y lo mismo vale si se amenaza a alguien con demandarle por un acto ilícito de naturaleza civil.

Los Principios no tienen el propósito de construir un régimen para la intimidación como vicio del consentimiento. Esta intención distancia a la regulación de los Principios de los textos que se han ocupado hasta ahora de la unificación del Derecho de contratos (art. 3.2.6 PU; art. 4:108 PECL; art. II–7:206 DCFR; art. 50 CESL).

En congruencia con el tratamiento que se dispensa por los sistemas mencionados a las situaciones contractuales en las que se ha producido intimidación como vicios del consentimiento, los Principios permiten a la víctima de la intimidación que anule el contrato, moviéndose en un terreno que queda sometido a la disponibilidad de las partes. Los Principios permiten que quien ha sufrido el vicio pueda desvincularse a través de una notificación de anulación de carácter extrajudicial.

Artículo 3.4.8: *Abuso de debilidad o dependencia*

1. **Una parte puede anular el contrato o alguna de sus cláusulas si la otra parte, para contratar, ha abusado de una situación de confianza o dependencia existente entre las partes, o bien de la ignorancia, dificultades económicas, estado de necesidad o falta manifiesta de experiencia de la otra parte.**
2. **La anulación solo procede si la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la situación y se aprovechó de tal situación, produciendo un perjuicio excesivo en la otra parte.**

COMENTARIO:

1. La *undue influence* en los sistemas del Caribe y en los textos de unificación del Derecho de contratos

Los Principios optan por incluir entre los vicios del consentimiento al abuso de debilidad o dependencia. La conformación de los contornos de esta figura es debida principalmente a la doctrina de la *undue influence* conocida en los países de *common law*. A través de esa figura la jurisdicción de equidad intentaba remediar los resultados a veces insuficientes de la consideración exclusiva como vicios del consentimiento del *mistake*, la *misrepresentation* y la *duress.* La disposición pretende evitar que uno de los contratantes pueda aprovecharse en la celebración de un contrato de una relación de confianza o dependencia entre las partes, o de una situación de aflicción o de necesidad en que puede encontrarse una de las partes, cuya voluntad es afectada de forma indebida. Si esto ocurre, el contrato puede ser anulado.

La *undue influence* cuenta con su acuñación propia en el Derecho norteamericano en la sección 177 *Restatement Second of Contracts*. Al margen de los países y territorios de *common law,* ha recibido carta de naturaleza en los sistemas que derivan del Derecho holandés (art. 3:44.4 CC holandés y surinamés), y es contemplada también como vicio del consentimiento independiente por los textos internacionales de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.7 PU; art. 4:109 PECL; art. II-7:201 DCFR; art. 51 CESL]. Se observa asimismo en el art. 50 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013.

La doctrina de equidad de la *undue influence* encuentra aplicación en los sistemas de *common law* cuando una parte no solo ejerce sobre otra una influencia dominante, sino que ha actuado con abuso de esa influencia y como consecuencia de ello la parte sometida ha sufrido un perjuicio a través de la celebración del contrato [*National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v Hew* (2003), 63 WLR 183]. El autor de la influencia debe hallarse en una situación objetiva de superioridad o preeminencia de tipo económico, moral o de otra clase con respecto al otro contratante [*Avon Finance Co v Bridger* (1985), 2 All ER 281]. Según la clasificación más moderna de la *undue influence* [*Barclays Bank plc v O'Brien* (1993), 3 WLR 786; *Murray v Deubery* (1996), 52 WIR 147 (CA, ECS)], cabe distinguir dos clases de situaciones dependiendo de si, antes de celebrar el contrato, entre los contratantes ha existido o no una relación particular.

2. Supuestos de abuso de debilidad o dependencia

Como casos de *undue influence* la jurisprudencia de los sistemas de *common law* ha considerado las siguientes actuaciones: determinar el consentimiento por medio de la amenaza (ni antijurídica, ni hecha con el fin de obtener ventajas injustas) de presentar una denuncia por delito contra el otro contratante o su mujer o uno de sus familiares [*Willians v Bayley* (1866), LR 1 H.L. 200]; coartar la voluntad de una persona de poca inteligencia, diciéndole que se poseen poderes sobrenaturales [*Nottidg v Prince* (1860), 2 Giff. 246]; o sacar utilidad del hecho de que un sujeto está muy preocupado por el estado de salud de un pariente cercano [*Mutual Finance Ltd v Wetton & Sons Ltd* (1937), 2 KB 389].

La anulación del contrato en este caso exige que la parte que ha sufrido la influencia pruebe que su voluntad ha sido afectada por una influencia indebida a través de alguna conducta desleal e inconveniente, algún enredo y normalmente, aunque no siempre, alguna ventaja personal obtenida por el autor de la influencia indebida. En concreto, quien pretende la anulación ha de demostrar que la otra parte del contrato (o algún otro que influyó sobre la celebración del contrato) tenía la capacidad de influir sobre el reclamante; que la influencia fue ejercida; que el ejercicio de la influencia fue indebido; y que su ejercicio fue determinante para la celebración del contrato [*Bank of Credit and Commerce International SA v Aboody* (1990), 1 QB 923]. Los textos de unificación del Derecho de contratos no han dado acogida a esta modalidad de *undue influence* [art. 3.2.7 (1) (a) PU; art. 4:109 PECL; art. II-7:207 DCFR; art. 51 CESL].

En los sistemas de *common law* la *undue influence* se presume, y por tanto no es necesaria su prueba, cuando entre las partes existe una relación de confianza (padre/hijo, tutor/pupilo, abogado/cliente, doctor/paciente, religioso/feligrés) de tal carácter que se puede presumir que una de ellas llevó a cabo un uso abusivo de la relación al inducir a la otra a celebrar el contrato [*ad ex.* sentencias de la *Supreme Court* de Jamaica en *Brown v Dillon* (1983), 20 JLR 37; y *Lalor v. Campbell* (1987) 24 JLR 67]. En estos casos la anulación del contrato solo requiere la prueba de la existencia de esa relación. La presunción, en cambio, no ha sido reconocida entre marido y mujer [sentencia de la *High Court* de Barbados en *National Bank v Lehtinen* (1992), Carilaw BB 1992 HC 38] o entre banquero y cliente [*National Commercial Bank (Jamaica) Ltd v Hew* (2003), 63 WIR 183]. No existe sin embargo un *numerus clausus* de las relaciones que se consideran particulares o especiales para la doctrina de la *undue influence*, por lo que se ha llegado a considerar que la doctrina de la *undue influence* es de aplicación en todos los casos en los que la influencia ha sido ganada y se ha hecho abuso de ella [*Smith v Kay* (1859), 7 HLC 779].

El automatismo que incorpora a la anulación del contrato la existencia de una presunción de *undue influence* allana la posibilidad para las partes de atribuir el efecto

de la anulación del contrato a una notificación de tipo extrajudicial. Los Principios formulan esta misma regla dando relevancia anulatoria del contrato a la existencia entre las partes de una situación de debilidad o de dependencia. En este punto se sigue el sendero que han marcado los textos de unificación del Derecho de contratos, que han acogido sin fisuras como vicio del consentimiento la preexistencia entre las partes de una situación de dependencia (PU), o bien de confianza o dependencia (PECL; DCFR; CESL). Las situaciones con relevancia anulatoria del contrato se podrán dar en los casos en los que ha sido admitida la existencia de *undue influence* mencionados más arriba, pero también con carácter general siempre que quepa advertir la existencia de una relación de confianza o dependencia. De hecho, en el Derecho norteamericano, la anulación del contrato en los supuestos de *undue influence* en los que existe relación de superioridad o reverencia de una parte sobre la otra también es contemplada por la sección 177 *Restatement Second of Contracts*.

Pero la existencia de esta relación no basta para la anulación del contrato según la regulación ofrecida por los Principios. Además se exige que como consecuencia del contrato se haya producido un enriquecimiento excesivo en una de las partes que haya conllevado perjuicio injusto en la otra. Se acoge así el criterio que, no sin vacilación, es generalmente seguido por los tribunales del Caribe de territorios y países de *common law*, donde se suele aplicar la doctrina según la cual para la anulación del contrato se exige que haya existido un perjuicio manifiesto [sentencia de la *Court of Appeal* de Guyana en *De Freitas v Alphonso Modern Record Store Ltd* (1991), 45 WIR, 245]. La necesidad de que exista una ventaja excesiva o perjuicio injusto para que quede abierta la anulación del contrato también está presente en todos los textos de unificación del Derecho de contratos [art. 3.2.7 (1) PU; art. 4:109 (1) (b) PECL; art. II-7:207 (1) (b) DCFR; art. 51 (b) CESL]. El requisito adquiere un matiz distinto en el Derecho norteamericano, en el que se habla de una actuación de la persona bajo influencia en contradicción con su bienestar (sección 177 *Restatement Second of Contracts*).

Los Principios no desconocen que muchos de los supuestos de *undue influence* que originan el derecho a la anulación del contrato en situaciones en las que ha existido una relación previa de confianza o dependencia son excluidos de forma expresa de tal consecuencia anulatoria por muchos sistemas. En efecto, como hemos puesto de relieve en el comentario a la disposición anterior, el temor reverencial o a desagradar a quienes se debe obediencia o respeto no es causa de anulación del contrato (art. 1.114 CC dominicano y francés; art. 1.268 CC guatemalteco; art. 907 CC haitiano; art. 1.558 CC hondureño; art. 1.820 CC mexicano; art. 2.465 CC nicaragüense; art. 931 CC santaluciano; art. 1.153 CC venezolano). Los límites para la aplicación de la solución

que ofrecen los Principios, y que dispone la anulación del contrato también en esa clase de situaciones, vendrán determinados por la consideración de las referidas normas sobre el temor reverencial como normas imperativas.

En los sistemas de *common law* la existencia de *undue influence* también se presume cuando, a pesar de la inexistencia de una relación previa entre las partes, una de ellas se ha aprovechado de la inexperiencia, la ignorancia o el estado de pobreza de la otra parte mediante la celebración de un negocio atractivo (*catching bargain*) o negocio contrario a la conciencia (*unconscionable bargain*). Cuando a esta clase de situación se le suma también la ventaja excesiva o perjuicio injusto de la parte débil surge el derecho a anular el contrato. En el ámbito de la jurisdicción de países y territorios del Caribe la doctrina de la *inequality bargaining power* ha sido seguida en alguna sentencia, declarándose la anulación del contrato por motivo de la desigualdad de poder negocial entre las partes a pesar de la inexistencia de *undue influence* o *duress* de tipo económico [*Singh v Singh* (1978), 25 WIR 410].

Esta clase de situaciones también han merecido un tratamiento especial por parte del Derecho norteamericano en aplicación de la doctrina de la *unconscionability.* Aunque su aplicación no determina la anulación del contrato, el resultado puede ser similar en cuanto que el defecto puede impedir la obtención del cumplimiento judicial de las obligaciones del contrato (sección 208 *Restatement Second of Contracts*; sección 2-302 UCC; *Willians v Walker Thomas Forniture Co* (1965), 350 F2d, 445, DC Cir). Su fundamento apunta a la inexistencia de un consentimiento verdadero o significativo y a la existencia de términos en el contrato que favorecen de manera extraordinaria a una de las partes, dando así lugar a la distinción jurisprudencial entre *substantive unconscionability* y *procedural unconscionability*. La doctrina de la *unconscionability* viene siendo utilizada en supuestos de desigualdad contractual, típicamente para impedir la ejecución de contratos o de cláusulas incluidas en contratos de consumo, en los que las partes tienen un poder de negociación muy desigual (*Muscioni v Clemons Boat* (2005) Ohio 4349; *Pierce v Catalina Yachts Inc* (2000) Alaska 2 P. 3d 618). También ha recibido aplicación en supuestos de gran disparidad entre el precio del contrato y el valor recibido a cambio (*Repair Master Construction Inc v Gary* (2009), 277 SW 3d 854 Mo. Ct. App).

Fuera del ámbito de los territorios y países de *common law*, o los que siguen el Derecho holandés, no es frecuente encontrar disposiciones que permitan a una parte desvincularse del contrato por motivo de haber sido explotada la situación de pobreza o ignorancia de la otra parte. Como excepción, cabe indicar el art. 17 CC mexicano, disposición en la que pueden ampararse los pobres o ignorantes que hayan sido inducidos a celebrar contratos injustos, siempre que el otro contratante haya obtenido

un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga.

Los Principios acogen también esta modalidad de *undue influence* al permitir la anulación del contrato por motivo de la ignorancia, falta de experiencia, falta de capacidad negociadora de la otra parte, o bien por motivo de encontrarse dicha parte en dificultades económicas o estar sometida a un estado de necesidad. La regulación propuesta adopta así cierto paralelismo respecto de las formulaciones ofrecidas por los PU, PECL, DCFR y CESL (supuestos de aflicción económica o necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación).

3. Condiciones de invocación del abuso de debilidad o dependencia

Junto a la existencia de un perjuicio injusto, la aplicación del régimen de *undue influence* presupone que la parte que ha abusado de la situación de confianza o dependencia, o que se ha aprovechado de la situación de debilidad de la otra parte, haya tenido conciencia del abuso o, sin haber tenido conocimiento, haya sido posible esperar que lo conociera. La recognoscibilidad de la situación, que encuentra fundamento en las exigencias del tráfico, se convierte así en presupuesto de la anulación en los casos de abuso de debilidad o dependencia. En este punto siguen también los Principios la tónica marcada por los textos internacionales de unificación del Derecho de contratos (PU; PECL; DCFR; CESL).

La regulación que ofrecen los Principios sobre el abuso de debilidad o dependencia no alcanza al modo en que será posible demostrar que el abuso no ha tenido lugar. Esta valoración podrá adquirir interés ante una reclamación judicial en virtud de la cual se pida el cumplimiento del contrato por la parte que considera que no ha existido abuso. En tal situación no cabe desdeñar el valor hermenéutico que podrá adquirir el régimen jurídico de la destrucción de la presunción de *undue influence* en los sistemas de *common law*.

Cuando existe una relación previa entre las partes, para que la presunción quede destruida es necesario probar que no hubo coacción o que, de todos modos, el consentimiento se formó libremente, siendo el contrato el resultado del libre ejercicio de una voluntad independiente. No obstante, para rebatir la presunción no es suficiente que se haya tenido la oportunidad de disponer de un asesoramiento independiente, si se demuestra que el mismo no ha sido seguido. Es necesario que la celebración del contrato haya sido el resultado del ejercicio de una voluntad independiente, debiendo haberse contado con la explicación de una persona independiente y capacitada [*Inche Noriah v Shaik Bin Omar* (1929), AC 127].

En los supuestos de *undue influence* por inexperiencia, desigual poder de negociación, ignorancia o extrema necesidad, la oposición a la anulación exige que la otra parte del contrato demuestre que, a pesar de las apariencias, en realidad el negocio se ha llevado a cabo de manera correcta, justa y razonable [*Earl of Aylesford v Morris* (1873), L.R. 8 Ch. App. 484]. Aunque existen decisiones que han utilizado esta doctrina [*Fry v Lane* (1888), 40 Ch. D. 312; *Evans v Llewellin* (1787), 1 Cox 333, 340], ha sido cuestionada en sentencias posteriores [*Pao On v Lau Yiu Long* (1980) AC 614; 1979 3 WLR 435; *National Westminster Bank Ltd v Morgan* (1985), AC 686; 1985 2 WLR 588].

En la regulación que se hace del abuso de debilidad o dependencia, la mayoría de los textos de unificación del Derecho de contratos propone también un régimen para la adaptación del contrato, en caso de que se solicite, a fin de ajustarlo a criterios comerciales razonables de lealtad negocial [art. 3.2.7 (2) y (3) PU], a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual [art. 4:109 (2) y (3) PECL], y a las exigencias de la buena fe y de la lealtad negocial [art. II-7:207 (2) y (3)]. El régimen jurídico que los Principios OHADAC ofrecen para este vicio del consentimiento no incorpora una propuesta de ese tipo. Con esta posición se pretende no influir sobre la libertad de las partes a la hora de decidir si resulta de interés conservar el contrato anulable. Por la naturaleza propia de este vicio del consentimiento, tampoco parece oportuno proponer una cláusula a fin de dar cabida expresa a esta clase de adaptación del contrato para, en caso de mantenimiento del contrato, remediar el desajuste producido como consecuencia del abuso de debilidad o dependencia.

Artículo 3.4.9: *Vicios causados por un tercero*

La parte que ha sufrido el error, el dolo, la intimidación o el abuso de debilidad o dependencia puede anular el contrato cuando tales vicios hayan sido causados por un tercero, siempre que la otra parte haya conocido o haya debido conocer la implicación del tercero.

COMENTARIO

Frecuentemente, durante la fase de negociación o celebración del contrato han podido intervenir personas distintas de las partes, sobre las cuales cae la responsabilidad del defecto del contrato. Con la inclusión de esta disposición los Principios siguen la misma pauta que está presente en los textos que se han ocupado de unificar el Derecho de

contratos, la mayoría de los cuales, excepto la CESL, contienen disposiciones que persiguen esta misma finalidad (art. 3.2.8 PU; art. 4:111 PECL; art. II–7:208 DCFR). No obstante, la regla propuesta incorpora una importante simplificación de ese régimen.

Muchos de los sistemas del Caribe contienen disposiciones que otorgan relevancia al hecho de que los vicios del consentimiento hayan sido provocados mediante la intervención de un tercero. Por ejemplo, para los supuestos de dolo, la regla es establecida en algunos de los sistemas codificados (art. 1.019 CC costarricense; art. 1.262 CC guatemalteco; art. 1.816 CC mexicano; art. 927 CC santaluciano; art. 1.154 CC venezolano). Y para los supuestos de violencia e intimidación cabe detectar también una pauta de regulación que permite la anulación del contrato cuando aquella ha tenido lugar a través de la actuación de un tercero (art. 1.111 CC dominicano y francés; art. 1.559 CC hondureño; art. 1.818 CC mexicano; art. 2.459 CC nicaragüense; art. 1.119 CC panameño y art. 1.220 CC portorriqueño; art. 928 CC santaluciano; art. 1.150 CC venezolano; art. 49 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013). En los sistemas de *common law*, la regulación de la *misrepresentation* también incorpora disposiciones especiales, con esa misma finalidad, para los supuestos en los que la *representation* ha sido llevada a cabo por terceros (sección 164 *Restatement Second of Contracts*). Igual ocurre en la regulación de la *undue influence* (sección 177.3 *Restatement Second of Contracts*).

La presente disposición concede a la parte que ha sufrido el vicio del consentimiento el derecho a la anulación del contrato cuando el defecto ha sido causado por la intervención del tercero. Sin embargo, en atención a que la injerencia del tercero sobre el contrato puede no resultar manifiesta, en aras de la seguridad del tráfico los Principios OHADAC limitan el derecho a la anulación del contrato a la circunstancia de que la otra parte haya conocido o hubiera debido conocer la existencia del vicio del consentimiento. Con esta regla adquiere aplicación general el criterio que muchos sistemas del Caribe aplican al régimen del dolo, y se sigue el criterio acogido por los sistemas que responden al Derecho holandés (art. 3:44.5 CC holandés y surinamés). En cuanto la regulación de la *misrepresentation* concede relevancia también al conocimiento que tiene la parte del contrato sobre la actuación realizada por el tercero (sección 164 *Restatement Second of Contracts*), la regla acogida por los Principios guarda congruencia también con este sistema.

La regulación de los Principios se distancia en varios aspectos del régimen ofrecido por los textos internacionales de unificación del Derecho de contratos. Por una parte, los Principios han renunciado a establecer una regla, como la presente en los textos de unificación del Derecho de contratos, que otorga un tratamiento distinto a los supuestos en los que el tercero sea uno de aquellos por cuya actuación responde la

parte, o que ha participado en la negociación y la celebración del contrato con el acuerdo de la parte. De este modo la regulación propuesta no solo se muestra más atenta a las pautas seguidas por los sistemas estatales, donde tales distinciones son menos conocidas, sino que a la vez se simplifica su gestión. No obstante, si el tercero ha participado en la negociación o celebración del contrato con el acuerdo de la parte, o si se trata de un tercero de cuyos actos ha de responder dicha parte, lo más frecuente será que habrá conocido, o deberá haber conocido, la concurrencia del vicio provocado.

Los Principios, además, generalizan la disposición haciendo posible que la anulación del contrato tenga lugar cuando la intervención del tercero haya viciado el consentimiento contractual no solo a través de dolo, como hacen la mayoría de los sistemas, sino también a través de error, intimidación y abuso de debilidad o dependencia. Se sigue así la pauta que proporciona en este punto los sistemas que derivan del Derecho holandés.

Por último, en caso de que el vicio no haya sido conocido o no debiera haber sido conocido por la otra parte, no se contempla una opción adicional para la anulación del contrato en aquellos supuestos en los que en el momento de la anulación del contrato dicha parte no hubiera actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato.

Sección 5. Anulación

Artículo 3.5.1. *Derecho a la anulación del contrato*

1. El contrato puede ser anulado por la parte que ha sufrido un vicio del consentimiento.

2. El contrato también puede ser anulado por el representado en caso de conflicto de intereses con el representante

3. El derecho a anular el contrato se ejerce mediante notificación a la otra parte en el plazo de seis meses a contar:

a) En caso de error o de dolo, desde que la parte afectada conoció o debió haber conocido la realidad.

b) En caso de intimidación y en caso de abuso de debilidad o dependencia, desde que cesó esa situación o la parte afectada pudo obrar con libertad.

c) En caso de conflicto de intereses, desde que el representando conoció o debió haber conocido la realización del contrato por el representante y el conflicto de intereses.

COMENTARIO:

1. El derecho a anular el contrato

Resulta comúnmente admitido en los ordenamientos del Caribe que la concurrencia de vicios del consentimiento en una de las partes del contrato no es causa de ineficacia automática del mismo. Su consecuencia es, por el contrario, la atribución a la parte afectada por el vicio de un derecho a anular el contrato, siendo plenamente eficaz mientras no se ejercite ese derecho a la anulación. Los distintos ordenamientos acogen el derecho a anular el contrato de múltiples maneras. Algunos ordenamientos, inspirados en este punto en el CC francés (art. 1.304), no han acogido expresamente la distinción entre contrato nulo y anulable y solamente contemplan una acción de nulidad, si bien, en caso de vicio, la legitimación para anular se restringe a la parte afectada (art. 1.304 CC dominicano; art. 910 CC haitiano; art. 1.253 CC portorriqueño; art. 925 CC santaluciano; art. 1.346 CC venezolano). En otros ordenamientos, en relación con los vicios del consentimiento, se hace alusión a una "nulidad relativa" (art. 1.741 CC colombiano; art. 836 CC costarricense; art. 1.587 CC hondureño; art. 2.227 y 2.230 CC mexicano; art. 2.201 CC nicaragüense o art. 1.144 CC panameño), por inspiración de la doctrina francesa que creó el concepto para contraponer a la nulidad absoluta otra forma de nulidad (o de "rescisión" en la terminología de alguno de estos códigos) de legitimación restringida a la parte cuyo interés resulta protegido por la norma, doctrina que ha cristalizado en el proyecto francés de reforma del derecho de obligaciones de 2013 (art. 89).

Por su parte, en el Derecho inglés se distingue entre contrato nulo (*void*) y anulable (*voidable*) y en relación con este último se hace referencia a la potestad de anular (*power of avoidance),* siendo así que las situaciones de *misrepresentation*, ya sea inocente o fraudulenta, conceden a la parte afectada un derecho a anular o rescindir el contrato (art. 1 de la *Misrepresentation Act* 1967 o art. 2 de la *Bermuda Law Reform Act* 1977), del mismo modo que en los supuestos de coacción [*Ting v Borelli* (2010), 79 WIR 204] e influencia indebida [sentencia de la *Supreme Court* de Jamaica en *Turnbull*

& Co v Duval (1902), AC 429]. También el CC guatemalteco (arts. 1.257 y 1.303) emplea expresamente el concepto anulable para referirse al negocio jurídico afectado de vicio del consentimiento. Más recientemente, el código civil holandés y surinamés considera anulables los contratos realizados bajo amenaza, fraude o abuso de circunstancias (art. 3:44) y bajo error (art. 6:228) y el cubano dispone que el error, el fraude y la amenaza son determinantes de la anulación del acto a instancia de parte interesada (arts. 73 y 74). Con independencia de las posibles diferencias conceptuales, hay uniformidad en la calificación de los contratos afectados por un vicio del consentimiento como meramente anulables a instancias de la parte perjudicada, por contraposición a los contratos nulos.

Una nota aparentemente discordante con esta uniformidad es la que en el *common law* deriva del tratamiento de ciertas formas de *mistake*, que conllevan que el contrato no sea anulable, sino nulo. Sin embargo, esta discordancia es más aparente que real, pues, como se detalla en el comentario del art. 3.4.1 de los Principios, en realidad los supuestos especiales de *common mistake* que dan lugar a la nulidad del contrato no se identifican con el típico error-vicio de la tradición romano-germánica. Así, el supuesto de *common mistake* denominado como *res extincta*, que se produce cuando el objeto del contrato se ha extinguido sin conocimiento de las partes antes de su celebración, que da lugar a la nulidad (sección 6 *Sale of Goods Act* inglesa de 1979; sección 8 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 8 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 8 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 8 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 8 *Sale of Goods Act* de Belice; sección 7 *Sale of Goods Act* de Jamaica) y el supuesto de equivocación por *res sua*, que tiene lugar cuando el comprador desconoce que ya es propietario de la cosa que ha sido vendida [*Abraham v Oluwa* (1944), 17 NLR 123], en los Principios son considerados como hipótesis de imposibilidad inicial (art. 3.1.3). Por tanto, a estos casos no es de aplicación el derecho a anular el contrato que contempla la presente disposición. De manera análoga el supuesto de *mutual mistake*, que tiene lugar cuando existe un radical malentendido entre los contratantes, que han pensado cada uno en una cosa o negocio distinto, no es considerado en los Principios como un caso de error-vicio que atribuya un derecho a anular el contrato, sino como un supuesto de inexistencia de consentimiento (art. 3.1.1).

Una delimitación más precisa de las hipótesis que encajan en cada uno de los vicios del consentimiento que dan derecho a anular el contrato se hace en la descripción del supuesto de hecho de estos vicios en la sección 4 de este capítulo 3 de los Principios, e igualmente en relación con el supuesto de hecho del contrato realizado por el representante en conflicto de intereses con el representado en el art. 2.3.6.

2. La anulación mediante notificación

Existen dos tradiciones jurídicas distintas en cuanto a la manera de hacer efectivo el derecho a anular el contrato, que han encontrado plasmación en los distintos ordenamientos del Caribe.

Por un lado, una tradición de inspiración francesa considera que la anulación no se hace efectiva por una mera declaración de voluntad de la parte afectada, sino que es necesaria una acción judicial ejercitada por el legitimado, en un plazo más o menos amplio, que culmine con una sentencia que proclame la ineficacia del contrato. A esta tradición responden, además del art. 1.304 CC francés y dominicano, el cubano (art. 114) y el venezolano (art. 1.346), que prevén un plazo para el ejercicio de la acción de anulación de cinco años; el CC colombiano (art. 1.750), el CC costarricense (art. 841), el CC hondureño (art. 1.593), el CC nicaragüense (art. 2.208), el CC panameño (art. 1.151) y el CC portorriqueño (art. 1.253), en los que el plazo es de cuatro años; el CC guatemalteco, que prevé un plazo de dos años para el caso de dolo o error (art. 1.312) y de un año en caso de violencia o temor grave (art. 1.313); o el CC mexicano que establece un plazo de sesenta días en caso de error o de seis meses en caso de violencia (arts. 2.236 y 2.237). Un caso singular es el del CC haitiano que prevé un plazo de diez años (art. 1.089), al igual que el CC santaluciano (art. 2.119).

Por otra parte, en la tradición anglosajona la anulación se hace efectiva mediante una mera notificación de la voluntad de anular dirigida a la otra parte, que deberá hacerse con prontitud, si bien el tiempo transcurrido en negociar para alcanzar un acuerdo no se tiene en cuenta para impedir la anulación *[Erlanger v New Sombrero Phosphate Co* (1978), 3 App.Cas. 1.218]. Del mismo modo, el código civil holandés y surinamés (art. 3:49) permite la anulación extrajudicial, si bien el plazo se extiende en este caso por tres años (art. 3:52). Este modelo de anulación extrajudicial es el que han seguido también los distintos textos de armonización internacional de Derecho de contratos (art. 3.2.11 PU; art. 4:113 PECL; art. II-7:209 y II-7:210 DCFR; art. 52 CESL).

De entre estos dos sistemas alternativos, en los Principios se opta por el de la anulación extrajudicial por varias razones. En primer lugar, el sistema de autotutela puede suponer un ahorro de costes procesales e incrementa la seguridad jurídica al favorecer el cese de la incertidumbre propia de la anulabilidad. Por otra parte, refuerza la posición de la parte protegida por cuanto que desde el momento de la notificación la anulación produce efectos y la parte afectada tiene derecho a obtener, por tanto, la restitución de lo entregado y en caso de demora, la correspondiente indemnización. Además, el sistema de notificación extrajudicial consigue trasladar la carga de litigar a la otra parte pues una vez producida la notificación de la anulación, si pretende exigir el cumplimiento, deberá acudir a los tribunales judiciales o arbitrales y probar la validez del contrato. Por último, como señalaremos más adelante, el sistema de

anulación extrajudicial es perfectamente compatible con los ordenamientos que han previsto un sistema de anulación judicial con carácter internacionalmente imperativo.

Obviamente, el hecho de que la anulación se pueda hacer efectiva mediante una notificación dirigida a la otra parte no implica que la cuestión de la ineficacia del contrato no deba dirimirse ante un tribunal judicial o arbitral. Los Principios no ignoran que las partes pueden ser de diferente opinión respecto de la concurrencia de vicio. En este sentido, sin perjuicio de los efectos anulatorios de la declaración, la elección de los Principios no supone la renuncia de las partes a oponerse a la anulación a través de una demanda judicial con la finalidad de declarar que el contrato es válido y que no ha sido anulado por concurrencia de alguno de los vicios que son contemplados por la ley aplicable al contrato o los pactados por las partes mediante la elección de los Principios.

3. Plazo para hacer efectivo el derecho a anular

Los Principios proponen una regulación del derecho a anular el contrato que pretende conciliar en la medida de lo posible la tradición anglosajona, que permite la anulación mediante notificación, con la tradición seguida por múltiples ordenamientos del Caribe que requieren el ejercicio de una acción judicial en un lapso de tiempo concreto. De este modo, por una parte, se opta por un régimen que hace posible la anulación mediante notificación extrajudicial; por otra, el plazo para hacer efectiva dicha notificación queda determinado, no haciéndose depender de fórmulas imprecisas que no favorecen la seguridad jurídica, especialmente en el contexto de un marco de diversidad jurídica. Para regular el plazo de ejercicio del derecho a la anulación del contrato los Principios han debido descartar la utilización de fórmulas tales como "un plazo razonable de acuerdo con las circunstancias" (art. 3.2.12 PU; art. 4:113 PECL; art. II- 7:210 DCR), al resultar inconciliables con esas otras tradiciones jurídicas.

Sin embargo, las propias exigencias de la celeridad de la contratación internacional y la necesidad, en aras de la seguridad jurídica, de no postergar excesivamente la incertidumbre propia del contrato anulable, conlleva que este plazo concreto para anular el contrato mediante notificación deba ser notablemente más reducido que el plazo previsto por los distintos ordenamientos que exigen una acción judicial, optándose en este sentido por un plazo de seis meses, plazo que es, por ejemplo, el exigido para anular el contrato en caso de intimidación por el art 2.237 CC mexicano. De manera similar, el art. 52 CESL estipula un plazo concreto de seis meses para el caso de vicio de error y de un año en caso de dolo, amenaza o explotación injusta.

Respecto del establecimiento del momento a partir del cual se ha contar el plazo de que se dispone para ejercer el derecho de anulación del contrato, los Principios han tratado de tener en cuenta la existencia de un denominador común en los sistemas del Caribe. Así, por ejemplo, en cuanto al inicio del cómputo del plazo para anular en caso de intimidación, hay una convergencia en los ordenamientos al señalar el día que cesó la intimidación (*ad ex.* art. 1.750 CC colombiano; art. 841 CC costarricense; art. 1.313 CC guatemalteco; art. 3:52.b CC holandés y surinamés; art. 1.593 CC hondureño; art. 2.237 CC mexicano; art. 1.253 CC portorriqueño; art. 2.119 CC santaluciano o art. 1.346 CC venezolano).

Más problemática resulta la convergencia en caso del vicio de error y dolo. Se aprecian en los ordenamientos del Caribe hasta tres momentos distintos en relación con el inicio del cómputo del plazo para anular el contrato. En efecto, para algunos ordenamientos este es el momento en el que la parte afectada conoce la realidad (art. 1.304 CC francés y dominicano; art. 1.089 CC haitiano; art. 2.236 CC mexicano; art. 2.119 CC santaluciano; art. 1.346 CC venezolano y, más recientemente, en el Derecho holandés, art. 3:52 CC). En otros, el día de la celebración del contrato (art. 1.750 CC colombiano; art. 841 CC costarricense; art. 1.312 CC guatemalteco, art. 1.593 CC hondureño y art. 2.208 CC nicaragüense). En otros casos, se hace referencia al momento de la consumación del contrato (art 1.151 CC panameño y art. 1.253 CC portorriqueño). Incluso hay ordenamientos que expresamente prevén que la anulabilidad es imprescriptible por vía de excepción (art. 843 CC costarricense; art. 1.595 CC hondureño; art. 2.210 CC nicaragüense; art. 1.153 CC panameño), lo que también puede deducirse implícitamente en aquellos otros ordenamientos en los que el momento de inicio del cómputo del plazo es la fecha de la perfección del contrato. En los sistemas de *common law*, por su parte, en caso de *fraudulent misrepresentation*, no se pierde el derecho a anular mientras el perjudicado no conociera o debiera conocer la realidad [*Aaron's Reff Ltd v Twiss* (1896), AC 273]. Sin embargo, el punto de vista cambia en caso de *innocent misrepresentation*, pues el lapso de tiempo transcurrido desde la realización del contrato puede ser un impedimento para la anulación del contrato, aunque el perjudicado no hubiera conocido antes la realidad [*Leaf v International Galleries* (1950), 2 KB 86].

Para superar la divergencia respecto de esta cuestión, los Principios han considerado que el comienzo del cómputo del plazo es el momento en el que la parte perjudicada conoce la realidad o hubiera debido conocerla. Esta regla se encuentra en consonancia con los distintos textos internacionales de armonización de Derecho de contratos (art. 3.2.11 PU; art. 4:113 PECL; art. II-7:211 DCFR; art. 52 CESL). Es la opción que mejor protege al perjudicado por el vicio, puesto que ese es el momento a partir del cual

pudo ejercitar su derecho a la anulación del contrato. Por la misma razón, el comienzo del plazo en caso de abuso de debilidad o dependencia es la fecha en que cesó esa situación o, si no cesó, desde la fecha en que la víctima pudo obrar con libertad. Y en caso de conflicto de intereses entre representante y representado, el momento en el que el representado conoció tanto la celebración del contrato como el conflicto de intereses. La posible postergación de este momento respecto de la fecha de celebración del contrato y la inseguridad jurídica que ello pueda causar quedan compensadas por la brevedad del plazo de seis meses que se concede para hacer efectivo el derecho mediante anulación extrajudicial.

4. Incidencia de normas internacionalmente imperativas

Las normas propuestas en los principios OHADAC no pueden desplazar las disposiciones imperativas nacionales sobre el régimen de la anulación del contrato (apartado III del Preámbulo). Puede darse el caso excepcional de que un tribunal considere internacionalmente imperativas sus propias normas o las de la ley nacional aplicable o incluso las de un tercer Estado estrechamente conectado con el contrato, que contemplen la vía de la reclamación judicial como indisponible e irrenunciable. Ello no quiere decir que la sujeción de las partes en este punto a los Principios OHADAC sea jurídicamente irrelevante. La sujeción a los Principios OHADAC en este supuesto implica que ambas partes consienten en reconocer efectos a la anulación que se haya producido extrajudicialmente en el plazo de seis meses, sin que ello obstaculice la posibilidad de ejercitar una acción judicial de anulación en un momento posterior, dentro del plazo habilitado por la norma nacional que se considere internacionalmente imperativa.

> Ejemplo: Un contrato entre una sociedad colombiana y una empresa cubana se somete a los tribunales colombianos y a los Principios OHADAC. La ley colombiana sería aplicable al contrato, además, según las normas de Derecho internacional privado colombianas. Una de las dos partes estima que ha contratado bajo un error. Conforme al art. 3.5.1 de los Principios OHADAC puede hacer efectiva la anulación del contrato mediante notificación a la otra parte en el plazo de seis meses desde que conoció o debió conocer la realidad. Esta notificación produciría los efectos propios de la anulación previstos en los Principios, en la medida en que no fueran incompatibles con disposiciones de la ley colombiana, si son consideradas internacionalmente imperativas. En tal caso, conforme al art. 1.750 CC colombiano, y siempre que el error tuviese también eficacia anulatoria conforme a la legislación colombiana, podría ejercer una acción judicial de anulación del contrato en el plazo de cuatro años desde la celebración del contrato, aunque hubiesen transcurrido más de seis meses desde que conoció o debiera conocer la realidad.

Artículo 3.5.2: *Confirmación del contrato anulable*

El derecho a anular un contrato se extingue por la confirmación expresa o tácita por la parte que tiene derecho a anularlo, realizada después de conocer la causa de anulación y de que esta haya cesado.

COMENTARIO:

Los ordenamientos de los distintos Estados y territorios del Caribe estipulan que el derecho a anular el contrato se extingue por confirmación (art. 1.338 CC francés y dominicano; art. 1.304 CC guatemalteco; art. 3:55 CC holandés y surinamés; art. 2.233 CC mexicano; art. 1.145 CC panameño; art. 1.262 portorriqueño; art. 1.351 CC venezolano), ratificación (art. 1.752 CC colombiano; art. 839 CC costarricense; art. 1.591 CC hondureño; art. 2.206 CC nicaragüense), convalidación (art. 68.1 CC cubano) o afirmación [*Scholey v Central Railway Co of Venezuela* (1868), LR 9 Eq 2006]. Todos estos conceptos hacen referencia a la manifestación de voluntad, expresa o tácita, del legitimado para anular el contrato de optar por su validez.

En un intento de convergencia entre las distintas formas de regular la confirmación en los ordenamientos del Caribe, los Principios siguen una estructura similar a la de la mayor parte de estos ordenamientos, cuyas premisas son: en primer lugar, la confirmación es un acto unilateral de quien está legitimado para anular el contrato, por lo que no es necesario el concurso de la otra parte; en segundo lugar, la confirmación solo es válida si el motivo que hace el contrato anulable ha cesado y, por tanto, la parte legitimada actúa con pleno conocimiento y libertad; en tercer lugar, la confirmación puede ser expresa o tácita. Esta es también la estructura que de manera muy homogénea acogen los textos internacionales y europeos de armonización del Derecho de contratos (art. 3.2.9 PU; art. 4:114 PECL; art. II-7:210 DCFR; art. 53 CESL).

No obstante, existen algunas divergencias, si bien perfectamente conciliables, entre la norma formulada en los Principios y las normas que acogen la confirmación en alguno de los ordenamientos del Caribe.

En primer lugar, en algunos ordenamientos se obvia como requisito para que la confirmación sea eficaz una referencia expresa al hecho de que la causa que motiva la anulación haya desaparecido. Es el caso del CC colombiano (art. 1.752), del CC francés y del dominicano (art. 1.338), del CC nicaragüense (art. 2.206) o del CC venezolano (art. 1.351). Esta omisión no plantea un conflicto con los Principios, puesto que puede

deducirse sin mayor dificultad, también en estos ordenamientos, que siendo la confirmación un acto voluntario, para su eficacia es preciso que haya desaparecido la causa que dio lugar a la anulación.

En segundo lugar, en los Principios, de acuerdo con el principio de libertad de forma (art. 3.1.2), la confirmación expresa no está sujeta a ninguna formalidad especial. Basta que se haya expresado de cualquier forma por el legitimado su voluntad de optar por la validez del contrato o de renunciar a su derecho a anularlo, sin que deba manifestarse esta voluntad en una forma o con unos términos concretos. Es decir, la cuestión de la forma se plantea en los Principios como un problema estrictamente probatorio de la declaración confirmatoria. Sin embargo, algunos ordenamientos estipulan que la confirmación expresa se sujeta a los mismos requisitos de forma del contrato que se pretende confirmar (art. 1.753 CC colombiano; art. 839 CC costarricense; art. 1.305 CC guatemalteco; art. 1.591 CC hondureño; art. 2.206 CC nicaragüense; art. 1.145 CC santaluciano]. Este requisito de forma no plantea una divergencia insalvable con la propuesta de los Principios, ya que una declaración de confirmación expresa en la que falte alguno de los requisitos formales exigidos puede tener eficacia como un acto de confirmación tácita. Otro tanto cabe decir en relación con aquellos otros ordenamientos en los que, no estando sujeta la confirmación expresa a unos requisitos de forma concretos, se impone para su validez que la declaración tenga un determinado contenido (art. 1.338 del CC francés y dominicano; art. 1.351 CC venezolano).

En tercer lugar, algunos ordenamientos del área del Caribe restringen la confirmación tácita al supuesto de cumplimiento voluntario por el legitimado de su obligación contractual (art. 1.754 CC colombiano; art. 839 CC costarricense; art. 1.304 CC guatemalteco; art. 1.591 CC hondureño; art. 2206 CC nicaragüense). En otros casos, de manera algo más flexible y sin excluir que la confirmación tácita pueda derivarse de otros actos distintos, se menciona expresamente como un supuesto de confirmación este mismo caso (art. 1.338 del CC francés y del dominicano y art. 90 del Proyecto francés de reforma del derecho de obligaciones de 2013; art. 2.234 CC mexicano; art. 1.351 CC venezolano). En los Principios, por el contrario, no se hace mención a ninguna categoría de actos del legitimado que, en todo caso, lleve aparejada como consecuencia la confirmación del contrato. La búsqueda de un mínimo común entre los distintos ordenamientos excluye la posibilidad de tipificación de ciertos actos confirmatorios, solo contemplada en algunos de esos ordenamientos. Consecuentemente, la confirmación tácita en el sistema de los Principios no se predica automáticamente de ciertas categorías de actos en abstracto, sino que requiere una conducta concreta del legitimado que, valorada de acuerdo con las circunstancias

concurrentes en cada caso, sea reveladora de una voluntad de renunciar a anular el contrato. Incluso el cumplimiento voluntario del contrato, considerado como hipótesis paradigmática de confirmación tácita, podría excepcionalmente no concebirse como una renuncia al ejercicio de la acción de anulación, si en el caso concreto el cumplimiento ha sido realizado para evitar un mal mayor, como la aplicación de una penalización por incumplimiento o la ejecución de una garantía.

Este modo de concebir la confirmación tácita de una manera abierta o no tipificada es compatible con los ordenamientos anteriormente mencionados que restringen la confirmación al supuesto de cumplimiento por el legitimado de su obligación contractual. Ciertamente, una norma nacional de ese tipo no puede ser desplazada por los Principios, por lo que el cumplimiento de la obligación contractual por parte del legitimado para anular el contrato tiene en esos ordenamientos, *ope legis*, valor confirmatorio. Ello no es contradictorio con la posibilidad de que, en caso de que los Principios resulten de aplicación a un contrato por voluntad de las partes, la confirmación tácita se extienda, además de a ese acto de cumplimiento, a otros actos del legitimado que sean reveladores de una voluntad de renunciar a anular el contrato (*ad ex.* la aceptación sin reservas del cumplimiento de la obligación de la otra parte, la novación del contrato o la enajenación a un tercero de lo que se hubiera recibido en virtud del contrato anulable).

Artículo 3.5.3: *Derecho a la restitución*

1. **En caso de anulación, cada parte tiene derecho a la restitución de su prestación y a una compensación por los beneficios razonables obtenidos por la otra parte.**
2. **En caso de imposibilidad o dificultad excesiva, la restitución tendrá lugar por equivalente. Sin embargo, la parte que anule el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo por fuerza mayor**.

COMENTARIO:

El principio que inspira la regulación de las consecuencias de la anulación del contrato en los distintos ordenamientos del Caribe es la *restitutio ad integrum*, es decir, la eliminación de los efectos del contrato entre las partes, tratando de dejar a cada una

de ellas en la misma situación que estaría en caso de que el contrato no se hubiera celebrado. Este principio inspirador se hace incluso norma en algunos ordenamientos (art. 1.746 CC colombiano; art. 844 CC costarricense; art. 1.596 CC hondureño; art. 2.211 CC nicaragüense). De acuerdo con este principio, la principal consecuencia de la anulación del contrato será la obligación de cada parte de restituir a la otra lo que hayan recibido (art. 75 CC cubano; art. 1.314 CC guatemalteco; art. 2.240 CC mexicano; art. 1.154 CC panameño; art. 1.255 CC portorriqueño). De manera análoga, el art. 3:53.1 CC holandés y surinamés dispone que la anulación tiene efectos retroactivos y hace referencia a deshacer lo ya efectuado, como una consecuencia de la anulación (art. 3:53.2) En los ordenamientos que siguen el *common law*, también la restitución de lo recibido por ambas partes es la consecuencia principal de la nulidad [sentencia de la *Supreme Court* de Bahamas en *American British Canadian Motors Ltd v Caribbean Bottiling Co Ltd* (1973), Nº 46 of 1971 (Carilaw BS 1973 SC 5)]. La consecuencia restitutoria del contrato anulado se deriva en Derecho francés del derecho a reclamar lo pagado indebidamente (art. 1.377 CC francés y dominicano), e igualmente en el CC santaluciano (art. 979).

Sin embargo, el intento de dejar a las partes en la misma situación en que se hallarían en caso de que el contrato no se hubiera celebrado requiere algo más que la recíproca restitución de lo entregado. Los distintos ordenamientos jurídicos tienen que hacer frente principalmente a tres cuestiones para la consecución de dicho fin: la compensación por los beneficios o rendimientos que normalmente produce la cosa o la prestación; la liquidación de los deterioros producidos en la cosa y de las inversiones que se hayan hecho en ella; y la imposibilidad, ya sea material o legal, de restitución de la cosa o prestación.

Algunos ordenamientos caribeños han previsto expresamente como una consecuencia propia de la anulación del contrato la obligación de restituir la cosa con sus frutos o rendimientos y el precio con los intereses legales. Es el caso del CC colombiano (art. 1.746), del CC panameño (art. 1.154) y del CC portorriqueño (art. 1.255). De manera análoga, en Derecho inglés, al menos en *equity*, se reconoce el derecho a recibir una compensación por el uso que la contraparte haya hecho de la cosa [*Hulton v Hulton* (1917), 1 KB 813] o por el beneficio obtenido de la explotación de la misma [*Erlanger v New Sombrero Phosphate Co* (1978), 3 App.Cas. 1218)]. En el ámbito de los textos europeos de armonización del derecho de contratos, el art. 172.2 CESL prevé que la obligación de devolver lo recibido incluirá los frutos naturales o legales derivados de lo que se recibió.

El derecho a una compensación por los rendimientos normales que produce la cosa o la prestación recibidas es conciliable con aquellos ordenamientos que proclaman el

efecto retroactivo de la anulación (art. 3:53 CC holandés y surinamés), puesto que la compensación por estos rendimientos puede considerarse como una consecuencia implícita de la retroactividad de la anulación. Otro tanto cabe decir en relación con aquellos ordenamientos que han acogido como consecuencia general de la anulación dejar a cada una de las partes en la misma situación que se encontraría en caso de que el contrato no se hubiera celebrado (art. 844 CC costarricense; art. 2.211 CC nicaragüense).

Alguna divergencia en este punto con lo dispuesto en los Principios puede hallarse en algunos de los ordenamientos del Caribe que estipulan que solo hay derecho a reclamar la restitución de frutos e intereses desde el día de la demanda de anulación, considerándose compensados entre sí los que se hubieran producido hasta ese momento (art. 1.315 CC guatemalteco; art. 1.603 CC hondureño; art. 2.240 CC mexicano). Lo que prevén estas normas es una compensación automática *ex lege* entre los rendimientos que cada parte haya de restituir a la otra parte y los que se tuvieran derecho a recibir, hasta el momento de interposición de la demanda. No parece que estas normas nacionales se encuentren en una situación de radical incompatibilidad con una norma como la de los Principios, cuya aplicación a un contrato que se rigiera por alguno de estos ordenamientos únicamente implicaría sustituir esta compensación automática por un derecho a la restitución de los rendimientos normales que produce la cosa o la prestación, sin perjuicio de que estos rendimientos puedan compensarse, no de manera automática, sino por su valor real, con los que se tuvieran que restituir a la contraparte.

Más problemática puede ser la conciliación de la norma de los Principios con otros ordenamientos del Caribe que solamente contemplan la obligación de compensar los frutos o intereses a cargo del obligado de mala fe a restituir una cosa, que en caso de que el contrato sea anulable será quien haya sido causante del motivo de anulación o hubiera conocido dicho motivo, pero no la propia parte que resulta perjudicada por dicha causa de anulación. Es el caso del 1.378 CC francés y dominicano o del art. 981 CC santaluciano. De manera análoga el proyecto francés de reforma del derecho de obligaciones de 2013 prevé en su art. 260 que la parte de mala fe está obligada a restituir los frutos e intereses desde el momento en que recibió la cosa o el precio, mientras que la parte de buena fe solo está obligada desde el momento de la demanda. Los Principios, por el contrario, conciben las consecuencias de la anulación desde una perspectiva compensatoria y no sancionadora, en la misma línea que el artículo 7.3.4 de estos Principios, por lo que se obvia la referencia a la buena o mala fe de las partes. La aplicación de la norma de los Principios cuando sea uno de estos

ordenamientos la ley nacional aplicable al contrato dependerá del alcance imperativo que se le conceda en el interior de cada ordenamiento a la exigencia de la mala fe.

Por lo que respecta a la cuantificación de los rendimientos que se contempla en los Principios, la norma se refiere expresamente a los beneficios "razonablemente" obtenidos, con lo que se quiere poner de manifiesto que los mismos se valoran de una manera objetiva, con arreglo a la productividad normal de la cosa o de la prestación. Esto es, no se tiene derecho a los beneficios que realmente haya producido la cosa estando en posesión del obligado a su restitución, puesto que quien entregó la cosa no debe soportar las consecuencias de una mala administración por parte de quien la recibió ni, en sentido contrario, puede enriquecerse a costa de su buen trabajo o acierto en la administración. Tampoco se deben valorar los rendimientos que hipotéticamente pudiera haber producido la cosa de no haberse desprendido de la cosa el acreedor de la obligación de restitución. Por lo que respecta a la restitución de las obligaciones dinerarias, los rendimientos normales que produce el capital son los intereses, por lo que para su fijación habrá que estar *mutatis mutandis* a lo establecido en los comentarios al art. 7.4.6 de estos Principios.

La liquidación de los deterioros y las inversiones en la cosa es una cuestión que transciende del Derecho de contratos y salvo excepciones (art. 1.746 CC colombiano; art. 1.316 CC guatemalteco) los distintos ordenamientos no la contemplan como una consecuencia específica de la anulación del contrato, sino bien como un problema de indemnización de daños [*Spencer v Crawford* (1939), 3 AII ER 271, 288)] o bien como una cuestión propia de la liquidación de la entrega de la posesión al propietario. Tampoco los textos internacionales y europeos de armonización del derecho de contratos se refieren a esta cuestión en el ámbito de las consecuencias de la anulación (art. 3.2.15 PU; art. 4:115 PECL; art. II-7:212 DCFR).

Por último, la imposibilidad de restitución de la cosa se resuelve en algunos de los ordenamientos mediante la sustitución de la obligación de restituir *in natura* por la de entrega del valor de la cosa. Es el caso del art. 75 CC cubano; del art. 1.317 CC guatemalteco, según el cual, el valor ha de ser el que tenía la cosa en el momento de la celebración del contrato; o del art. 1.259 CC portorriqueño que, por el contrario, entiende que la cosa ha de valorarse en el momento en que se perdió. Por el contrario, en los ordenamientos del área de influencia del *common law* la consecuencia de la imposibilidad de restitución de la cosa, ya sea por razones materiales o por haber sido transmitida a un tercero, es la pérdida del derecho a anular el contrato [sentencia de la *High Court* de Trinidad-Tobago en *Montrichard v Franklin* (1996), Carilaw TT 1996 HC 215]. Una solución similar es la que adopta el CC holandés y surinamés (art. 3:55.2) que para el caso en que sea complicado deshacer los efectos del contrato prevé que

los tribunales puedan negar el derecho a la restitución, si bien haciendo recaer sobre la parte que ha podido resultar beneficiada un deber de compensar económicamente a la parte perjudicada.

El apartado segundo del precepto, de forma paralela al régimen establecido en el art. 7.3.4 para la resolución del contrato (cuyos comentarios pueden resultar ilustrativos), adopta el principio de restitución por equivalente, con la excepción de aquellos casos en que la parte con derecho a anular el contrato pueda acreditar la imposibilidad de restitución por razones de fuerza mayor.

CAPÍTULO 4
INTERPRETACIÓN Y CONTENIDO DEL CONTRATO

Sección 1. Interpretación de los términos del contrato

Artículo 4.1.1 : *In claris non fit interpretatio*

1. **Un término contractual claro se intepretará de conformidad con su sentido literal.**
2. **No se entenderá que un término es claro cuando admita diversos significados o a la luz del contexto del contrato se infiera que dicho término o expresión obedece a un error manifiesto.**

COMENTARIO

1. El problema general de la interpretación del contrato en los sistemas OHADAC

Las reglas de interpretación del contrato suscitan una de las cuestiones más arduas en el tratamiento de la dinámica del contrato desde un punto de vista comparado, como se pondrá especialmente de relieve en el comentario del artículo 4.1.2. Con todo, todos los sistemas distinguen y proporcionan soluciones diversas para dos tipos de cuestiones que suelen englobarse, con carácter general, dentro del concepto genérico de "interpretación del contrato". La primera de ellas se refiere al sentido o significado de los términos expresamente acordados en el contrato. A esta operación responde la idea de "interpretación" del contrato en sentido estricto, y a ella se refiere la primera sección del Capítulo 4 de estos principios. En segundo lugar, se plantea la cuestión de colmar las lagunas del contrato en aquellos casos en que alguna obligación o término necesario para su funcionamiento haya sido omitido por las partes. Se trata, en este caso, de los mecanismos de "integración" o "construcción" del contrato, a que se refiere el artículo 4.2.1 de estos Principios.

La interpretación del contrato en sentido estricto recae, pues, sobre la atribución de significado a los términos contractuales explícitos. Dos grandes posibilidades o modelos comparados se ofrecen para resolver esta cuestión y ambos están representados en la región caribeña.

La primera de ellas, de tradición continental o romano-germánica, busca la determinación del significado de los términos contractuales a partir de un postulado subjetivo que trata de determinar la verdadera intención común de las partes, que prevalece sobre el sentido literal de los términos del contrato (art. 1.618 CC colombiano; art. 1.156 CC dominicano y francés; art. 946 CC haitiano; arts. 1.519, 1593, 1.597 y 1.604 CC guatemalteco; art. 1.851 CC mexicano; art. 2.496 CC nicaragüense; art. 1.132 CC panameño; art. 1.233 CC portorriqueño; art. 945 CC santaluciano). El citado principio se traduce asimismo en algunos cánones de interpretación típicos (art. 1.619 CC colombiano; art. 1.163 CC dominicano y francés; art. 1.594 CC guatemalteco; art. 953 CC haitiano; art. 1.578 CC hondureño; art. 1.852 CC mexicano; art. 2.498 CC nicaragüense; art. 1.134 CC panameño; art. 1.235 CC portorriqueño; art. 952 CC santaluciano), que reducen la generalidad de los términos contractuales de manera que no puedan entenderse comprendidas en el contrato cosas y casos diferentes a aquellos sobre los que las partes se propusieron contratar. Esta tendencia subjetivista se mantiene claramente en el Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones 2013 (artículo 96), aunque se observa una inclinación más evidente por una regla de objetivación de dicha voluntad conforme a un criterio de razonabilidad cuando la intención no pueda inferirse, al tiempo que la interpretación subjetiva e intencional se presenta más como una petición de principio. Se trata de una orientación a la que responden asimismo a la mayor parte de los textos internacionales de Derecho uniforme [art. 8 CV; art. 4.1 (1) PU; art. 5:101 PECL; art. II-8:101 DCFR].

La segunda opción, característica del modelo angloamericano, atiende preferentemente al dato objetivo o gramatical, y se centra en el sentido de los términos empleados por las partes. El rigor de esta interpretación estricta de los términos del contrato (*four corners doctrine)* se fundamenta esencialmente en la *parole evidence rule* que impide recurrir a declaraciones y evidencias ajenas al contrato para modular, modificar o alterar lo que sus términos expresan. El rigor formalista de la interpretación gramatical del Derecho inglés tradicional ha sufrido, sin embargo, importantes modulaciones en los últimos tiempos. De un lado, el Derecho norteamericano se ha ido flexibilizando progresivamente hacia un modelo de interpretación más abierto a elementos subjetivos, como sugiere la sección 201 (2) del *Second Restatement of Contracts*, y la propia aplicación por los tribunales norteamericanos del artículo 8 CV. De otro lado, el propio Derecho inglés ha evolucionado asimismo en una línea flexible, merced sobre todo a la importancia creciente de la consideración del "contexto" como elemento esencial de la interpretación de los términos del contrato. Dicho cambio se acentúa a partir de la

decisión de la *House of Lords* en el caso *Investors Compensation Scheme Ltd v West Brownwich Building Society* (1998, 1 WLR, 896), en la que Lord Hoffmann formula varios principios que exigen la consideración de cualquier elemento contextual para interpretar los términos del contrato, e incluso para determinar su propia ambigüedad. Se ha llegado a afirmar, asimismo, que la *parole evidence rule* actualmente era "letra muerta" en el Derecho inglés.

La progresiva inclinación objetivista de los sistemas romano-germánicos, unida a una atenuación del formalismo interpretativo del *common law*, ha permitido en consecuencia una convergencia reciente que si bien no aproxima definitivamente ambos modelos, al menos facilita proponer normas uniformes que puedan ser esencialmente compartidas por todas las familias jurídicas que conforman el territorio OHADAC.

2. El alcance del principio "*in claris non fit interpretatio*"

Con independencia de la opción general adoptada a la hora de orientar el procedimiento de interpretación de los términos contractuales ambiguos, existe un punto en común entre todos los sistemas que tiene que ver con el alcance del principio reflejado en el aforismo "*in claris non fit interpretatio".* En cierta medida, la interpretación de los términos del contrato vendría a ser necesaria únicamente cuando el sentido de los términos no resultara evidente o manifiestamente claro. Si los términos son diáfanos, no habría lugar a plantearse siquiera la cuestión interpretativa (apartado primero del artículo 4.1.1).

Desde un punto de vista estrictamente lingüístico, cabe mantener que no existen en realidad los términos claros, y que cualquier significado depende necesariamente del contexto. Sin embargo, en términos jurídicos, el principio cumple una función importante en aras de la seguridad jurídica, de forma que si las cláusulas de un contrato son claras, unívocas y no contradictorias, el intérprete ha de atenerse a su sentido sin permitir que las partes las desvirtúen recurriendo a elementos contextuales o negociales contradictorios.

El principio ha sido recogido expresamente, aunque de forma matizada, por distintos sistemas jurídicos presentes en el Caribe (*ad ex.* art. 52 CC cubano). La jurisprudencia francesa (*ad ex.* sentencias de la *Cour de Cassation* de 15 abril 1982 y 14 diciembre 1942*)* en particular se decanta por un criterio más estricto a favor del sentido literal de una "*clause claire et précise"*, y así aparece recogido en el artículo 97 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones elaborado en 2013 por el Ministerio de Justicia. La redacción del CC español [art. 1.281, que comparten el CC mexicano (art. 1.851), el CC guatemalteco (art. 1.593), el CC nicaragüense (art.

2.496), el CC hondureño (art. 1.576 CC), el CC panameño (art. 1.132) y el CC portorriqueño (art. 1.233)] parece admitir con mayor facilidad la prevalencia de circunstancias contextuales que hagan prevalecer la "verdadera intención" sobre las cláusulas escritas. Con todo, debe notarse que estos códigos suelen exigir la presencia de una intención "evidente" de las partes contraria al texto claramente escrito, por lo que, en realidad, encajaría en la excepción del error o *lapsus linguae* manifiesto contenida en el apartado segundo del artículo 4.1.1 de estos Principios.

La regla propuesta no se decanta, pues, por el modelo de interpretación literal, que durante mucho tiempo caracterizó al Derecho inglés y que informa muchos de los sistemas caribeños, especialmente insulares. De hecho, en la concepción más clásica del Derecho inglés, la interpretación gramatical del contrato no se circunscribe al sentido de los términos en el lenguaje ordinario (lenguaje primario), sino que se admite la posibilidad de que las partes hayan utilizado un lenguaje o jerga especializados (lenguaje secundario). En tales casos, cuando un término del contrato puede tener un significado ordinario y un alcance distinto en una jerga especializada, el término no es claro en el sentido indicado en el apartado segundo del art. 4.1.1 y, en consecuencia, el principio contenido en el apartado primero del artículo 4.1.1 no será aplicable.

Es cierto que, en el Derecho inglés, aunque tras la decisión de la *House of Lords* en el asunto *Investors Compensation Scheme Ltd v West Brownwich Building Society* (1998, 1 WLR 896) prime una interpretación de los términos del contrato "contextualizada", el contexto no puede servir de pretexto para corregir términos claros y precisos [*BCCI v Ali* (2001), 2 WLR 731]. El sentido no difiere, pues, del alcance del principio enunciado en los sistemas continentales. La diferencia estriba en que, en apariencia, los sistemas romano-germánicos son más proclives a considerar elementos contextuales que reflejen la intención de las partes, para considerar que el término no es claro. En cualquier caso, ambas culturas jurídicas pueden producir inevitables divergencias a la hora de considerar si un término es claro, como indica el apartado primero del art. 4.1.1, o ambiguo, como reseña el apartado segundo del artículo 4.1.1; pero dichas divergencias son inevitables cualquiera que sea la jurisdicción competente y no es óbice para que la regla contenida en el artículo 4.1.1 sea compartida por todos los sistemas englobados en el marco OHADAC.

Por otra parte, tanto en los sistemas romano-germánicos como el *common law,* existen excepciones para los *lapsus calami,* esto es, las expresiones aparentemente claras, pero que constituyen un error o lapsus manifiesto a la luz de las circunstancias del contrato. Mientras que los sistemas continentales resuelven estas situaciones haciendo prevalecer la verdadera intención de las partes, el Derecho inglés

proporciona una solución a través de la acción de rectificación propia del *equity law.* Aunque se trata de fórmulas diferentes, cuya acción no prejuzgan los Principios, ambas se compadecen con la excepción contenida en el apartado segundo del art. 4.1.1.

Artículo 4.1.2: *Criterio general de interpretación*

1. **Los contratos y las declaraciones de las partes se interpretarán conforme al sentido que una persona razonable de la misma condición que las partes habría dado a sus términos en circunstancias similares.**
2. **En particular, en la interpretación del contrato y de las declaraciones de las partes se tendrán en cuenta:**
    a) **La intención de una parte en la medida en que era conocida o debía o podía ser conocida por la otra parte.**
    b) **Las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y durante su ejecución.**
    c) **Los usos comerciales y prácticas entre las partes.**
    d) **Los usos comerciales y el significado de los términos en el sector comercial de que se trate.**
    e) **Los usos generales del comercio internacional.**
    f) **El objeto del contrato.**
    g) **El sentido común comercial.**

COMENTARIO:

1. Principio de interpretación objetiva

La regla contenida en el artículo 4.1.2 es una de las reglas más innovadoras de estos principios, y trata de compaginar de forma armónica los sistemas de interpretación del contrato de los sistemas romano-germánicos y del *common law* presentes en el Caribe. Aunque los resultados finales del proceso interpretativo no varíen sustancialmente, ambos modelos de reglamentación parten de postulados opuestos.

En los textos tributarios del modelo romano-germánico, una regla de interpretación objetiva similar a la contenida en el artículo 4.1.2 resulta admisible, pero se contempla únicamente como solución subsidiaria a la regla general que consiste en la determinación de la verdadera intención de las partes. Así se ha traducido, de hecho, en el artículo 8 CV, en vigor en Colombia, Cuba, EE.UU., Honduras, México, Países Bajos, República Dominicana, San Vicente y Granadinas. y Guyana. El artículo 8.1º CV recoge como principio de interpretación la intención de una parte contratante en la medida en que "la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención", es decir, el criterio referido en la letra (a) del apartado segundo del artículo 4.1.2 de estos Principios. Y únicamente en defecto de dicho criterio, el artículo 8.2 CV incorpora un criterio de interpretación objetiva similar al establecido en el apartado primero del artículo 4.1.2 de estos Principios. Una reglamentación similar se encuentra en el artículo 96 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones presentado por el Ministerio de Justicia en 2013, así como en los artículos 4.1 (2) PU, 5:101 (3) PECL, II-8:101 (2) DCFR y 58 CESL.

El sentido de la inversión de criterios en la reglamentación propuesta obedece a la necesidad de redactar una regla aceptable por los sistemas caribeños tributarios del *common law*, en particular los territorios en que rige el Derecho contractual inglés. En efecto, el criterio de interpretación en el Derecho inglés no apunta como principio al establecimiento de la verdadera intención de las partes, sino que resulta "objetivista", en la medida en que prima la interpretación de lo establecido por las partes en el contrato, con independencia de su presunta intención. De hecho, la formulación del artículo 4.1.2 resulta coincidente con uno de los criterios interpretativos fundamentales señalados por Lord Hoffmann en el asunto *Investors.* En dicha decisión, modulando la tradición de interpretación literal del Derecho antiguo, se señala como primer criterio de interpretación la atención ya no al sentido de lo expresado por el proferente, sino al significado que a dicha expresión le atribuiría una persona razonable conocedora de todos los antecedentes y del contexto del contrato en el momento de contratar.

La formulación genérica del artículo 4.1.2 permite, sin embargo, no solo la convergencia con el modelo interpretativo del Derecho inglés, sino también de los sistemas romano-germánicos, teniendo en cuenta la lista de criterios de que debe servirse el intérprete para alcanzar una interpretación objetiva sobre indicios de razonabilidad, de conformidad con el apartado segundo del artículo 4.1.2. En efecto, aunque el criterio de interpretación del contrato conforme a criterios de razonabilidad sea un criterio objetivo, se trata de una interpretación contextualizada, que exige situar a dicha persona ideal en el contexto de las partes en el momento de contratar.

La precisión contextual permite tomar en consideración, entre otros, los criterios que se refieren al conocimiento que una de las partes tenía respecto de la intención de la otra parte, y en particular otorgar un valor relevante a dicha intención de conformidad con la tradición romano-germánica. Como se analizará en el epígrafe siguiente, dicha opción es, asimismo, compatible con el sentido de la jurisprudencia inglesa actual.

Por otra parte, la inversión de criterios propuesta evita la necesidad de reglas adicionales como la contenida en el art. II-8:101 (3) (b) DCFR, que trata de evitar que la intención conocida por una de las partes del contrato pueda perjudicar a un tercero con derechos contractuales que ignoraba de buena fe dicha intención. Evita asimismo la indeseable extensión de la interpretación subjetiva o intencional cuando el contrato se ha redactado a través de cláusulas estandarizadas o condiciones generales, cuya interpretación debe ser objetivada según el sentido uniforme que la habrían dado los usuarios generales de dichas cláusulas.

2. Elementos contextuales a tener en consideración

El apartado segundo del art. 4.1.2 recoge una serie de elementos circunstanciales o contextuales a tener en consideración a la hora de determinar la interpretación del contrato, conforme a la regla establecida en el apartado primero. El juego de dichos elementos contextuales puede variar según la cultura jurídica del intérprete. Así, es fácil suponer que en los sistemas romano-germánicos, tradicionalmente partidarios de basar la interpretación del contrato en la verdadera intención, las circunstancias subjetivas relacionadas en las letras (a), (b) y (c) puedan tener más peso que los criterios contextuales puramente objetivos, a los que se refieren las letras siguientes. Al contrario, en una cultura más objetivista, como la propia del Derecho inglés, es previsible que el mayor valor lo obtengan los criterios objetivos. Sin embargo, en la práctica jurisprudencial comparada las diferencias teóricas no tienen necesariamente una lectura práctica, pues ambos modelos tienden a converger.

El primer criterio de interpretación, señalado en la letra (a), otorga importancia a la intención conocida o cognoscible de las partes en el momento de contratar. Como se ha dicho, se trata de un criterio fundamental para los sistemas romano-germánicos (aparece expresamente contemplada en el artículo 52 CC cubano), pero resulta admisible asimismo para el Derecho contractual inglés actual, al menos como elemento contextual para determinar el sentido de las cláusulas escritas (art. 947 CC santaluciano). Como ya se ha señalado, especialmente a partir del caso *Investors*, se admite que en la interpretación de las cláusulas ambiguas u oscuras del contrato despliega una importancia crucial el contexto o *background,* en el sentido más amplio, de forma que es posible considerar cualquier circunstancia, objetiva o subjetiva

(*"absolutely anything"*) que hubiese podido afectar a la forma de entender los términos del contrato por una persona razonable. En principio, el contexto en la concepción inglesa es esencialmente objetivo, pero la evolución de la jurisprudencia inglesa acredita que es factible asimismo considerar elementos contextuales subjetivos e intencionales. Por una parte, asuntos tan relevantes como *Krell v. Henry* (1903, 2 KB 740) que establecen las bases de la doctrina de la frustración del contrato en el Derecho inglés, demuestran la importancia de la intención de las partes en la resolución de un contrato cuya causa o propósito resulta frustrado. En el célebre caso referido, se trataba del alquiler de unos balcones para asistir a la procesión subsiguiente a la coronación del rey Eduardo VII, que resultó anulada por enfermedad del monarca. La resolución del contrato únicamente resultaba justificada en la medida en que la intención de la parte arrendataria era conocida o debía ser conocida y compartida por el arrendador. Otros precedentes, como *Prenn v. Simmonds* (1971, 1 WLR 1381), no impiden la posibilidad de que los jueces ingleses puedan tomar en consideración, como parte del contexto del contrato escrito, elementos claramente referidos a la común intención de las partes.

El referido principio permite retener como elementos a tener en cuenta circunstancias determinantes de dicha intención tales como las negociaciones preliminares entre las partes. Se trata de un elemento expresamente contemplado en los arts. 4.3 (a) PU, 5:102 (b) PECL y II-8:102 (1) (a) DCFR, y que resulta esencial en los sistemas romano-germánicos, en la medida en que clarifique la verdadera intención de las partes. Aunque la *parole evidence rule* del Derecho inglés en principio estigmatiza la posibilidad de recurrir a las negociaciones preliminares como elemento interpretativo, debe tenerse en cuenta que en la jurisprudencia más reciente, siguiendo la línea de interpretación contextual del caso *Investors* en un sentido amplio, se abre paso la consideración como elemento de interpretación relevante [*ad ex.* sentencias de la *Court of Appeal* (*Civil Division*) de 17 de febrero de 2006 en *Proforce Recruit Ltd v The Rugby Group Ltd* (EWCA Civ 69)) y de 18 de diciembre de 2006 en *The Square Mile Partnership Ltd v Fitzmaurice McCail Ltd* (A3/2006/0290e) y sentencia de la *High Court of Justice* de 22 de mayo de 2007 en *Great Hill Equity partners II LP v Novator One LP & Ors* (EWHC 2010 Comm)]. Precedentes más recientes apuntan a esta tendencia, aunque sea de forma excepcional o comedida [*Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* (2009), 1 AC 1101; *Oceanbulk Shipping and Trading SA v TMT Asia Ltd* (2011), 1 AC 662]. También es reseñable la tibieza del *Privy Council* al resolver la apelación del caso *Yoshimoto v Canterbury Golf International* (2001, 1 NZLR, 523), en el que se había aceptado abiertamente la consideración de las negociaciones preliminares como elemento interpretativo (2004, NLZR 1).

Con un carácter más amplio, la letra (b) del apartado segundo del artículo 4.1.2 permite considerar cualesquiera circunstancias contextuales presentes en el momento de celebrar o ejecutar el contrato. Semejante formulación, que incorpora con la misma generalidad el artículo 52 del CC cubano o en el art. 947 CC santaluciano, puede venir referida asimismo a actos de las partes, tanto coetáneos en el momento de celebrarse el contrato, como posteriores, durante su cumplimiento. Una mención expresa a estas circunstancias subjetivas se encuentra en los artículos 1.577 CC hondureño, 2.497 CC nicaragüense, 1.133 CC panameño, 1.234 CC portorriqueño, en la sección 202.4 del *Second Restatement of Contracts*, en la sección 2-208 UCC, así como en los artículos 4.3 (c) PU, 5:102 (a) PECL, II-8:102 (1) (b) DCFR, y 59 CESL. La jurisprudencia francesa habilita asimismo a considerar el comportamiento ulterior de las partes para interpretar su intención común (sentencia *Cour de Cassation (1re civ)* de 13 de diciembre de 1988). La relevancia en los sistemas del *common law* viene acreditada por la misma tendencia observada en relación con las negociaciones preliminares, sobre la base del auge reciente de una interpretación del contrato "contextual". De forma particular, la doctrina de los actos propios, característica de los sistemas romano-germánicos, puede ser utilizada para interpretar las obligaciones contenidas en el contrato. Es cierto que en el Derecho inglés la precisión temporal del contexto a tener en cuenta apunta al momento de celebración del contrato, y no a los actos subsiguientes, cuya invocación iría en contra de la *parole evidence rule* [*James Miller & Partners v Whitworth Street States (Manchester) Ltd* (1970), AC 583; *Prenn v Simmonds* (1971), 1 WLR 1381], pero esta limitación contextual es objeto actualmente de debate en el Derecho inglés, al tiempo que contradice otros precedentes partidarios de la conducta de las partes subsiguiente a la celebración del contrato como elemento contextual relevante [*Barrier Wharfs Ltd v W Scott Fell & Co Ltd* (1908), 5 CLR 647, 663); *Hide & Skin Trading Pty Ltd v Oceanix Meat Traders Ltd* (1990), 20 NSWLR 310, 327]. En todo caso, el Derecho inglés no impide considerar la conducta subsiguiente de las partes como constitutiva de acuerdos complementarios o modificativos del contrato, así como para determinar la invocación del *estoppel.*

Los contratos y prácticas anteriores entre las partes forman parte, asimismo, del contexto subjetivo que puede ser considerado para interpretar los términos ambiguos de un nuevo contrato entre las partes y acotar el sentido que una persona razonable podría atribuir al contrato en las mismas circunstancias. El criterio contenido en la letra (c) del apartado segundo del artículo 4.1.2 de los Principios se encuentra expresamente contemplado en el artículo 1.622 CC colombiano y en los arts. 4.3 (b) PU, 5:102 PECL, II-8:102 (1) (c) DCFR, y 59 CESL.

Además del contexto subjetivo, otros elementos objetivos pueden ser esclarecedores del sentido de los términos del contrato. En particular, y al margen de las prácticas y usos comerciales entre las partes contemplados en la letra (c), los usos comerciales del sector comercial o económico en que se enmarca el contrato [letra (d) del apartado segundo del artículo 4.1.2] y los usos generales del comercio internacional [letra (e) del apartado segundo del artículo 4.1.2] pueden ser tenidos en consideración. Se trata de un criterio extendido en los códigos civiles de algunos países caribeños (arts. 436 CCom costarricense; arts 1.159-1.160 CC dominicano y francés; art. 1.599 CC guatemalteco; arts. 949-950 CC haitiano; art. 1.582 CC hondureño; art. 1.856 CC mexicano; art. 2.502 CC nicaragüense; art. 1.138 CC panameño; arts. 948 y 949 CC santaluciano) y recogido asimismo de forma unánime en los textos internacionales de armonización internacional del Derecho contractual [arts. 4.3 (e) y (f) PU; art. 5:102 (e) y (f) PECL; art. II-8:102 (1) (d) y (f) DCFR; art. 59 CESL]. Su carácter objetivo facilita asimismo su aplicación en los sistemas tributarios del *common law.* En el Derecho inglés, los *trade usages* se encuentran asimismo reconocidos tanto legalmente [secs. 14 y 55.1 de la *Sale of Goods Act* de 1979, reproducida en las secciones 55 S*ale of Goods Act* de Montserrat; 55 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; 55 *Sale of Goods Act* de Bahamas; 55 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; 56 *Sale of Goods Act* de Belice; 54 *Sale of Goods Act* de Jamaica] como jurisprudencialmente, al igual que en los Estados Unidos [secciones 219-223 del *Second Restatement of Contracts* y sección 1-205 UCC]. En la jurisprudencia inglesa, la introducción de los usos comerciales se ampara en la técnica de los *implied terms*, singularmente *by custom*, siempre que sean notorios y claros, incluso con independencia de su previsión o consideración eventual por las partes [*Comptoir d'Achat et de Vente Belge SA v Luis de Ridder Ltd* (1949), AC 293; *Henry Kendall & Sons v Lillico & Sons Ltd* (1969), 2 AC 31 (HL)]. Sin embargo, es indudable que las prácticas entre las partes o los usos particulares tienen menor peso en la medida que el contexto subjetivo despliega una menor fuerza que el contexto objetivo en la tradición interpretativa del Derecho inglés.

La naturaleza y objeto del contrato suele ser asimismo un criterio de interpretación objetiva comúnmente contemplado tanto en los sistemas jurídicos caribeños de filiación romano-germánica (art. 1621.I CC colombiano; art. 1.158 CC dominicano y francés; arts. 1.595 y 1.597 CC guatemalteco; art. 948 CC haitiano; art. 1.581 CC hondureño; art. 1.855 CC mexicano; art. 2.501 CC nicaragüense; art. 1.137 CC panameño), como en los artículos 5:102 (c) PECL, II-8:102 (1) (e) DCFR, y 59 CESL. En el Derecho inglés, el alcance de este criterio objetivo resulta menos adaptado a la tendencia del Derecho inglés hacia la atipicidad contractual. No obstante, de un lado la progresiva especialización del Derecho contractual inglés relativiza el principio de

atipicidad de los contratos, al mismo tiempo que la complejidad del comercio internacional, ha relativizado la tipicidad contractual en los sistemas romano-germánicos. De otro lado, un postulado de atipicidad contractual no impide tener en cuenta, como elemento contextual relevante, la finalidad, propósito o causa de un determinado contrato, e incluso la propia nomenclatura utilizada por las partes para definir el contrato. Por ello, se entiende que la referencia al "objeto" del contrato, y no a una equívoca o esquiva "naturaleza" es preferible y se acomoda mejor a los principios del Derecho contractual en todas las familias representadas en el ámbito caribeño.

La letra (g) del apartado segundo del artículo 4.1.2 recoge finalmente una cláusula genérica que en realidad coincide con el criterio de "razonabilidad" que preside la regla de interpretación objetiva contenida en el apartado primero artículo 4.1.2. Con una mención genérica, dicho criterio se refiere al "sentido común comercial". Es una referencia inspirada en los artículos 4.8 y 5.1.2 PU, si bien se trata en este caso de preceptos referidos a la integración del contrato, y no a la interpretación en sentido estricto. Su sentido es idéntico, igualmente, a la referencia a la "razón" invocada por los artículos 6:2 y 6:248 CC holandés y surinamés. En contrapartida, la mayoría de los sistemas romano-germánicos se refieren a esta cláusula general de interpretación utilizando conceptos indeterminados de perfil más axiológico, como la buena fe o la equidad [art. 1.603 CC colombiano; art. 1.519 CC guatemalteco; art. 925 CC haitiano; art. 1.546 CC hondureño; arts. 6:2 y 6:248 CC holandés y surinamés; art. 956 CC santaluciano]. Dicha opción siguen asimismo los artículos 5:102 (g) PECL, II-8:102 (1) (g) DCFR, y 59 CESL. La equidad es asimismo el criterio que justifica, más concretamente, el canon interpretativo presente en algunos códigos civiles, partidario de la interpretación de los términos ambiguos más acorde con la reciprocidad de intereses en los contratos onerosos y con la menor transmisión de bienes o derechos en los contratos gratuitos (art. 1.585 CC hondureño; art. 1.857 CC mexicano; art. 2.505 CC nicaragüense). La preferencia por un criterio objetivo, de menor carga axiológica, como el "sentido común comercial" frente al criterio de "buena fe" trata de acomodarse más fácilmente a la dificultad con que el Derecho inglés más tradicional acoge la invocación de la *good faith* a la hora de interpretar y, sobre todo, integrar los contratos. Sin embargo, a la luz especialmente de la jurisprudencia inglesa más reciente, el "sentido común comercial" y la "buena fe" puede considerarse criterios de alcance al menos convergente. En efecto, si la admisión de la buena fe por el Derecho inglés es crítica por lo que se refiere a la fase negocial del contrato y a la responsabilidad precontractual, se trata de un criterio de interpretación que ofrece más dudas a la hora de dilucidar el contenido del contrato y determinar las

obligaciones que las partes deben ejecutar. Mientras la sentencia de la *High Court* inglesa en el asunto *Yam Seng Ltd. v International Trade Corporation Ltd* [2013, EWHC 11 (QB)] y la sentencia de la *Supreme Court de Belice* en el asunto *Bella Vista Development Co Ltd v AG* (Carilaw BZ 2009 SZ 14) parecen alinearse con el criterio de buena fe en la interpretación del contrato, la sentencia de la *Court of Appeal* en el caso *Mid-Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK* [2013, EWCA Civ. 200], sin desautorizar la doctrina anterior, limita notablemente el alcance de este criterio. De ahí que parezca más razonable la referencia a un criterio más objetivo, como el "sentido común comercial" (*business common sense)* que, siendo admisible por todas las familias jurídicas, en realidad puede conducir a resultados notablemente semejantes. Con todo, tal y como se deduce de la última sentencia dictada, las partes pueden optar por introducir en su contrato una cláusula genérica de comportamiento o interpretación del contrato conforme a los estándares de la buena fe, cuya eficacia será reconocida por los tribunales ingleses de forma más segura.

Art. 4.1.3: *Principio contra proferentem*

Los términos oscuros serán interpretados en el sentido más desfavorable para la parte responsable de su redacción.

COMENTARIO:

1. Cánones de interpretación

El artículo 4.1.3 inicia una serie de disposiciones que contienen los denominados "cánones de interpretación". Se trata de una serie de reglas específicas de carácter legal que incorporan los códigos civiles de inspiración romanista (no así el BGB ni los sistemas germanistas), que traducen principios orientativos o *guidelines* en la interpretación de los términos contractuales ambiguos. En cierto modo, estos cánones de interpretación objetivan la interpretación, solventando de alguna forma la dificultad de determinar la "verdadera intención" de las partes, si bien no son absolutamente imperativos para el juez, pues en los sistemas romano-germánicos si el juez se aparta de ellos no suelen justificar un recurso (*ad ex.* en Francia sentencias de la *Cour de Cassation* de 6 de marzo de 1979, 19 de enero de 1981 o 19 de diciembre de 1995). En el Derecho inglés, así como en los sistemas tributarios del *common law*, estos principios interpretativos resultan asimismo inducibles de la

jurisprudencia, y al igual que en los sistemas continentales se consideran principios o guías, y no propiamente *rules of law*.

Los artículos 4.1.3 a 4.1.7 contienen cánones de interpretación indudablemente aceptados en el Derecho contractual comparado y, singularmente, en los sistemas jurídicos de los países caribeños. Se ha optado por no considerar algunos otros cánones cuya aplicación no es uniforme, resulta controvertida o, simplemente, obedece a criterios obsoletos en la contratación actual.

Así, el principio del *favor debitoris* se contiene incluso expresamente en algunos códigos civiles (art. 1.624 CC colombiano y arts. 1.602 y 1.603 CC guatemalteco). Se trata, sin embargo, de un principio interpretativo que no encuentra acomodo en el *common law* ni en buena parte de los sistemas continentales, ni ha sido recogida por las modernas codificaciones del Derecho contractual, tanto nacionales como internacionales. El criterio, por otra parte, no se compadece con las exigencias del comercio internacional, pues introduce un desequilibrio contractual sin justificación económica ni razón jurídica suficiente.

De igual modo, se ha considerado oportuno omitir el criterio de interpretación subjetivista que restringe la generalidad de los términos del contrato según el criterio de la verdadera intención de las partes, toda vez que se trata de un canon propio de los sistemas romano-germánicos que puede resolverse con los criterios generales de interpretación del artículo 4.1.2, y al mismo tiempo se omite en los sistemas de Derecho contractual más moderno.

Tampoco se retienen los cánones referidos a la limitación del principio "*inclusio unius, exclusio alterius",* que se encuentran en algunos códigos civiles de tradición romanista (art. 1.623 CC colombiano; art. 1.164 CC dominicano y francés; art. 1.601 CC guatemalteco; art. 954 CC haitiano; art. 1.584 CC hondureño; art. 2.504 CC nicaragüense; art. 953 CC santaluciano), asimismo en desuso en los textos de Derecho contractual moderno.

2. Principio *contra proferentem*

En contrapartida, el art. 4.1.3 contiene uno de los cánones de interpretación más consolidados en el Derecho contractual comparado, asumido por los sistemas caribeños de forma unánime, y que obedece al viejo aforismo *verba cartarum fortius accipiuntur contra proferentem*, trasladado a algunos códigos civiles de los sistemas jurídicos presentes en el Caribe (art. 1.162 CC dominicano y francés; art. 1.600 CC guatemalteco; art. 672.1º CCom guatemalteco; art. 952 CC haitiano; art. 1.583 CC hondureño; art. 730 CCom hondureño; art. 2.503 CC nicaragüense; art. 1.139 CC panameño; art. 951 CC santaluciano).

El Derecho inglés comparte asimismo la eficacia del principio [*Hollier v Rambler Motors (AMC) Ltd.* (1972), 2 WLR 401; *Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd* (1997), QB 897; *Oxonica Energy Ltd v Neuftec Ltd* (2008, EWHC 2127]. La aplicación práctica de la regla, no obstante, debe sortear una dificultad conceptual en los sistemas tributarios del *common law*, derivada de la incidencia de la *parole evidence rule*, que puede limitar los elementos probatorios necesarios para identificar, a través de las evidencias negociales, al proferente o redactor del contrato definitivo, si bien se ha admitido que dichas evidencias pueden admitirse si se fundamentan en hechos objetivos conocidos por las partes. La aplicación de la regla *contra proferentem* cuenta, de hecho, con su confirmación en los territorios que forman parte de la *Commonwealth*, como acredita la sentencia de la *Supreme Court* de Jamaica en el asunto *Ammar & Azar Ltd v Brinks Jamaica Ltd* (Carilaw JM 1984 SC 35).

El principio, por lo demás, ha sido incorporado con éxito a los textos más recientes, como el artículo 101 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013. Se incorpora de igual modo en todos los textos internacionales de armonización del Derecho contractual: artículos 4.6 PU, 5:103 PECL, II-8:103 DCFR y 65 CESL.

Dicho principio se refiere a la interpretación de los términos ambiguos que han sido redactados por una sola de las partes del contrato, en cuyo caso se interpretarán de la forma más favorable a la parte que no haya intervenido en su redacción. La finalidad de la cláusula es, por un lado, fomentar la claridad y precisión en la redacción de los contratos y, por otro, proteger a la parte que no ha participado en la redacción del contrato. Aunque se trata de un principio característico en los contratos celebrados por consumidores o adherentes, en la práctica comercial actual ha adquirido carta de naturaleza sin necesidad de que exista un desequilibrio entre la posición contractual del proferente y del adherente. Aunque su aplicación es característica en los contratos celebrados a través de sumisión a condiciones generales, el principio es igualmente aplicable en el caso de contratos negociados individualmente, cuando sea posible acreditar que la redacción del contrato corresponde a una de las partes.

Art. 4.1.4: *Favor negotii*

Los términos oscuros serán interpretados en el sentido más favorable a su eficacia y a la eficacia de todos los términos del contrato.

COMENTARIO:

El principio "*favor negotii"* o de interpretación "*in favorem negotii"* es un criterio de interpretación del contrato que goza, asimismo, de predicamento general en el Derecho comparado. El principio de conservación del negocio implica que, en caso de ambigüedad, es preferible una interpretación que facilite la eficacia de un término del contrato que la que conduzca a su ineficacia, y al mismo tiempo resulta preferible aquella interpretación que proporciona la máxima eficacia del contrato entendido en su conjunto.

El canon interpretativo se encuentra expresamente contenido en numerosos códigos civiles de sistemas caribeños (art. 1.620 CC colombiano; art. 1.157 CC dominicano y francés; art. 1.596 CC guatemalteco; art. 947 CC haitiano; art. 1.579 CC hondureño; art. 1.853 CC mexicano; art. 2.499 CC nicaragüense; art. 1.135 CC panameño; art. 1.236 CC portorriqueño; art. 946 CC santaluciano). Se mantiene en el art. 100 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013, y se ha incorporado asimismo a todos los textos internacionales recientes de armonización del Derecho contractual (art. 4.5 PU; art. 5:106 PECL; art. II-8:106 DCFR; art. 63 CESL).

En el Derecho inglés, el criterio de interpretación clásico en la jurisprudencia es que la interpretación del contrato no debe estar influenciada por el resultado legal ni por su presunta eficacia. Sin embargo, no solo este principio puede ponerse en duda a la luz de algunos precedentes recientes [*Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd* (1997), QB 897; *BCCI v Ali* (2002), 1 AC 251; *Financial Ombudsman Service v Heather Moor & Edgecomb Ltd* (2009), 1 All ER 328], sino que, en puridad, la jurisprudencia del *common law* acredita que, en caso de dos interpretaciones igualmente plausibles, debe optarse por aquella que favorece la validez del negocio. El principio de conservación del contrato, por otra parte, es manifiestamente evidente en los criterios que la jurisprudencia inglesa utiliza para deducir "términos contractuales implícitos", circunstancia que refuerza la aceptación del principio "*favor negotii"*. Finalmente, debe recordarse que el juego de los cánones de interpretación no es rígido, y que el principio debe ponerse en relación con otros criterios de interpretación y, en particular, con la propia regla general del art. 4.1.2, por lo que se estima que este criterio de interpretación resulta perfectamente admisible por los sistemas caribeños tributarios del *common law* y del Derecho inglés [*ad ex. NV Handel Smits v English Exporters Ltd* (1955), 2 Lloyd's Rep. 517].

Art. 4.1.5: ***Interpretación sistemática***

1. **Los términos del contrato se interpretarán los unos por los otros, atribuyendo a los términos particulares el sentido más acorde al resto de los términos del contrato.**
2. **Los términos del contrato negociados de manera individual prevalecerán sobre los que no lo han sido.**

COMENTARIO:

La interpretación sistemática del contrato, entendido como un todo, responde asimismo a un canon de aceptación generalizada que responde a las exigencias básicas de coherencia del contrato. Los términos contractuales no pueden resultar descontextualizados respecto del propio contrato.

El principio contenido en el artículo 4.1.5 de los Principios se encuentra recogido en buena parte de los códigos civiles existentes en el marco caribeño (art. 1622.I CC colombiano; art. 1.161 CC dominicano y francés; art. 1.598 CC guatemalteco; art. 951 CC haitiano; art. 1.580 CC hondureño; art. 1.854 CC mexicano; art. 2.500 CC nicaragüense; art. 1.136 CC panameño; art. 1.237 CC portorriqueño; art. 950 CC santaluciano). Del mismo modo, aparece recogido en el art. 99 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013, y en los arts. 4.4 PU, 5:105 PECL, II-8:105 DCFR y 60 CESL. El principio es asimismo coherente con los principios que rigen el Derecho contractual inglés y el *common law*, pues se acomoda perfectamente a la interpretación contextual de los términos del contrato que prevalece en la jurisprudencia actual, sin menoscabo alguno de la *parole evidence rule* y de los criterios propios de interpretación del contrato del *common law.* De hecho la interpretación sistemática o del contrato como un todo (*whole contract rule)* se encuentra recogida en numerosos precedentes desde el asunto *Bettini v Gye* (1876, 1 QBD 183, 188). Entre los más recientes cabe citar *Riverside Housing Association Ltd v White* (2007, 4 All ER 97); *Bindra v. Chopra* (2008), 11 ITELR 312); *Multi-Link Leisure Developments Ltd v Lanarkshire Council* (2010, UKSC 47); *Re Sigma Finance Corporation* (2010, 1 All ER 571).

En contrapartida, la regla contenida en el apartado segundo del artículo 4.1.5 de los Principios OHADAC constituye un criterio de interpretación que no aparece expresado en la mayoría de las legislaciones nacionales (salvo casos aislados como el art. 672.3º CCom guatemalteco o el art. 728 CCom hondureño), pero que responde a una clara

tendencia en el Derecho contractual moderno, como lo atestigua el tenor de los arts. 2.1.21 PU, 5:104 PECL, II-8:104 DCFR y 62 CESL. La regla consistente en hacer prevalecer las cláusulas negociadas individualmente sobre las contenidas en condiciones generales responde, en realidad, al sentido de la regla general contenida en el artículo 4.1.2 de estos Principios.

En el caso de contradicción de una cláusula negociada individualmente respecto de una condición general, la opción por la prevalencia de la primera no solo se justifica sobre la base de la verdadera intención de las partes (criterio subjetivo), sino también objetivamente, esto es, siguiendo los propios criterios interpretativos establecidos por Lord Hoffmann en el caso *Investors,* porque dicha interpretación de los términos del contrato implica el entendimiento que compartiría, dadas las circunstancias, una persona razonable situada en las misma posición de las partes, pues ambas partes razonablemente darían eficacia de forma preferente al sentido de unas cláusulas que han sido negociadas y pactadas individualmente sobre las prefijadas en unas condiciones generales que no fueron objeto de negociación. El principio se encuentra presente ya en decisiones como *Glynn v Margetson* (1893, AC 531) o *Taylor v John Lewis Ltd* (1927, SC 891, 898).

En determinadas circunstancias, no obstante, esta interpretación podría implicar una excepción a la *last shot rule,* propia del Derecho inglés, a saber, cuando una vez negociadas individualmente determinadas cláusulas del contrato, una parte hubiera remitido a la otra condiciones generales completivas en algunos extremos, pero contradictorias en otros con las cláusulas negociadas individualmente.

Art. 4.1.6: *Disparidad de versiones lingüísticas*

Cuando un contrato se ha redactado en dos o más lenguas diferentes y las versiones son discrepantes, se estará a la versión en que se haya redactado el contrato originalmente si las partes no han atribuido prevalencia a ninguna de ellas.

COMENTARIO:

El artículo 4.1.6 de estos Principios introduce un canon de interpretación específico para los contratos internacionales, de singular relevancia. La diversidad de versiones lingüísticas de un mismo contrato produce con facilidad contradicciones entre las

distintas versiones, consustanciales a cualquier traducción y, específicamente, a la traducción jurídica, que presenta dificultades particulares.

Las partes pueden establecer pactos que establezcan la versión dominante o auténtica en caso de contradicción entre diferentes versiones lingüísticas. En defecto de estos pactos, se impone establecer criterios razonables para determinar de forma objetiva la versión dominante. El tratamiento de esta cuestión se encuentra en los modernos textos de armonización internacional del Derecho contractual, que han optado de forma unánime por dar preferencia a la versión lingüística del contrato que responde a su versión original, de la que se suponen vertidas las traducciones subsiguientes (art. 4.7 PU; art. 5:107 PECL; art. II-8:107 DCFR; art. 61 CESL). La regla resulta razonable, y así ha sido recogida en estos Principios.

Se trata, en todo caso, de un principio interpretativo que el juez debe ponderar en atención al contexto y demás circunstancias de la formación del contrato. No debe descartarse, por otra parte, que resulte imposible probar qué versión del contrato es la versión original; en este sentido, las restricciones probatorias de la *parole evidence rule* podrían ser un obstáculo en el *common law* si resultan aplicadas de forma excesivamente restrictivas. Si no resulta determinable la versión original, las contradicciones lingüísticas deberán ser resueltas por el intérprete conforme a otros criterios de interpretación señalados en estos Principios y, en último caso, los términos contradictorios se tendrán por no puestos y su objeto se resolverá conforme a los criterios de integración del contrato. En ciertos supuestos, particularmente cuando el contrato no ha sido objeto de ejecución por las partes, la imposibilidad de integración de las lagunas resultantes que afecten a una parte sustancial del contrato podrá dar lugar a la declaración de nulidad del contrato o de las obligaciones en cuestión.

Sección 2. Contenido del contrato

Art. 4.2.1: *Integración del contrato*

1. **El contenido del contrato resulta exclusivamente del acuerdo de las partes.**
2. **Cuando las partes no han acordado expresamente algún término contractual que resulta determinante de sus respectivas obligaciones, dicho término podrá ser inferido implícitamente en atención a su razonabilidad objetiva y a la finalidad del contrato.**

1. Opciones de reglamentación de los mecanismos de integración del contrato

La integración del contrato se refiere a la cobertura de las lagunas contractuales. La integración del contrato presupone un contrato que ha sido válidamente formado. En consecuencia, deberá tenerse en cuenta de forma particular lo dispuesto en el capítulo 2 de estos Principios por lo que se refiere a los requisitos mínimos de determinación suficiente del objeto del contrato para que este se considere perfeccionado. En muchos casos, un contrato inicialmente incompleto o insuficientemente determinado podrá considerarse perfeccionado por el simple hecho de que las partes hayan puesto en marcha su ejecución. En otras, independientemente de este hecho, el contrato se considerará perfeccionado con independencia de que presente algunas lagunas sobre aspectos que no condicionan su formación. En todos estos casos, el intérprete se enfrenta con la necesidad de integrar el contrato, cubriendo las lagunas dejadas por las partes en su negociación.

Al igual que ocurre con la interpretación del contrato, existen dos modelos contrapuestos en el Derecho comparado para resolver las lagunas del contrato y proceder a su integración o construcción. Los sistemas romano-germánicos suelen partir de un criterio flexible de integración del contrato, que permite inicialmente una amplia libertad al intérprete a la hora de proceder a la integración de lagunas. Dicho criterio se inspira comúnmente en una previsión legal de textura abierta, que incorpora una llamada "cláusula general". La más extendida en los códigos civiles de los sistemas caribeños parte del postulado de que el contrato no solo obliga a lo que las partes establecen de forma expresa, sino a las exigencias que puedan derivar de la "buena fe", la "equidad" o la "naturaleza del contrato" (art. 1.603 CC colombiano; art. 1.023 CC costarricense; art. 1.135 CC dominicano y francés; art. 1.159 CC guatemalteco; arts. 925 y 926 CC haitiano; art. 1.546 CC hondureño; arts. 6:2 y 6:248 CC holandés y surinamés; art. 1.796 CC mexicano; art. 2.480 CC nicaragüense; art. 1.109 CC panameño; art. 1.210 CC portorriqueño; art. 956 CC santaluciano; art. 1.160 CC venezolano). Esta tendencia se mantiene asimismo en los artículos 3, 11 y 103 del Anteproyecto de Reforma del Derecho de obligaciones francés de 2013. El principio interpretativo señalado es visible asimismo en los EE.UU (secciones 1-203 UCC y 205 del *Second Restatementof Contracts*). En una línea semejante se mueve el canon de integración específico que recogen los arts. 1.621.II CC colombiano y el art. 1.160 del CC dominicano y francés, al prever que las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen.

En contrapartida, el Derecho inglés resuelve la cuestión de las lagunas contractuales sobre la base los denominados "términos implícitos". En un aspecto, la doctrina contractual inglesa presenta una semejanza acusada con los sistemas romano-germánicos: los denominados *implied-in-law terms*, es decir, las obligaciones contractuales impuestas por la ley, la costumbre o la jurisprudencia coinciden con la exigencia generalizada de los sistemas romano-germánicos en orden a la sujeción del contrato, además de lo pactado, a todas aquellas exigencias legales de naturaleza imperativa. La cuestión, sin embargo, resulta más problemática respecto al modo común de resolver las lagunas en el espacio más amplio de las obligaciones sujetas a la autonomía de la voluntad. En este punto, la jurisprudencia inglesa se sirve de los denominados *implied-in-fact terms*, es decir, términos u obligaciones contractuales no pactadas, pero razonables y, sobre todo, necesarias para que el contrato tenga sentido comercial. Los tradicionales criterios de la jurisprudencia inglesa (*officious bystander test* y *business efficacity test*) con seguidos en los sistemas caribeños tributarios del *common law.* Así lo acredita, por ejemplo, las sentencias de la *High Court* de Trinidad y Tobago en los asuntos *Costa v Murray and Murray* (Carilaw TT 1977 HC 82) y *Pierre v Port Authority of Trinidad y Tobago* (Carilaw TT 1969 HC 23), referida esta última a la obligación de transportar las mercancías de forma segura y apropiada como término implícito que no necesita ser pactado expresamente.

La diferencia entre las cláusulas generales de los sistemas romano-germánicos y los términos implícitos del Derecho inglés radica en los criterios que permiten inferir una obligación no pactada. Mientras los primeros se orientan preferentemente a criterios de justicia (buena fe) o equidad, el Derecho inglés se asienta preferentemente en criterios de pura eficiencia del contrato, dando por buenas aquellas obligaciones implícitas que son imprescindibles para que el contrato funcione o tenga sentido comercial (razonabilidad), pero independientemente de que se consideren o no justas o equitativas y no en razón de su bondad axiológica. Dicha tendencia es patente, por ejemplo, en la *Sentencia del Privy Council (Santa Lucía)* en el asunto *Marcus v Lawaetz* (Carilaw LC 1986 PC 2). Aunque, como ya se ha señalado en el comentario al artículo 4.1.2, se detecta una tendencia reciente a la apertura del sistema inglés a la buena fe como elemento interpretativo e integrador del contrato, dicha tendencia no está exenta de controversia.

Las dos fórmulas descritas parecen combinarse, aunque solo aparentemente, en los proyectos más recientes de codificación del Derecho contractual internacional. Y en algunos casos aparecen reflejadas de forma confusa. Así, los PU optan por una regla específica (art. 4.8), consistente en proporcionar la solución apropiada utilizando, además de la intención de las partes y la naturaleza y finalidad del contrato, criterios

generales como la buena fe y la lealtad negocial, e incluso el más puro "sentido común". Es muy significativo, sin embargo, que estos mismos criterios sean los que utiliza el art. 5.2º de los Principios para definir las "obligaciones implícitas". Si se comparan los ejemplos y los comentarios que acompañan a ambos preceptos, no se aprecia una distinción entre una laguna colmada con los criterios interpretativos del art. 4.8 y una obligación implícita deducida conforme al art. 5.2 con idénticos criterios. Pero lo cierto es que si hay una obligación implícita no cabría en realidad hablar de una laguna, por lo que el artículo 4.8 nunca resultaría en realidad aplicable.

La reglamentación propuesta en el artículo 6:102 PECL resulta en este sentido más coherente. Bajo la rúbrica "términos implícitos", los PECL establecen un único criterio de integración del contrato. En este sentido, la terminología se aproxima a la utilizada por el Derecho inglés, si bien se mantiene una diferencia esencial sobre la fuente de las que derivan tales términos implícitos: la intención de las partes, la naturaleza y objeto del contrato, y la buena fe. Con ligeras variantes, el modelo de reglamentación de los PECL se ha mantenido en el artículo II-9:101 DCFR y en al artículo 68 CESL, que introducen la notable particularidad de excluir tal mecanismo de integración si las partes de forma deliberada han asumido los riesgos de la laguna, en cuyo caso habría que dar prevalencia a la literalidad del contrato.

2. Regla de mínimos

La formulación de una regla convergente para la integración del contrato entre los sistemas romano-germánicos y los modelos caribeños tributarios del Derecho inglés se estima, hoy por hoy, inviable.

La formulación propuesta, conscientemente vaga y abierta, permite incorporar ambas culturas dominantes, pues no impide ni exige que en la determinación de la razonabilidad de un término, y a la luz de la finalidad del contrato, se estime pertinente incorporar una obligación no pactada inspirada en criterios equitativos o de buena fe. Debe notarse, de un lado, que muchos sistemas romano-germánicos presentan una práctica jurisprudencial reacia *de facto* a alterar las obligaciones de las partes en virtud de criterios de justicia material, en especial en ámbitos comerciales sofisticados. De otro, debe tenerse en cuenta que la regla contenida en el artículo 4.1.1 impide la alteración del contrato si sus estipulaciones son claras. En rigor, la regla propuesta, sin violentar las reticencias del Derecho inglés al concepto de buena fe, tampoco impide su consideración, de forma que puede ser aceptada por todos los sistemas jurídicos involucrados sin que el riesgo de divergencia de soluciones se incremente de forma apreciable, dada la diversidad de criterios que la integración del contrato provoca, de hecho, dentro de las mismas jurisprudencias nacionales.

Por otra parte, si las partes contratantes están interesadas en incorporar expresamente un mandato de integración equitativa del contrato, inspirado en criterios de buena fe, pueden optar por incluir en el contrato una cláusula específica, cuya eficacia será admitida por tribunales o intérpretes pertenecientes a sistemas jurídicos tributarios del Derecho inglés.

CLÁUSULA DE BUENA FE:

"El presente contrato se interpretará conforme a las exigencias de la buena fe. Cada parte observará las reglas de la buena fe en relación con la otra parte y garantiza que en sus tratos no llevará cabo, por acción u omisión, cualesquiera actos que puedan perjudicar o reducir los derechos, bienes o intereses eventuales de la otra parte. Las partes cooperarán en la máxima medida para asistirse mutuamente en beneficio de ambas".

Artículo 4.2.2: *Modificación en una forma acordada*

1. **Cuando las partes han convenido la forma en que un contrato puede ser modificado o revocado, la modificación o revocación del contrato no podrá realizarse de otra forma.**
2. **No obstante, quedará vinculada por sus propios actos y no podrá invocar esta cláusula la parte que con sus declaraciones o comportamiento haya inducido a la otra parte a actuar razonablemente en función de dichos actos.**

COMENTARIO:

A través de una cláusula de este tipo las partes pretenden evitar que cualquier acto o declaración que se emita durante la ejecución o cumplimiento del contrato pueda ser entendido como una modificación de las condiciones contractuales, a menos que se lleve a cabo en una determinada forma. La utilización de estas cláusulas es especialmente útil cuando el contrato se rija por sistemas jurídicos como el romano-germánico, que permite con más facilidad extraer obligaciones no contenidas en el

contrato o modificar su contenido a partir de la verdadera intención de las partes, que puede ser apreciada a partir de su comportamiento ulterior. La regla propuesta en este precepto es similar a la contenida en el art. 29.2º CV y en el art. 2.1.18 PU. La reglamentación contenida en los PECL (art. 2:106) y en el DCFR (art. II-4:105) la contempla de forma más débil.

La excepción contenida en el apartado segundo trata de evitar los efectos irrazonables de la cláusula cuando una de las partes, a través de sus propios actos, lleva a cabo declaraciones o actos que inducen razonablemente a la otra parte a asumir o actuar de conformidad con dicha conducta que implica una modificación de las condiciones establecidas en el contrato.

> Ejemplo 1: La empresa A, con sede en San Juan de Puerto Rico, contrata con la empresa B, con sede en Guadalupe, la construcción y entrega llave en mano de una instalación industrial. El contrato, además de una cláusula de no modificación oral, incorpora una obligación de asistencia técnica para formar a los técnicos de A en el funcionamiento de la instalación. En el contrato se establece que dicha formación debe darse en las propias instalaciones de A. Posteriormente, A escribe un mensaje a B indicándole que considera más oportuno que la formación se lleve a cabo en las instalaciones de B en Guadalupe. Conforme a dicha declaración, B prepara en sus instalaciones todos los procesos y la acomodación para impartir la formación acordada. Dos días antes de la fecha estipulada, A requiere a B para que la formación se imparta conforme a lo acordado en el contrato. B puede escudarse para no cumplir dicha obligación en las instalaciones de A, ofreciéndose a impartir la formación en Guadalupe.

La limitación se admite en los sistemas romano-germánicos sobre la base de la doctrina de los actos propios, y en los EE.UU. merced a la doctrina del *promissory estoppel* (sección 90 *Second Restatement of Contracts).* La postura del Derecho inglés, sin embargo, es más restrictiva [*Hughes v Metropolitan Rly* (1877), 2 AC 439, 448; *Esso Petroleum Co Ltd v Alstonbridge Properties Ltd* (1975), WLR 1474]. Se estima que la institución del *estoppel* puede ser invocada, como en el ejemplo, para eximirse de una obligación establecida en el contrato, pero no para exigir una obligación no pactada en el contrato.

> Ejemplo 2: La empresa A establecida en México celebra un contrato de suministro de productos alimenticios con la empresa B, con sede en La Habana, que incluye una cláusula de no modificación oral. El contrato establece una cláusula de que la entrega de los contenedores debe realizarse FOB La Habana. La empresa B solicita a la empresa A la posibilidad de hacer una entrega concreta en el puerto de Santiago de Cuba. La empresa A accede, y la solicitud se reitera para las dos entregas siguientes. A la cuarta

solicitud, A se niega, pues la entrega en un puerto distinto al acordado le plantea inconvenientes adicionales y gastos extraordinarios. B no podría reclamar de A una obligación no pactada en el contrato sobre la base del Derecho inglés. Hipotéticamente, sí podría hacerlo conforme a otros sistemas y la regla establecida en estos Principios, si bien en el caso parece improbable que se deduzca de los actos propios de A que B razonablemente pudiera haber sido inducido a creer en una modificación del lugar de entrega para todas las entregas futuras.

En todo caso, la regla no puede desvincularse de las reglas generales sobre interpretación del contrato, contenidas en la sección primera del capítulo 4 de estos Principios, que inevitablemente permitirán un margen de oscilación según la cultura jurídica del intérprete.

Artículo 4.2.3: *Cláusula de integridad*

El contenido de un contrato no puede ser completado o modificado mediante declaraciones o acuerdos anteriores si las partes han incluido una cláusula que establece que el contrato incorpora de forma completa lo acordado por las partes. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar el contenido del contrato.

COMENTARIO:

Las cláusulas de integridad suelen utilizarse en la contratación internacional para evitar que las declaraciones que hacen las partes durante la fase de negociación, cuando intercambian propuestas, borradores o proyectos, sean invocadas para inferir del contrato obligaciones que no se han recogido en el documento final o para alterar o modificar el contenido del contrato tal y como ha quedado redactado finalmente. Están especialmente indicadas en los contratos con fases negociales muy complejas y largas, en las que las partes se intercambian muchos mensajes, borradores, cartas de intención, etc. Estas cláusulas de integridad son especialmente útiles cuando el contrato se rige por un Derecho de tradición romano-germánica o por el Derecho estadounidense, pues tales sistemas admiten con mayor facilidad la posibilidad de que se generen obligaciones en virtud de declaraciones ajenas al texto del contrato, pues la intención de las partes puede extraerla el tribunal tanto de los documentos escritos como de otras evidencias extrínsecas [sección 209 (3) *Restatement Second of*

Contracts]. Cuando las partes introducen la cláusula de integridad se minimiza el efecto que tales declaraciones ajenas al contrato formal pueden producir en la alteración o modificación de lo que finalmente consta en el contrato como obligaciones de las partes.

Las cláusulas de integridad son importantes asimismo en el Derecho inglés, incluso si se reconoce un amplio margen de reconocimiento a la *parole evidence rule*, pues aunque se parte de la presunción de que los documentos escritos contienen todos los términos del contrato, puede rebatirse esta presunción por la evidencia de que las partes no pretendían que el documento escrito fuera el único del que resultaran las obligaciones de las partes, pudiendo utilizarse también sus declaraciones orales. El Derecho inglés no impide que, al margen del contrato, las partes hayan podido acordar obligaciones colaterales o adicionales, incluso de forma oral; pero, en la medida en que existe una tensión entre planteamientos formalistas y contextualistas en torno a la interpretación del contrato y que los tribunales pueden aplicar de diferente manera esta regla, es aconsejable la inclusión de esta cláusula. La cláusula de integración sirve, entonces, como un mecanismo de negación de obligaciones colaterales distintas al contrato escrito [*J Evans & Son (Portsmouth) Ltd v Andrea Mezario Ltd* (1976), 2 All ER 930].

La eventual ambigüedad del contrato puede ser apreciada de forma distinta por los tribunales. La cláusula de integridad impide que se reconozca carácter obligatorio o contractual a declaraciones de las partes, ofertas y propuestas que no figuran recogidas en el texto del contrato final, pero no limitan el efecto interpretativo de estas declaraciones, como un elemento contextual que puede ser tenido en cuenta sobre la base de lo dispuesto en el art. 4.1.2 de estos Principios. En efecto, cuando las obligaciones recogidas en el contrato final plantean problemas interpretativos, por resultar ambiguas u oscuras, las declaraciones de las partes realizadas al margen del contrato formal puede ser tenidas en consideración, no para incorporar nuevas obligaciones, sino para interpretar el sentido de las obligaciones incorporadas. Así se reconoce, por ejemplo, en la sección 217 del *Restatement Second of Contracts*, en la sección 2-202 UCC, el art. 2.1.17 PU, en el art. 72 CESL, y se ha mantenido en relación con el art. 8 CV.

Los arts. 2:105 PECL y II-4:104 DCFR exigen que la cláusula de integridad haya sido negociada individualmente para que sea eficaz, tanto si lo que pretende es impedir que de los acuerdos previos deriven para las partes obligaciones no incluidas en el escrito, como si su objetivo es privar a dichos acuerdos y declaraciones de alcance interpretativo. No se ha considerado oportuno recoger esta regla especial, de forma que si la cláusula de integración se incorpora al contrato como una condición general

su eficacia dependerá de que se cumplan las condiciones previstas en el art. 2.1.9 de estos Principios. Ciertamente, para favorecer la eficacia de estas cláusulas es recomendable que no se incorporen a través de las condiciones generales de la contratación, sino como cláusulas negociadas individualmente, pues su alcance las hace fácilmente susceptibles de ser consideradas irrazonables como condiciones generales.

Sección 3. Obligaciones contractuales

Artículo 4.3.1: *Obligaciones de resultado y obligaciones de medios*

1. **En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.**
2. **En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.**

COMENTARIO:

1. La distinción en los sistemas nacionales de OHADAC

La distinción que se establece para las obligaciones en función de si son de "medios" o de "resultado" se basa en el contenido y alcance de los compromisos asumidos por el deudor en el contrato, según alcance solo a un compromiso de conducta diligente o también asuma un concreto resultado. Esta clasificación es una constante que, desde su origen doctrinal francés, posteriormente acogida por la jurisprudencia, se refleja de uno u otro modo en los Derechos civiles europeos continentales, aunque formalmente no incorporen tal denominación.

En el caso de los Derechos europeos continentales, la distinción tiene una vertiente importante en relación con el criterio general de imputación de responsabilidad contractual basada en la culpa. El Derecho civil europeo continental se ha construido sobre la base de la culpa como criterio para medir el alcance de las obligaciones del

deudor y el incumplimiento o la imputabilidad de responsabilidad (art. 1.147 CC francés). En el caso de las obligaciones de medios, la propia diligencia exigible al deudor forma parte del contenido de la obligación, de modo que la acreditación de la falta de diligencia determina, por sí mismo, un incumplimiento del contrato. En el caso de las obligaciones de resultado, sin embargo, la "culpa" adquiere relevancia como elemento autónomo: se concibe generalmente como circunstancia "externa" al propio contenido obligacional, introduciendo una causa de exoneración de responsabilidad incluso en los casos en los que el incumplimiento se ha acreditado (es decir, el fracaso en la obtención del resultado). Es cierto, no obstante, que los diferentes Derechos nacionales fueron incorporando cierta tendencia a la objetivación de la responsabilidad (al margen de criterios de imputación subjetiva) a través de presunciones de culpa en caso de las obligaciones de resultado que, en la práctica, obligaban al deudor a tener que probar su actuación diligente para exonerarse de responsabilidad.

Por el contrario, la categoría "obligación de medios" era desconocida en los sistemas del *common law*. Una obligación de medios implica un análisis del comportamiento del deudor conforme a parámetros de diligencia, más o menos estrictos. Tal elemento no ha sido extraño a las tradiciones jurídicas civiles continentales, basadas en la exigencia de la culpa como criterio de incumplimiento contractual o, en su caso, de imputabilidad de la responsabilidad por incumplimiento. Ha supuesto, sin embargo, una novedad en los sistemas del *common law*, basados en una responsabilidad estricta vinculada a la obtención de un resultado en el contrato. Su punto de partida es el compromiso absoluto asumido por las partes contratantes sobre el cumplimiento del contrato (*strict liability)* y, por tanto, la no consecución del objetivo propuesto se considerará un incumplimiento contractual y originará la correspondiente responsabilidad al deudor, basándose en criterios puramente objetivos. Con estos presupuestos, la configuración del contrato es esencial para determinar el alcance de las obligaciones del deudor, obligando a delimitar con precisión y *ex ante* los compromisos asumidos así como las causas de exoneración mutuamente aceptadas. Llevado hasta sus últimas consecuencias, la configuración de toda obligación como una obligación de resultado, al margen de la diligencia prestada por el deudor, podía suponer una carga excesiva para este, particularmente en aquellas modalidades contractuales en las que o bien resulta difícil precisar el resultado a obtener o directamente queda fuera del control exclusivo del deudor. Sobre esta base, la jurisprudencia fue introduciendo modulaciones a la "responsabilidad estricta" utilizando en especial la técnica de los *implied terms* y admitiendo supuestos en los que el compromiso asumido no permite asegurar el resultado sino que solo obliga a los

best efforts y, en consecuencia, su no consecución no determina un incumplimiento por el deudor.

Estos antecedentes muestran que las cláusulas de *best efforts* aligeran la carga obligacional asumida por el deudor introduciendo un parámetro de análisis de cumplimiento subjetivo, tradicionalmente extraño a los sistemas anglosajones. Se llega así a la configuración de un sistema dual de responsabilidad: la estricta y la basada en los *best efforts*, acercándose al modelo civil continental entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios. De hecho, la *Supply of Goods and Services Act* de 1982 recoge, como ejemplo de contrato de resultado, el contrato de venta, que, en el ámbito de los contratos comerciales, supone que las mercaderías deben entregarse con una calidad satisfactoria (sección 14 de la Parte I); por su parte, en el contrato de servicios, el deudor solo se obliga a llevar a cabo un servicio conforme a una diligencia razonable pero no compromete, con carácter general, un resultado (sección 13 de la Parte II). En el Derecho norteamericano, la precisión sobre obligaciones que no cubren el resultado, sino que solo determinan la asunción de un compromiso a actuar con una determinada diligencia, también se recoge en las secciones 2-306 UCC y 379 del *Restament Second of Agency*.

Desde esta perspectiva, se iguala esencialmente el alcance de las obligaciones de medios asumidas por el deudor en los regímenes continentales con las obligaciones de *best efforts* anglosajonas. En la medida en que los Derechos continentales están incorporando la concepción sobre el incumplimiento unitario y la tendencia a la objetivación de la responsabilidad, también se iguala la responsabilidad de las obligaciones de resultado. En ambos casos, el incumplimiento vendrá dado por no ajustarse al alcance de las obligaciones derivadas del contrato, cualesquiera que sean. Con la integración de la culpa dentro del incumplimiento, ha ido perdiendo sentido la caracterización inicial de la culpa como elemento de responsabilidad contractual, criterio más vinculado a la responsabilidad por *tort.* Desde este punto de vista, los *best efforts* anglosajones y las obligaciones de diligencia en los Derechos civiles continentales son esencialmente equiparables. Las diferencias entre ambos modelos subsisten en la medida en los regímenes romano-germánicos mantengan, para las obligaciones de resultado, la diligencia del deudor como criterio de imputación de la responsabilidad contractual.

Esencialmente, en el ámbito de los Derechos de los territorios de la OHADAC, nos encontramos con un esquema similar. Por una parte, los Derechos basados en el modelo romano-germánico no tienen propiamente una clasificación y una definición general sobre obligaciones de medios y de resultado. Tal distinción solo se obtiene a partir del análisis de las diversas modalidades contractuales que la mayoría de los

códigos civiles incorporan y en los que se identifican las obligaciones que pueden comprometer un determinado resultado y aquellas en las que el deudor solo se obliga a un comportamiento diligente. Sobre esta base, puede realizarse una clasificación atendiendo a tipos contractuales, siendo un ejemplo de obligación de resultado el contrato de compraventa (la transmisión de la propiedad del bien), y un ejemplo de obligación de medios, el contrato de mandato o comisión (la gestión de los negocios encomendados). El código civil más claro en este sentido es el guatemalteco cuando distingue entre contrato de obra y de servicios (arts. 2.000, 2.032 y 2.033 CC), estableciendo una obligación de resultado para el primero y de diligencia para el segundo. De manera semejante, se regulan los contratos de servicios en el art. 2.615 CC mexicano, cuyo cumplimiento se mide por el grado de diligencia desarrollado por el deudor. Pero lo más habitual es que obligaciones de una y otra clase confluyan en un mismo contrato. Así puede comprobarse, por ejemplo, en relación con el contrato de depósito que contiene tanto una obligación de entrega (de resultado) como una obligación de guarda y conservación de la cosa conforme a la diligencia de un buen padre de familia (en este sentido, entre otros, el art. 1.928 CC dominicano).

Por su parte el Derecho de la *Commonwealth* caribeña incorpora, de modo semejante al Derecho inglés, una delimitación de obligaciones en función de los modelos contractuales de venta y de agencia que se corresponden, esencialmente, con la obligación de un resultado o con el mero compromiso de obligación de diligencia por parte del deudor. Respecto a los primeros se establecen los supuestos en los que la normativa fija *implied conditions* sobre la adecuación del producto al fin perseguido por el contrato, que dependerá del cumplimiento de ciertos requisitos [sección 16 de la *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 16 de la *Sale of Goods Act* de Las Bahamas; sección 15 de la *Sale of Goods Act* de Barbados; sección 16 de la *Sale of Goods Act* de Belize; sección 15 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 16 de la *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 16 de la *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago]. Por el contrario, en el ámbito de contratos como el de agencia, las obligaciones comprometidas por el agente están sometidas a una diligencia y competencia razonables, que determinan la responsabilidad indemnizatoria en caso de vulneración de dichas obligaciones.

2. La distinción en los textos de armonización contractual

Los diferentes textos de armonización contractual recogen la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. El art. 5.1.4 PU evidencia la idea de una "transposición" de instituciones basándose en la equivalencia entre el *duty of best efforts* anglosajón y la obligación de medios continental, por contraposición a la de resultado. La revisión de los PECL propuesta por la Asociación Henri Capitant incorpora

la distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de *best efforts*, introduciendo en el nuevo artículo 6:103 una regulación semejante a los PU.

Pero es en el DCFR donde la distinción adquiere una relevancia singular a la hora de determinar el alcance de las obligaciones en el marco de los contratos de servicios. Ciertamente se contemplan para estos contratos, con carácter general y al margen de concreciones ulteriores en función de las específicas modalidades contractuales, obligaciones de diligencia (art. IV.C.-2:105) y de resultado (art. IV.C.-2:106). Estas últimas se identifican si así se han establecido en el contrato o si era un resultado que el cliente podía razonablemente esperar del contrato o no tenía razón para creer que existía un riesgo sustancial que pudiera comprometer la obtención de ese resultado con el servicio contratado. La importancia del modelo previsto en el DCFR deriva de la nueva concepción en torno a los contratos de servicios, con un planteamiento similar al establecido en los Principios Europeos sobre Contratos de Servicios (arts. 1:107 y 1:108). En efecto, en estos modelos se trastoca la "radical" distinción subyacente en los Derechos nacionales entre contratos de obra (generalmente vinculados al contrato de resultado) y de servicios propiamente dicho (generalmente vinculado al de medios). Los contratos de servicios se conciben en el DCFR de forma amplia y transversal, incluyendo entre ellos a contratos tan diversos como los de construcción, de mantenimiento, de depósito, de diseño, de información y asesoramiento y de tratamiento médico. Consecuencia de esta amplitud y transversalidad es que no es posible una asociación directa y automática del contrato de servicios a una mera obligación de medios. Es más, no solo se prevé que, como regla general, un contrato de servicios pueda llevar aparejado un resultado, sino que llega a establecerse la presunción de resultado para determinados contratos de servicios, entendido en los términos del apartado (1) del citado artículo IV.C.-2:106.

La CESL parte de una concepción diferente a la del DCFR para los contratos de servicios relacionados con la compraventa [art. 2 (m) de la Propuesta]. Tales contratos se presumen como obligaciones de medios de modo que, a salvo de que estipulen un resultado concreto, ya sea como consecuencia de una obligación expresa o implícita, el prestador de servicios queda vinculado únicamente a una obligación de diligencia y competencia. Tal disposición ya ha sido objeto de críticas al introducir un régimen claramente favorable para el prestador de servicios en una amplia tipología contractual (contratos de instalación, mantenimiento y de reparación, entre otros), frente a un modelo de responsabilidad contractual más estricta. En consecuencia se debilita la posición del cliente que asume la carga probatoria de tener que acreditar la falta de un comportamiento diligente del deudor en cada caso. No obstante, también conviene resaltar que la CESL matiza parcialmente la calificación del contrato en

función de las relaciones entre profesionales o con consumidores, imponiendo obligaciones de resultado en el segundo caso. Así, por ejemplo, los contratos de instalación se considerarán de resultado (art. 148.4 en relación con el art. 101 CESL).

3. Relevancia de la distinción y posición de los Principios OHADAC

La caracterización de una obligación como de medios o de resultado es esencial para determinar el alcance de las obligaciones del deudor y, por tanto, para identificar los supuestos de incumplimiento contractual. Tal caracterización puede ser del contrato en su conjunto o de su principal obligación (el resultado de la entrega de la cosa y transmisión de la propiedad en la compraventa) o respecto de algunas de sus obligaciones (por ejemplo, la obligación de entrega "en un plazo razonable", que convierte el tiempo de ejecución en una obligación de medios). Es importante relacionar esta configuración de las obligaciones de medios y de resultado con los criterios de imputabilidad de la responsabilidad por daños y perjuicios. En el marco de los PU, todo incumplimiento genera el derecho indemnizatorio para el acreedor, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a los propios Principios (art. 7.4.1). Las causas de exoneración de responsabilidad son las previstas en el contrato (artículo 7.1.6) y la fuerza mayor (artículo 7.1.7), institución a medio camino entre la *frustration* del Derecho anglosajón y la *force majeure* de los sistemas de Derecho civil. Lo interesante de la construcción es que introduce un sistema de objetivación de la responsabilidad (al margen del criterio de culpa del deudor) que responde esencialmente al esquema del *common law*. Fuera del marco contractual, solo la *force majeure* permitirá excusar el incumplimiento contractual, como algo externo al propio contrato y al poder de control de las partes. Un modelo similar se sigue en el art. 9:101 de los PECL, en su versión revisada por la Asociación Henri Capitant.

Asimismo, la calificación de la obligación incide directamente en el objeto y la carga de la prueba del incumplimiento contractual. En sentido estricto, todo incumplimiento (sea de resultado o de medios) requiere ser probado por el acreedor, máxime cuando conforme a las tendencias actuales de la contratación todo es reconducible a la falta de conformidad. Ocurre, sin embargo, que la presencia de una u otra obligación incide en una mayor o menor dificultad probatoria: en las obligaciones de resultado, basta que el acreedor acredite que este no se obtuvo en los términos pactados; en las obligaciones de medios, debe probar que el deudor no actuó con la diligencia exigible. Tal diferencia en relación con la prueba del incumplimiento se contempla expresamente en el art. 6:103 de la versión revisada de los PECL por parte de la Asociación Henri Capitant.

Es evidente que los intereses del acreedor están más protegidos en las obligaciones de resultado y que la acreditación del incumplimiento es más sencilla, recurriendo a los parámetros objetivos fijados en el contrato sobre el contenido de la ejecución comprometida. Ahí radica la diferencia entre los sistemas europeos continentales y el *common law*: los primeros miran la conducta del deudor; los segundos, la satisfacción del acreedor. Es cierto, no obstante, que la concepción tradicional de los Derechos civiles basados en la culpa, en los términos ya indicados, exige la acreditación adicional de la falta de diligencia del deudor también para las obligaciones de resultado. Pero es precisamente en este contexto donde cobra relevancia la tendencia a la objetivación de la responsabilidad contractual sobre la base de la presunción *iuris tantum* de culpa y, por tanto, invirtiéndose la carga de la prueba: es el deudor quien debe probar su comportamiento diligente. Se las ha denominado "obligaciones de resultado atenuadas": son de resultado porque se presume la culpa; pero se matizan porque el deudor puede liberarse si demuestra la diligencia exigible. Por esta vía, se han llegado a establecer auténticas presunciones *iuris et de iure* para las obligaciones de resultado que en la práctica equivalen a eliminar la culpa como criterio de imputación de responsabilidad e impide que el deudor pueda exonerarse de sus compromisos incluso demostrando un comportamiento diligente.

En las obligaciones de medios, el fracaso en el resultado es irrelevante y el objeto de la prueba debe centrarse en la falta de diligencia seguida por el deudor en la ejecución del contrato. En este caso, la posición del acreedor se encuentra más debilitada y debe realizar un mayor y complejo esfuerzo probatorio para acreditar el estándar exigible y posteriormente demostrar su incumplimiento por el deudor, a menos que también se recurra en este ámbito a una inversión en la carga de la prueba.

En este contexto, los códigos civiles de la OHADAC se articulan, con carácter general, sobre dos reglas: por un lado, la exigencia de la culpa en relación con el incumplimiento (propia de las obligaciones de medios) y, por otra parte, la presunción de esta culpabilidad (generando obligaciones de medios reforzadas u obligaciones de resultado atenuadas).

La regla de base es que la imputación de responsabilidad al deudor solo cabe cuando ha mediado culpa de este (medida al amparo de criterios de diligencia más o menos exigentes). Se produce una interrelación entre la responsabilidad por incumplimiento y las causas que exoneran de responsabilidad: la fuerza mayor y también el caso fortuito. No existirá con carácter general, por tanto, una responsabilidad objetiva por incumplimiento. De este modo, en la mayoría de los casos existirán obligaciones de medios que limitan la responsabilidad del deudor a los supuestos de falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación (art. 1.604 CC colombiano; arts. 702 y 703 CC

costarricense; arts. 293 y 298 CC cubano; art. 1.147 CC dominicano y francés; art. 1.426 CC guatemalteco; arts. 6:74 y 6:75 CC holandés y surinamés; art. 1360 CC hondureño; arts. 1.852 y 1.864 CC nicaragüense; art. 990 CC panameño; arts. 1.054 y 1.056 CC portorriqueño; art. 1.003 CC santaluciano). Solo el CC venezolano parece decantarse como un sistema de responsabilidad más estricta (art. 1.264 CC), próximo a los regímenes del *common law*, pudiendo el deudor exonerarse solo si demuestra que el incumplimiento proviene de una causa que no le es imputable, aunque no hubiera tenido mala fe (art. 1.271 CC).

Sin embargo, las obligaciones de medios aparecen reforzadas en muchos casos con la regla de la presunción de culpabilidad, que obliga en la práctica a que sea el propio deudor el que pruebe su diligencia en el cumplimiento de la obligación. Con este sistema se advierte cierta tendencia a la objetivación de la responsabilidad, acercándose a las obligaciones de resultado, aunque atenuadas, en la medida en que la acreditación de la ausencia de culpa y de la presencia de caso fortuito liberará de responsabilidad al deudor (art. 1.733 CC colombiano; art. 1.171 CCom colombiano; art. 298.2 CC cubano; art. 1.423 CC guatemalteco; art. 1.461 CC hondureño; arts. 2.647 y ss. CC mexicano; art. 1.271 CC venezolano).

La formulación del art. 4.3.1 de los Principios OHADAC recoge la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la línea establecida en los PU. La inclusión de los contratos en una u otra categoría dependerá esencialmente del alcance de las obligaciones estipuladas por las partes y, subsidiariamente, podrán considerarse los criterios fijados en el art. 4.3.2 de estos mismos Principios. No es posible ni conveniente realizar de forma apriorística un catálogo de figuras contractuales y realizar una calificación de su contenido obligacional. A los efectos de los Principios OHADAC, no existe una especial presión para decantarse hacia las obligaciones de resultado que, por definición, son más protectoras de los intereses del acreedor. La opción equivalente entre uno y otro modelo obligacional es legítima en el ámbito de las relaciones entre comerciantes y es la que permite, sin imposiciones, el acomodo tanto de los sistemas romano-germánicos como los del *common law* de los territorios de la OHADAC.

No recoge el art. 4.3.1 ninguna referencia a la prueba del incumplimiento. Este, sin embargo, sí es un aspecto regulado en el art. 6:103 PECL revisado por la Asociación Henri Capitant, que establece, para el caso de las obligaciones de resultado, que el solo hecho de no alcanzar el resultado pretendido ya determina el incumplimiento, mientras que, para el caso de las obligaciones de medios, el incumplimiento deberá probarse. Esta diferenciación en el régimen probatorio es consecuente con la distinción entre ambos tipos de obligaciones, pero su reflejo en el artículo de los

Principios OHADAC podría conllevar una injerencia en los códigos civiles que invierten la carga de la prueba, estableciendo una presunción de culpabilidad y, por tanto, de incumplimiento contractual. Esto supone, en esencia, que si el deudor no prueba su diligencia, se presume su responsabilidad por incumplimiento; dicho de otro modo, en estos casos lo que debe probarse es el cumplimiento (no el incumplimiento). Introducir en los Principios OHADAC una regla semejante a los PECL implicaría, de hecho y aunque no diga nada la disposición sobre la carga de la prueba, exigir al acreedor la acreditación de dicho incumplimiento (esto es, la falta de diligencia del deudor). Por ello, el silencio en el art. 4.3.1 sobre este punto evita distorsiones en los Derechos nacionales que invierten la carga de la prueba sobre el cumplimiento contractual.

Artículo 4.3.2: ***Criterios de calificación de la obligación***

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

a) Las cláusulas expresas e implícitas del contrato.

b) La naturaleza y finalidad del contrato.

c) El grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado.

d) La capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

COMENTARIO:

1. Las cláusulas expresas e implícitas del contrato

De la configuración, expresa o implícita, realizada en el contrato puede derivarse con claridad la identificación de cuándo nos encontramos ante obligaciones de medios o de resultado, y así viene recogido en los diferentes textos [art. 5.1.5 PU; art. 6:103 (3) (a)]. El art. 4.3.2 de los Principios OHADAC incorpora aquí, como primer criterio, las obligaciones expresas e implícitas derivadas del contrato. La referencia a las obligaciones implícitas debe entenderse de conformidad con los criterios de integración del contrato previstos en el art. 4.2.1 de estos Principios.

Los términos en los que se describe la prestación son el criterio inicial esencial para identificar si, por ejemplo, el deudor se compromete a entregar el bien o el deudor se compromete a hacer todo lo posible para entregar el bien. Hay modalidades de contratos que habitualmente se configuran como contratos de resultado como, por ejemplo, el contrato de compraventa, en el que la mercancía deberá entregarse con la calidad pactada en el contrato; también habrá que entender como obligaciones de resultado las derivadas del contrato de préstamo. Existen otros modelos contractuales que habitualmente se vienen caracterizando como obligaciones de medios. Esto ocurre con los contratos de expansión comercial (como los contratos de franquicia, distribución o agencia) que suelen identificarse, salvo pacto en contrario, como contratos de medios con cláusulas relativas a las obligaciones de diligencia del franquiciado, distribuidor o agente en el cumplimiento de sus obligaciones. En el ámbito del Derecho caribeño, quedarían claramente incluidos dentro de estas obligaciones de medios las diferentes formas que admiten los contratos de mandato o de comisión mercantil o los contratos de agencia (art. 255 CCom cubano; art. 1.705 CC guatemalteco; art. 1.898 CC hondureño; art. 3.309 CC nicaragüense; art. 1.410 CC panameño; art. 1.610 CC portorriqueño; art. 1.692 CC venezolano). En todo caso, la práctica de la contratación muestra un sistema híbrido de obligaciones de resultado atenuadas y obligaciones de medios reforzadas, y es frecuente que los contratos incluyan obligaciones de ambos tipos.

> Ejemplo 1: La empresa A vende las mercaderías a la empresa B, que deberán entregarse el 1 de agosto de 2014 (se trata de una obligación de resultado pura); también podría pactarse que las mercaderías deberán entregarse "en un plazo razonable" (en este caso estaríamos ante obligación de resultado atenuada).
>
> Ejemplo 2: A contrata los servicios del abogado B para que le asesore para montar una empresa (se trata de una obligación de medios pura). En otro caso, la empresa fabricante A contrata con la empresa B la distribución de su producto, comprometiéndose B a hacer todas las inversiones precisas para incrementar las ventas (obligación de medios reforzada).

La introducción de una regla específica en los Principios OHADAC que incorpora la distinción entre obligaciones de resultado y de medios obliga a ser especialmente cautos con la redacción de los contratos, fundamentalmente a la hora de determinar la incidencia del comportamiento del deudor en el cumplimiento de la obligación. Particularmente importantes serían las cláusulas contractuales de delimitación de responsabilidad del deudor que sirvan para perfilar exactamente el alcance de sus obligaciones, cláusulas que extiendan el ámbito de responsabilidad del deudor y cláusulas de advertencia al acreedor de los riesgos de la operación.

Dependiendo del tipo de contrato, puede ser conveniente la inclusión de cláusulas expresas en el contrato que fijen el alcance exacto de la responsabilidad del deudor. Tal inclusión es especialmente pertinente en aquellos supuestos, como los relativos al contrato de transporte, que pueden asumir, según la ley rectora del contrato, la forma de obligaciones de medios o de resultado, por ejemplo en relación a los daños ocasionados a personas o cosas. En este ámbito, el art. 982 CCom colombiano presupone una obligación de resultado; sin embargo, el art. 362 CCom cubano presupone una obligación de medios, en la medida en que la responsabilidad del porteador está mediatizada por la prueba de su negligencia.

También pueden figurar incluidas cláusulas que extiendan la responsabilidad del deudor a los supuestos de fuerza mayor, lo que convertiría a la obligación en una obligación de resultado en la medida en que resultaría irrelevante el comportamiento diligente del deudor a los efectos de la determinación de su responsabilidad. Esta posibilidad está expresamente contemplada, por ejemplo, en el art. 1.732 CC colombiano, en el art. 703 CC costarricense y en el art. 1.928 CC dominicano y francés.

Finalmente, la introducción de cláusulas de conformidad en el contrato y de advertencia e información realizados por parte del prestador de servicios a su cliente también permite delimitar el alcance de sus obligaciones y los supuestos de incumplimiento contractual, considerando los riesgos asumidos, en su caso, por el destinatario del servicio.

Junto a las cláusulas expresas del contrato, otro factor que incide en la calificación del tipo de obligación es la existencia de obligaciones implícitas que pueden derivarse del contrato. Así, tienen especial incidencia en el ámbito de las obligaciones de seguridad o en las obligaciones para obtener licencias de exportación o importación vinculadas a contratos de venta o distribución. Asimismo la jurisprudencia americana ha derivado *implied terms* de *best efforts,* en casos de ausencia de cláusula expresa, en contratos de venta o distribución en exclusiva. En algunos casos la jurisprudencia ha utilizado los *implied terms* para demostrar la existencia de una verdadera vinculación y compromiso obligacional por las partes. En otros casos, la utilización de los *implied terms* ha servido para modular el alcance del compromiso asumido, aunque siempre partiendo de un análisis desde la perspectiva del contrato concreto e intentando indagar en la intención real de las partes. Es paradigmático en la jurisprudencia americana el asunto *Wood v Lucy, Lady Duff-Gordon* (1917, 222 NY CA 88, 118, NE214). En el caso, Lucy había confiado la distribución de vestidos de alta costura a Wood; cuando Lucy quiso comercializar ella misma las prendas, Wood la demandó por entender que vulneraba su derecho de exclusiva, aspecto que la demandada negó por la inexistencia de compromiso alguno de la demandante. El juez derivó de la intención

de la demandante, que debía pagar un porcentaje sobre las ventas a la demandada, una verdadera vinculación contractual de esta y una obligación de utilizar sus *best efforts* para rentabilizar la comercialización.

Del DCFR también se derivan obligaciones implícitas en relación con determinadas modalidades contractuales en las que el cliente tiene la "expectativa razonable" de un resultado. En concreto, del contenido desarrollado para las diferentes modalidades contractuales, se presume esa "expectativa razonable" para los contratos de construcción, de diseño, de depósito o para contratos de suministro de información. No se establece tal presunción, en principio, para los contratos de mantenimiento, contratos de asesoramiento que incluyan recomendaciones, o contratos de tratamiento médico. Aplicado al ámbito de los Principios OHADAC tal "expectativa razonable" puede entenderse incluida dentro del "sentido común comercial" como fuente de obligaciones implícitas.

Detrás de todo ello se encuentra una nueva concepción sobre el modelo de incumplimiento contractual, que parte no solo de la visión unitaria ya concebida en los PU y PECL, sino que añade el criterio de la "conformidad" como factor determinante del incumplimiento de todo contrato y, en esa medida, todo contrato sería susceptible de convertirse en un contrato de resultado. Ahora bien, razones prácticas evidentes sobre la propia viabilidad de los contratos de servicios impiden vincularlos en todo caso al éxito en su ejecución. Por ese motivo, el "resultado" debe ser "razonablemente esperado" por la otra parte y, además, no debe haber aceptado dichos riesgos a través del consentimiento informado. Desde esta perspectiva, la presencia de "riesgos" y el deber de información y advertencia que pesa sobre el prestador son los dos parámetros que finalmente modulan la intensidad y alcance de las obligaciones asumidas por este.

2. La naturaleza y finalidad del contrato

A falta de pacto entre las partes, la calificación global que realicen los Derechos nacionales sobre contratos de obra o de servicios ha servido, tradicionalmente, como criterio orientativo para ubicar a las obligaciones de resultado y de medios, respectivamente. Desde este punto de vista, ha existido cierto consenso, asumible tanto por los sistemas de Derecho romano-germánico como por los del *common law*, acerca de que ciertos contratos de servicios profesionales (como médicos, abogados…) debían considerarse como obligaciones de medios; más discutido ha sido el tipo de obligación asumida por arquitectos o ingenieros.

En el ámbito del DCFR, la configuración para modalidad contractual realizada por sus disposiciones permite identificar en cada caso el alcance de las obligaciones asumidas

por cada parte y la determinación de si conllevan la obtención de un resultado o no. En la medida en que no se establece ninguna obligación de diligencia para los contratos de venta o de cesión de uso, deben entenderse como obligaciones de resultado, en las que el vendedor o el cedente se obligan a transmitir la propiedad de los bienes o a ceder su uso temporalmente. También deberán entenderse como obligaciones de resultado, los contratos de préstamos (parte F), y las garantías personales (parte G) y la donación (parte H). Por su parte, se configuran claramente como obligaciones de medios, sujetos a la diligencia del deudor, los contratos de mandato (artículo IV.D.-3:103) o los contratos de agencia, franquicia y distribución (artículo IV.E.-1:101).

En el ámbito de los países del entorno caribeño, pueden fácilmente identificarse como obligaciones de resultado las obligaciones derivadas de la compraventa, las obligaciones derivadas del contrato de préstamo, la obligación de entrega en el contrato de depósito o las derivadas del contrato de suministro. Admiten, sin embargo, la configuración de obligación de medios la obligación de conservación de la cosa en los contratos de depósito, las diferentes formas de mandato mercantil (a través de comisionistas, factores, dependientes, mancebos) o agentes mercantiles, cuyas obligaciones están generalmente vinculadas a las instrucciones del mandante o, en todo caso, al cumplimiento de la diligencia debida. Más dudas se plantean, como ya se ha indicado, en relación con el contrato de transporte, que adopta diferentes configuraciones en los Derechos nacionales.

> Ejemplo: Si el transportista A debe responder frente al cargador B de todo daño causado a la mercancía durante el curso del transporte, habrá asumido una obligación de resultado. Sin embargo, si A puede exonerarse de responsabilidad por los daños causados si se acredita que realizó su actividad de forma diligente, entonces habrá asumido una obligación de medios.

La configuración de las obligaciones como de dar, hacer o no hacer, presentes en varios Derechos nacionales, no puede utilizarse como criterio definitivo de clasificación. Tales tipos de obligaciones pueden verse en el art. 629 CC costarricense; arts. 234 y 298 CC cubano; arts. 1.136 y 1.142 CC dominicano y francés; art. 1.319 CC guatemalteco; art. 927 y ss. CC haitiano; arts. 1.351, 1.357 y 1.359 CC hondureño; arts. 2.011, 2.027 y 2.028 CC mexicano; arts. 1.845 y ss. CC nicaragüense; art. 973 CC panameño; art. 1.041 CC portorriqueño; art. 995 CC santaluciano. Habitualmente, una obligación de no hacer será generalmente de resultado. Sin embargo, una obligación de dar, aunque suele ser de resultado, puede configurarse como una obligación de medios. A su vez, las típicas obligaciones de hacer incluidas en los arrendamientos o contratos de servicios pueden conllevar junto a una obligación de diligencia una obligación de resultado. Un ejemplo de contratos de prestación de servicios con

obligación de resultado son los contratos de ingeniería, de reparación de automóviles, de tintorería de prendas de vestir o de construcción. Sin embargo, asumirán únicamente una obligación de diligencia, por regla general, los contratos de consultoría o asesoramiento contable.

Existen otros términos del contrato de los que puede derivarse la configuración de obligación de medios o de resultado. Así ocurre, por ejemplo, con el precio pactado, de cuya cuantía o forma de pago puede derivar una identificación de la obligación de uno u otro tipo. Este es precisamente uno de los criterios expresamente utilizados en el art. 5.1.5 PU y a él alude también el art. 6:103 (3) (a) PECL en la Propuesta de la Asociación Henri Capitant. Por su parte, la inclusión en el contrato de una cláusula *hardship* puede ser entendida como indicio de una obligación de medios al permitirse la adaptación de los compromisos a las circunstancias sobrevenidas.

En el ámbito del *common law*, el fundamento de la responsabilidad en la *strict liability* aconseja la inclusión de una cláusula expresa de *best efforts* en el contrato para limitar las obligaciones asumidas por el deudor. Solo en aquellos casos en los que la garantía del resultado queda claramente fuera del alcance del deudor o no dependa exclusivamente de él, en relación con determinados servicios profesionales, la jurisprudencia ha ido configurando un sistema de presunciones sobre obligaciones de medios.

3. La importancia del riesgo

La jurisprudencia y los textos de armonización contractual recogen una visión compartida sobre la importancia del riesgo (entendido como ausencia de control exclusivo por parte del deudor) para la calificación de las obligaciones como obligación de medios [art. 5.1.5 (c) PU; artículo 6:103 (3) (b) PECL revisados por la Asociación Henri Capitant; art. IV.C.-2:106 DCFR]. Ahora bien, lo determinante para calificar las obligaciones no es tanto la presencia de riesgos que puedan comprometer el resultado sino la determinación de quién los asume (o de quién debe asumirlos). Juegan aquí diferentes factores que combinados conducirán a una u otra calificación: la calidad o pericia del deudor, que puede haber sido un factor determinante para su contratación; la condición del acreedor, como comerciante o consumidor y las necesidades que pretende cubrir con el contrato; y, en relación con ello, el alcance de las obligaciones de información y advertencias sobre los riesgos o posibilidades de fracaso en la obtención del resultado que se pretende.

> Ejemplo: Si A contrata con una clínica B para someterse a una operación de esterilización y nada se advierte en el contrato, A puede legítimamente pensar que el compromiso de B es alcanzar en todo caso ese resultado, de modo que un embarazo

posterior será causa de incumplimiento contractual. Ahora bien, si en el momento de celebrarse el contrato, B proporciona a A una debida información sobre las posibilidades de fracaso de la intervención, que A acepta, ese consentimiento informado de la paciente equivale a una asunción de riesgos y, por tanto, la obligación B pasa a ser claramente de medios.

Adquieren, por tanto, singular relevancia el deber de información y de advertencia sobre los riesgos que pesa sobre el deudor y cuyo incumplimiento puede convertir una obligación de medios en una obligación de resultado; a la inversa, una obligación calificable como de resultado pero en el que se advierten al destinatario del servicio las posibilidades de fracaso se convierte en una mera obligación de medios. Ello está evidentemente relacionado con las expectativas "razonables y previsibles" del acreedor en relación con el cumplimiento del contrato, que se convierte en un dato esencial a los efectos de verificar el alcance de las obligaciones asumidas por el deudor y, por tanto, parámetro de evaluación del cumplimiento contractual.

En relación con el Derecho caribeño, puede jugar aquí un papel esencial la asunción por parte del deudor del caso fortuito en el contrato. Así puede verse, entre otros, en el art. 1.732 CC colombiano. Con ello el deudor asume la responsabilidad frente a circunstancias externas e imprevisibles que pueden determinar el incumplimiento de su obligación. Esto aproximaría su compromiso a una verdadera obligación de resultado.

4. La influencia del acreedor en el cumplimiento de la obligación

Finalmente, la intervención del acreedor en la ejecución de la obligación, en forma de asistencia técnica o dirección o asesoramiento, también puede incidir en la calificación como obligación de medios, en la medida que su propia conducta habrá sido relevante en la obtención o fracaso del resultado pretendido [art. 5.1.5 (d) PU; art. 6:103 (3) (b) PECL en la Propuesta de la Asociación Henri Capitant].

En el ámbito de los Derechos de los países de la OHADAC, esta influencia directa del acreedor en la ejecución del contrato se percibe con claridad con las instrucciones dadas por el mandante o comitente. En la medida en que el mandatario, comisionista o agente se limita a cumplir las instrucciones recibidas, ninguna responsabilidad se le podrá imputar en relación con el éxito o fracaso de las gestiones realizadas. De este modo se recoge, por ejemplo, en el art. 254 CCom cubano.

También serán determinantes a estos efectos las obligaciones que asume el acreedor en el contrato y que condicionan su cumplimiento, como ocurre con la entrega de material en el caso de un contrato de construcción o la transmisión del *know-how* en relación con el objeto del contrato.

Ejemplo: La empresa A se compromete con B a la construcción de una nave industrial. Si A se encarga no solo de la construcción, sino también de aportar todos los materiales, será responsable de cualquier defecto o daño de la edificación. Por el contrario, si A se encarga de la construcción pero con los materiales que B aporta, el compromiso de A se limita a la utilización adecuada de los materiales para la construcción, pero no será responsable del resultado final.

Artículo 4.3.3: *Calidad de la prestación*

Cuando la calidad de la prestación no ha sido expresada ni puede determinarse conforme al contrato, el deudor debe cumplir la prestación con una calidad razonable y no inferior a la media, según las circunstancias.

COMENTARIO:

Lo habitual en la contratación será determinar la calidad de la prestación que constituye el objeto del contrato, especificando las características de las cosas objeto de la entrega o fijando instrucciones o grados de diligencia específica para el cumplimiento de determinadas obligaciones. No obstante, también será frecuente partir de contratos en los que se fije una obligación sin establecer una calidad determinada. Así puede ocurrir en contratos de entrega de cosas indeterminadas y genéricas. Para cubrir estos supuestos, es útil establecer una regla subsidiaria que parta de un estándar de calidad media o "razonable".

El art. 5.1.6 PU recoge una formulación similar a la del artículo 4.3.3 de estos Principios, estableciendo como parámetro una calidad "razonable" y no inferior a la media. Se especifica en los comentarios que en realidad existe un doble criterio: por una parte, el cumplimiento debe ser de una calidad media, lo que debe realizarse atendiendo a las circunstancias del mercado relevante y al tiempo del cumplimiento; por otra parte, se introduce adicionalmente el criterio de la "razonabilidad" para justificar, a la vista del caso concreto, el cumplimiento en función de las circunstancias pactadas en el contrato.

A la calidad media también se refiere el art. 6:104 de los PECL revisados por la Asociación Henri Capitant, que se predica considerando la naturaleza del contrato (*general economy*). El estándar de la calidad media no es abstracto, sino que se formula sobre la base de las circunstancias del contrato y la calidad de las partes intervinientes y del específico interés mostrado en el mismo. Ello determina la

valoración de unos parámetros de calidad a partir de obligaciones implícitas derivadas del contrato.

En un sentido similar, el art. II-9:108 DCFR parte del criterio de la calidad que el destinatario puede razonablemente esperar en esas circunstancias concretas. Tal calidad es fácilmente verificable cuando existen estándares fijados en el sector comercial correspondiente. A falta de ellos, los criterios que se utilizan son la naturaleza de la prestación que se suministra o proporciona y las circunstancias en las que se concluye el contrato (si prima la urgencia o si hace primar la calidad de la prestación, aunque sea con retraso). Nuevamente aquí la utilización del criterio de las "expectativas razonables" que se derivan del contrato, más que la calidad media (que en sí misma podría entenderse como una categoría general y desvinculada del modelo contractual *in casu*), se relaciona con la idea de las obligaciones implícitas.

Por su parte, el art. 35.2 (a) CV establece, como criterio mínimo de conformidad de las mercaderías con el contrato, su aptitud para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo.

El Derecho caribeño recoge, en términos similares, el estándar de la calidad media de la prestación para el cumplimiento del contrato [art. 914 CCom colombiano; art. 245 CC cubano; art. 1.246 CC francés y dominicano y art. 74 del Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones francés de 2013; art. 6:28 CC holandés y surinamés; art. 1.432 CC hondureño; art. 2.016 CC mexicano; arts. 1.922 y 2.020 CC nicaragüense, art. 1.054 CC panameño; art. 1.121 CC portorriqueño; art. 1.082 CC santaluciano; sección 14 (2) a (2c) *Sale of Goods Act 1979* (modificada en 1994) inglesa; para el ámbito de los contratos de servicios, sección 13 *Supply of Goods and Services Act*]. En otros casos se establece que si se expresa el uso en el contrato, el bien tendrá que adecuarse a él (art. 1.801 CC guatemalteco; art. 1.426 CC haitiano; art. 773 CCom hondureño). En la misma línea pueden entenderse, *a sensu contrario*, las reglas establecidas en las citadas *Sales of Goods Acts* de la *Commonwealth* caribeña, en la medida que exigen la adecuación del producto a la finalidad particular que haya podido quedar establecida en el caso concreto. Los modelos del *common law* suelen resolver esta cuestión por la vía de las obligaciones implícitas, en atención a la adecuación del bien a la finalidad particular del contrato según se hayan hecho constar las intenciones o manifestaciones del comprador en este sentido [sección 16 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 16 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 15 *Sale of Goods Act* de Barbados; sección 16 *Sale of Goods Act* de Belice; sección 15 *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 16 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 16 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago].

La formulación del art. 4.3.3 de los Principios OHADAC responde, por una parte, a una coherencia sistemática interna de los propios Principios y, por otra parte, a un denominador común entre los Derechos caribeños.

La calidad puede venir determinada expresamente o inferirse del contenido del contrato ya sea como consecuencia de las obligaciones expresas o implícitas derivadas del mismo, de su objeto y finalidad, de la intención de las partes, del sentido común comercial o de la cualificación profesional de las partes. Tal ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de garantía y de seguridad inherentes al ejercicio de determinadas actividades o a la realización de determinadas prestaciones.

> Ejemplo: Si A celebra con B un contrato por el cual B debe transportar un cargamento de carne, aunque no figurara expresamente establecido en el contrato, se deriva de él que el camión que lo transporte deberá contar con la refrigeración adecuada para que el producto llegue en buenas condiciones a su destino.

También se incluye, como obligación implícita, la adecuación del servicio prestado o del bien entregado al fin o uso previsto en el contrato: cabe entender que, como mínimo, la prestación del contrato debe ser apta de acuerdo con el objeto y la finalidad acorde con la naturaleza del contrato o con el destino expresamente establecido entre las partes para el caso concreto. En esta clave cabe interpretar los usos especiales que expresa o tácitamente se hayan hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, tal y como se recogen en el art. 35.2 (b) CV. Desde esta perspectiva, los criterios utilizados para la integración del contrato (art. 4.2.1) que permiten derivar las obligaciones implícitas del contrato son especialmente útiles para valorar la "razonabilidad" de la calidad de la prestación y las expectativas que son "razonables" considerar en ese contrato.

La regla de la calidad de la prestación establecida en este art. 4.3.3 de estos Principios debe entenderse referida tanto a los contratos que incluyen obligaciones de dar o entregar una cosa, como a los contratos de servicios, definidos por obligaciones de hacer. En el primer caso, suele ser aplicable a los contratos de entrega de cosas de calidad indeterminada o genéricas. En el segundo caso, será aplicable a contratos que generen obligaciones de medios, que no hayan incluido instrucciones específicas para el cumplimiento de la obligación o estándares de diligencia específicos exigibles al deudor.

El establecimiento de la calidad media o la diligencia razonable es sencilla cuando existen reglas de calidad mínima de los productos objeto del contrato o prescripciones técnicas aplicables a determinados sectores profesionales que vinculan al deudor como ocurre, por ejemplo, en los sectores de la construcción o de la ingeniería (así lo

recoge expresamente el art. 2.033 CC guatemalteco). En otros casos, es habitual el recurso a parámetros prefijados o estándares técnicos de evaluación que, si bien no están formalizados en textos normativos, sí pueden conformar la práctica profesional a través de protocolos de actuación como, por ejemplo, las reglas de la *lex artis* en el ámbito médico. La cuestión que puede plantearse en este caso es si el estándar fijado por el Derecho material es o no susceptible de universalizarse. La respuesta dependerá de cada sector profesional. Así, puede ser razonable entender que el estándar fijado sea el local o regional cuando se trate de examinar el grado de diligencia asumido por un agente, un licenciatario o un distribuidor para una determinada zona [*ad ex.* sección 379 (1) del *Restatement Second of Agency*]. Una respuesta diferente debería darse para medir la diligencia médica, cuyo ámbito profesional puede estar condicionado por estándares más o menos compartidos, aunque adaptados a los medios técnicos disponibles en cada Estado o región.

En todo caso, al margen de las prescripciones sectoriales que puedan existir, es fundamental que la calidad media o razonable se mida "según las circunstancias", tal y como indica el art. 4.3.3 de los Principios OHADAC. Esto obliga a adaptar y flexibilizar los criterios de calidad para el concreto contrato en función de diversos parámetros. Así son útiles factores como los establecidos en el art. IV.C-2:105 DCFR, que menciona como estándares de diligencia exigibles al prestador de servicios la naturaleza, frecuencia y previsibilidad de los riesgos en la prestación del servicio; los costes de las medidas precautorias para haber evitado el daño; si el prestador de servicios actúa en su ámbito profesional; si el precio es pagadero y, de serlo, su cantidad; y el plazo para la ejecución del contrato. Por su parte, los códigos civiles de los países de la OHADAC también conocen diferentes criterios de medición de la diligencia del deudor en función de la naturaleza de la obligación (art. 1.425 CC guatemalteco; art. 1.362 CC hondureño; art. 1.863 CC nicaragüense; art. 1.057 CC portorriqueño), del carácter remunerado o no de la prestación del deudor (en relación con el mandato, art. 1.992 CC dominicano y francés; art. 1.756 CC haitiano) y del interés de las partes contratantes en la ejecución de la obligación. Así, si la prestación es solo en interés del acreedor, la culpa exigible será la culpa lata, mientras que, pasando al otro extremo, si la prestación es interés del deudor, la culpa exigible será la levísima (art. 1.604 CC colombiano; art. 1.928 CC dominicano y francés; art. 1.363 CC hondureño). Tales parámetros, establecidos para el ámbito civil, pueden extrapolarse para el ámbito de los contratos mercantiles aunque con alguna adaptación. En este sentido, en el ámbito comercial lo habitual es que los contratos sean remunerados y que los contratos se celebren en interés de ambas partes.

Finalmente, debe subrayarse que el art. 4.3.3 de los Principios OHADAC solo establece la calidad media o razonable con la que, como mínimo, el deudor debe cumplir su prestación si nada se deriva del contrato. Ello permite, lógicamente, que el deudor puede cumplir con una calidad superior, pero esta no será en ningún caso exigible si no se ha estipulado o establecido en dicho contrato.

Artículo 4.3.4: *Determinación del precio*

1. **Cuando el precio del contrato no está determinado ni es determinable en virtud de sus cláusulas, se presume que las partes se remitieron al precio generalmente admitido al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo sector comercial o, en su defecto, a un precio razonable.**
2. **El precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.**
3. **Cuando un tercero deba determinar el precio y no proceda a hacerlo, salvo estipulación contraria el precio se determinará conforme al generalmente admitido al momento de conclusión del contrato en el sector comercial que se trate o, en su defecto, a un precio razonable.**
4. **Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá al factor equivalente más cercano.**

COMENTARIO:

1. Regla supletoria de fijación del precio

La práctica de la contratación, sobre todo el ámbito comercial, muestra que no en todos los casos queda fijado inicialmente el precio de la mercancía o de la prestación que deba ejecutarse. Precisamente, la habitualidad de la ausencia de fijación del precio explica la regulación específica del art. 55 CV, que ha sido incorporado, en esencia, a los PU (art. 5.1.7), al DCFR (art. II-9:104) y a los PECL (art. 6:104).

Es importante considerar, en este caso, la especialidad que supone esta regla en relación con la práctica de la contratación en las relaciones con consumidores, en cuyo ámbito la seguridad jurídica y la protección del cliente cuando actúa como consumidor parecen decantarse por la necesidad de fijación inicial del precio, ya sea cierto o, al menos, determinable conforme a los factores o índices fijados en el contrato. Tales reservas no se dan, sin embargo, en el ámbito de la contratación comercial, en la que pueden darse sectores en los que resulte más habitual la no fijación de un precio inicial.

Es cierto que en algunos sistemas romano-germánicos la ausencia de fijación de precio puede entenderse como una laguna esencial que invalida el contrato por falta de determinación de su objeto, pero este principio rígido no encuentra una aplicación significativa en el ámbito de las relaciones comerciales.

El art. 4.3.4 de los Principios OHADAC introduce un elemento de flexibilización en las relaciones entre comerciantes, estableciendo reglas subsidiarias basadas en la práctica general y en los usos del comercio, en aquellos casos en los que las partes no pactaron precios ni establecieron criterios para su determinación. Tal elemento de flexibilización se concilia con la idea de una posición paritaria de las partes contratantes y un respeto a su voluntad, tanto si han pactado un precio como si, pudiendo hacerlo, lo han dejado abierto. Lo único relevante en estos casos es, al menos, poder determinar que ha existido una voluntad negocial y que el contrato en sí mismo existe y se ha perfeccionado, esto es, que la inexistencia de un acuerdo sobre el precio no sea un dato que revele la ausencia de celebración y perfeccionamiento del contrato. Este dato solo podrá despejarse a la vista de las circunstancias concretas y de las negociaciones y manifestaciones previas de las partes.

> Ejemplo: Las empresas A y B entablan negociaciones con vistas a celebrar un contrato de compraventa, siendo el precio uno de los elementos controvertidos. Si, posteriormente, A demanda a B por falta de entrega de la mercancía en el plazo estipulado, B podría alegar la inexistencia de contrato entre ambos. Sin embargo, si durante las negociaciones entre A y B en ningún momento se discutió el precio y solo se reveló como importante la entrega de la mercancía en un plazo determinado, podrá entenderse que el contrato ya estaba perfeccionado aunque no hubiera concretado el precio. En este caso, la fijación del precio se efectuará conforme a la regla subsidiaria aplicable.

El establecimiento de un criterio subsidiario para determinar el precio puede resultar especialmente útil considerando que los contratos afectados pueden ser tanto de entrega de bienes como de prestaciones de servicios, en los que suele ser más habitual

que no se produzca una fijación inicial del precio, sino que se deja al momento en que la prestación se esté ejecutando o se haya ejecutado ya. En este sentido, es significativo que muchas disposiciones nacionales entiendan que la falta de acuerdo sobre el precio determinará la inexistencia de los contratos de venta, dejando a salvo los supuestos en los que mercancía ya hubiera sido entregada, en cuyo caso se pagará el precio corriente en el momento de la celebración del contrato (art. 749 CCom panameño); y, sin embargo, para el caso de contratos de servicios, como el de mandato o de comisión, esas mismas fuentes normativas establezcan reglas subsidiarias basadas en los usos en el comercio (art. 582 CCom panameño). En cualquier caso, la utilidad de establecer una regla subsidiaria sobre el pago del precio, a falta de acuerdo entre las partes, es evidente para cubrir todos aquellos supuestos en los que la mercancía se entregó o el servicio ya se realizó, con la finalidad de evitar supuestos de enriquecimiento injusto.

Un principio de seguridad jurídica mínima siempre quedaría protegido desde el momento en que el precio de referencia que se va a considerar es el vigente en el momento de celebrarse el contrato, criterio compartido por los textos de armonización contractual (art. 5.1.7 PU; art. 6:104 PECL; art. II-9:104 DCFR).

La introducción subsidiaria de la regla de la "razonabilidad", para aquellos supuestos en los que no pudiera derivarse de la práctica comercial habitual un precio de referencia, es una concesión a los regímenes del *common law* que suelen fijar este parámetro de forma supletoria [sección 10 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 10 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 10 *Sale of Goods Act* de Belize; sección 9 *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 10 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 10 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago]. Es cierto que ello introduce un importante elemento de flexibilización ajeno, en principio, a los Derechos basados en el modelo romano-germánico, pero el criterio no contraviene ningún principio esencial de esos sistemas y es plenamente conciliable con el principio general de conservación de los contratos.

2. Prohibición de fijación unilateral del precio

El apartado segundo del art. 4.3.4 constituye una disposición específica de los Principios OHADAC y que responde a la tradición mayoritaria de los códigos civiles caribeños, que prohíben la determinación unilateral del precio por una de las partes contratantes (art. 1.865 CC colombiano; art. 1.609 CC hondureño; art. 2.254 CC mexicano; art. 2.539 CC nicaragüense; art. 1.219 CC panameño; art. 1.338 CC portorriqueño). El resto de los códigos civiles, aunque no tienen una prohibición expresa en ese sentido, solo se refieren a la determinación del precio por las partes y

por terceros, pero nada dicen sobre la fijación por una de las partes contratantes (arts. 1.056 y 1.057 CC costarricense; art. 1.591 CC dominicano y francés; art. 1.796 CC guatemalteco; art. 1.376 CC haitiano; art. 1.479 CC venezolano). Lo mismo sucede en las regulaciones de las citadas *Sales of Goods Act* de la *Commonwealth* caribeña.

Los textos armonizadores en los ámbitos de UNIDROIT [art. 5.1.7 (2)], DCFR (art. II-9:105) y PECL (art. 6:105) sí prevén la posibilidad de fijación por una de las partes, pensando, sobre todo, en cubrir supuestos de contratos de prestación de servicios en los que, en muchas ocasiones, el precio no se ha fijado inicialmente. Es común a estas disposiciones la sustitución del precio determinado unilateralmente por una parte contratante si el precio fijado resulta manifiestamente desproporcionado, sustituyéndolo por un precio razonable.

En el ámbito de la OHADAC, la incorporación de una disposición de este tipo supondría una alteración sustancial de los Derechos nacionales cuya pertinencia debería acreditarse. No cabe entender que con ello se produce una laguna en la regulación, sino que simplemente se aplicarán los criterios generales de la regla subsidiaria aplicable conforme al apartado 1 de este artículo.

3. Determinación del precio por un tercero

Salvada la prohibición de fijación unilateral del precio por una de las partes contratantes, el apartado tercero del art. 4.3.4 de los Principios admite la posibilidad de fijación del precio por un tercero, lo que puede tener especial interés en determinados ámbitos como, por ejemplo, en el comercio de obras de arte o de joyas. Este sistema está claramente permitido en los Derechos civiles europeos (art. 1.592 CC francés; secc. 9.1 de la *Sale of Goods Act* inglesa de 1979). También en el ámbito de los territorios de la OHADAC, las regulaciones nacionales suelen fijar reglas supletorias para los casos en los que se haya designado un tercero para fijar el precio y este no lo haya realizado, ya sea por imposibilidad o por falta de voluntad. En este punto, puede haber soluciones diversas en las regulaciones de los códigos civiles y en los códigos de comercio. Mientras que en el ámbito civil la regla será que no hay venta (art. 1.057 CC costarricense; art. 1.592 CC dominicano y francés; art. 1.796 CC guatemalteco, que solo exceptúa si la cosa ha sido entrega; art. 2.253 CC mexicano; art. 2.537 CC nicaragüense, art. 1.217 CC panameño, art. 1.338 CC portorriqueño, art. 1.479 CC venezolano), la solución en el ámbito de los códigos de comercio suele mostrarse más flexible, admitiéndose la posibilidad de nuevos nombramientos o incluso la intervención de la autoridad judicial para nombrar un perito. En unos casos, se fija un precio directamente (art. 750 CCom panameño); en otros casos se permite que las partes o el juez nombren un sustituto (art. 134 CCom venezolano). La solución del

common law se decanta, en estos casos de determinación fallida del precio por el tercero, por la nulidad del contrato [sección 11 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 11 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 11 *Sale of Goods Act* de Belize; sección 10 *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 11 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 11 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago].

En los textos de armonización contractual se observan también ligeras variantes en la fijación subsidiaria del precio: mientras que en los PU [5.1.7 (3)] la falta de determinación del precio por el tercero supone, directamente, acogerse al precio "razonable", en el caso del DCFR (art. II-9:106) y de los PECL (6:106), se prevé, si no contraviene el contrato, que el juez pueda nombrar a otro tercero y solo cuando este fije un precio claramente irrazonable se sustituirá por uno razonable. El precepto trata de respetar al máximo la autonomía voluntad de las partes (en su intención de que sea un tercero quien fije el precio) y, a la vez, de garantizar la eficacia contractual estableciendo, como último remedio, el criterio del "precio razonable".

El apartado tercero del art. 4.3.4 de los Principios OHADAC fija una regla intermedia entre los diferentes modelos que ofrecen estos textos de armonización contractual y también a medio camino entre las diferentes opciones que establecen los Derechos nacionales caribeños. Si el tercero no fija el precio, se establece la aplicación de la regla general supletoria del apartado primero de este precepto. Ello supone considerar, directamente, el precio medio en el sector correspondiente y, en su defecto, un precio razonable. Como ya se ha indicado, la determinación del precio razonable, como criterio subsidiario de cierre, puede incorporarse al entorno del Derecho caribeño para la práctica comercial. La regla que se propone pretende ser sencilla, acorde con el principio general de conservación de los contratos (de manera que no se determine, *ab initio*, la nulidad del contrato en caso de fracaso en la determinación del precio), respeta la autonomía de las partes y es plenamente coherente con el apartado primero de este art. 4.3.4. En este sentido, si el tercero designado no fija el precio (por el motivo que sea, por imposibilidad o por falta de voluntad) y, a falta de criterios fijados en el contrato sobre nuevas designaciones o sometimiento a tribunales, se procederá directamente a establecer el precio según las reglas generales.

El art. 4.3.4 de los Principios OHADAC pretende establecer un sistema más ágil que en el previsto en el DCFR y en los PECL, tratando de evitar las dilaciones derivadas de la necesidad de realizar una nueva designación de un tercero antes de pasar al criterio del precio razonable. También se diferencia de los PU, ya que se trata de no pasar directamente al precio "razonable" que, como tal, cumple una función meramente residual en el sistema, cuando no sea posible su fijación conforme a los criterios generales del sector comercial. No hay razón que explique una diferencia de

tratamiento en la aplicación de criterios subsidiarios en función de si han sido las partes o terceros los que no han establecido el precio en el contrato.

Importante es, en todo caso, el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que la fijación por un tercero del precio puede haber sido determinante para la conclusión del contrato. Si así se deriva de lo manifestado por las partes en el propio contrato, o como consecuencia de la interpretación del mismo, la ausencia de fijación del precio puede entenderse como motivo de ineficacia contractual.

4. Determinación del precio por índices de referencia

Finalmente, es habitual en determinados sectores de la contratación someterse, para establecer el precio, a determinados índices o factores de referencia que, llegado el caso, pueden modificarse o dejar de existir. Así puede tener repercusión en contratos de construcción (en relación con precios de materiales) o en el ámbito de contratos de suministro (por ejemplo, precios de referencia de energía) cuyo carácter continuado, unido a las incidencias de la inflación, puede hacer conveniente la inclusión de referencias a factores externos. También es frecuente la utilización de tales índices a efectos de cálculo de intereses en los contratos de préstamo. En estos casos, es conveniente, y también acorde con el principio de conservación contractual, sustituir el factor que haya dejado de existir por el que resulte más próximo. Así aparece recogido en los PU [art. 5.1.7 (4)], en los PECL (art. 6:107) y también en el DCFR (art. II-9:107) que añade un límite en caso de que el precio que resulte sea irrazonable, permitiéndose su sustitución por un precio razonable (II–9:107 DCFR). El apartado cuarto del art. 4.3.4 de los Principios OHADAC no incorpora en este caso la supletoriedad del precio razonable si no se encuentra un índice de referencia cercano. De llegarse a darse un caso semejante, entrarán en juego las reglas generales de fijación del precio establecidas en el apartado primero de este mismo precepto.

Artículo 4.3.5: *Obligación condicional*

Es obligación condicional la que depende de un acontecimiento futuro e incierto.

COMENTARIO:

1. Configuración de la condición

La inserción de condiciones en los contratos constituye una práctica habitual y plantea numerosas cuestiones en relación a la eficacia de las obligaciones comprometidas, a la

situación jurídica durante la pendencia de la condición y a las consecuencias de su cumplimiento sobre la eficacia de la relación obligatoria. Tales cláusulas son conocidas ampliamente en la práctica comercial y han merecido una regulación muy minuciosa y prolija en los regímenes romano-germánicos de la OHADAC. Los sistemas del *common law* también conocen las condiciones en el sentido aquí referido, aunque debe precisarse y diferenciarse este concepto de otras acepciones que el mismo término tiene en dichos sistemas. En concreto, deben distinguirse las *conditions* en el sentido aquí referido de las *conditions* por oposición a las *warranties*, ambas integrantes de los términos del contrato y que definen el contenido de las obligaciones asumidas, generando consecuencias diversas en función del incumplimiento de unas u otras. La atención prestada por los diversos instrumentos de armonización a las condiciones en el régimen de obligaciones ha sido creciente: así lo muestra su novedosa incorporación a los PU, en la versión 2010 (artículo 5.3.1), la detallada regulación dada en la versión de los PECL propuesta por la Asociación Henri Capitant (artículo 8:101 PECL) y la atención prestada en el DCFR (artículo III-1:106).

La regulación contenida en los Principios OHADAC sobre las condiciones se refiere a las que voluntariamente estipulan las partes en el contrato, dejando fuera las procedentes de otro tipo de fuentes. El modelo establecido por los PECL en la Propuesta revisada por la Asociación Henri Capitant [Artículo 8:101(2)] incluye, bajo el mismo tratamiento, las condiciones de origen legal o judicial; de modo semejante la sección 226 del *Restatement (Second) of Contracts* también se refiere expresamente a las condiciones incluidas por el juez. A los efectos de los Principios OHADAC, solo serán consideradas las condiciones "contractuales", es decir, aquellas libremente asumidas por las partes e incorporadas al contrato para determinar el grado de vinculación y el alcance de las obligaciones respectivas.

> Ejemplo 1: Se celebra entre las empresas A (vendedora) y B (compradora) un contrato de compraventa sobre unas mercancías que requieren una licencia de exportación. Si en el contrato no se incluye ninguna cláusula específica al respecto, el vendedor asume una obligación absoluta (de resultado), de modo que si la entrega de las mercancías no se produce, por no haber obtenido la licencia de exportación (condición legal para dicha venta), se considerará que ha incumplido su obligación. Ahora bien, si en el contrato se incluye una cláusula que diga "la entrega de la mercancía se producirá cuando se haya obtenido la licencia de exportación", ello supone una incorporación por referencia de la condición legal. Esta "contractualización" de la condición matiza las obligaciones de A, de modo que si la entrega de las mercancías no se produce por no haber obtenido la licencia, no supondrá automáticamente un incumplimiento contractual.

La definición de condición que se incluye en los Principios responde a un denominador común, aceptado por las legislaciones de los países de la OHADAC, y que se refiere a un evento o circunstancia que debe ser incierta en cuanto a su acaecimiento, no solo en cuanto a la indeterminación temporal sobre su cumplimiento. Esto es lo que establece su diferencia sobre el "término" al que, en su caso, también quedar supeditada una obligación.

Junto a este carácter incierto en la producción del evento considerado como condición, se establece además que este evento o circunstancia sea futura. Es esta una característica asumida en la mayoría de los Derechos civiles de la OHADAC (art. 1.530 CC colombiano; art. 53.1 CC cubano; art. 958 CC haitiano; art. 1.938 CC mexicano; art. 1.878 CC nicaragüense; art. 1.010 CC santaluciano; art. 1.191 CC venezolano). Hay unanimidad en los diferentes textos de armonización contractual en la configuración de la condición como eventos o acontecimientos futuros e inciertos. Solo excepcionalmente alguna regulación, señaladamente la vigente en el Derecho francés (art. 1.181 CC), permiten incluir como condición eventos ya acontecidos pero desconocidos para las partes. En esta línea se incluye la referencia a sucesos pasados que los interesados ignoren en los códigos civiles dominicano y francés (art. 1.181), hondureño (art. 1.375), panameño (art. 998) y portorriqueño (art. 1.066).

Los Principios OHADAC parten de la regla generalmente aceptada y, por ello, se excluye la referencia a los acontecimientos pasados como integrantes de la condición. Además, la opción exclusiva por acontecimientos futuros favorece además la seguridad jurídica y la transparencia en la contratación, sin tener que acudir a referentes cognoscitivos que obliguen a una práctica probatoria adicional para determinar el contenido y la exigibilidad de las prestaciones comprometidas en el contrato.

> Ejemplo 2: Los contratos de venta a prueba o ensayo constituyen un supuesto habitual de contratos sometidos a condición. La empresa A vende una maquinaria a la empresa B, estableciendo en el contrato un periodo de prueba de un mes, con la finalidad de comprobar las cualidades del producto y su adecuación a la finalidad que se pretende (condición resolutoria). Si, pasado el mes, se comprueba que la maquinaria no se ajusta a lo esperado por el comprador, se resolverá el contrato.
>
> Ejemplo 3: La empresa A celebra un contrato de compraventa de mercaderías con la empresa B, pactándose que la entrega se producirá cuando el precio de las mismas haya alcanzado en el mercado un precio de referencia determinado (condición suspensiva). Hasta que no se alcance este precio, el contrato no desplegará efectos.

Es en todo caso irrelevante, a estos efectos, si el hecho que integra la condición es un acto jurídico, un fenómeno natural o una actividad dependiente de una tercera

persona; también es irrelevante que el evento esté integrado por una circunstancia que deba producirse (que el producto alcance un determinado precio en el mercado) o que no deba producirse (que el producto no alcance un determinado precio en el mercado).

Existen múltiples criterios que permiten realizar clasificaciones por tipos de condiciones, como puede comprobarse en los códigos civiles de los territorios OHADAC. Así, pueden encontrarse referencias a condiciones positivas o negativas, según dependan del acontecer, o no acontecer, de un evento también se habla de condiciones causales (cuando dependen de un tercero o de un acaso), potestativas (cuando dependen de la voluntad de una de las partes contratantes) y mixtas (cuando dependen al mismo tiempo de la voluntad de una de las partes y de la voluntad de un tercero o del acaso). No se incorpora en los Principios ninguna clasificación general de condiciones, que tendría un carácter meramente descriptivo y podría originar innecesarios problemas interpretativos. Solo resulta relevante, por sus consecuencias directas en el régimen obligacional, la distinción entre condición suspensiva y resolutoria, que merecen un régimen y un tratamiento específico en estos Principios. Asimismo, es necesaria la regulación de las condiciones potestativas, a las imposibles y a las ilícitas, en cuanto determinan la nulidad de la obligación condicional.

2. Delimitación respecto de otro tipo de cláusulas contractuales

Los caracteres comunes compartidos sobre el concepto de condición permiten una visión consensuada sobre la calificación y delimitación entre las cláusulas del contrato en las que bajo la apariencia formal de condiciones se encubren, en realidad, verdaderas obligaciones contractuales.

No supondrá una condición la dependencia de una obligación respecto de acontecimientos futuros, predecibles o no en el tiempo, que sean al menos ciertos en su acaecer. Tales circunstancias integrarán obligaciones sujetas a término (término incierto), que merecen un tratamiento propio.

> Ejemplo 1: A celebra un contrato de arrendamiento de un local de negocio con B, estableciéndose en el contrato que el mismo finalizará cuando B fallezca. El fallecimiento de B es un acontecimiento cierto aunque incierto en su determinación temporal.

Tampoco deberán considerarse como condiciones las obligaciones contractuales asumidas por las partes en el ámbito propio de los contratos sinalagmáticos, que están vinculadas entre sí y recíprocamente supeditadas (por ejemplo, la obligación de entrega la mercancía como previa a la obligación del pago del precio). Muchos códigos civiles de la OHADAC sobreentienden en estos casos que existe una condición

resolutoria “para el caso que una de las partes no cumpla su obligación” e incluyen sistemáticamente tal regulación en la sección correspondiente a las condiciones (art. 1.546 CC colombiano; art. 1.184 CC dominicano y francés; art. 1.386 CC hondureño). No obstante, al margen de cuestiones terminológicas, lo cierto que el funcionamiento y las consecuencias que se derivan de estas previsiones normativas no es el propio de las condiciones resolutorias sino el régimen de incumplimiento contractual, otorgando a la parte perjudicada una opción de solicitar la ejecución forzosa de la obligación incumplida o la resolución del contrato con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (secciones 1 y 3 del capítulo 7 de estos Principios). Por ese motivo, los Principios OHADAC no incluyen una disposición semejante, ya que cabe entender que las cláusulas que incorporan obligaciones sinalagmáticas constituyen una verdadera obligación contractual, pero no un evento incierto.

> Ejemplo 2: Así, la empresa A celebra un contrato de mercancías con la empresa B, fijando como término esencial una fecha de entrega de la mercancía (1 de marzo) y el pago del precio posterior a esa fecha. Si A no entrega la mercancía en la fecha convenida, B podrá resolver el contrato por incumplimiento esencial conforme al art. 7.3.1. (1) de los Principios OHADAC y quedará liberado del pago del precio. En este supuesto, la entrega de la mercancía forma parte de las obligaciones de A y no debe considerarse como una condición.

La definición de las circunstancias que integran las condiciones también permite deslindar correctamente lo que son condiciones de otras obligaciones que pueden quedar incluidas en referencias genéricas previstas en cláusulas contractuales-tipo (*closing dates*). Estas cláusulas establecen la necesidad de que las partes hayan cumplimentado una serie de “condiciones” a una fecha fijada en el contrato y entre ellas pueden encontrarse verdaderas condiciones, en el sentido aquí expuesto, junto con otras circunstancias que constituyen verdaderas obligaciones asumidas por las partes.

> Ejemplo 3: En un contrato, se establece que la obligación del comprador de adquirir las mercancías a 1 junio quedará sujeta al cumplimiento en dicha fecha de las siguientes “condiciones”: 1ª) que en dicha fecha la mercancía haya alcanzado un determinado precio (cláusula que incorpora una verdadera condición, por su carácter incierto); 2ª) que el vendedor haya liquidado previamente el pago de los impuestos correspondientes (cláusula que constituye una obligación contractual, no un evento incierto).

Artículo 4.3.6. *Obligaciones condicionales nulas*

Las obligaciones condicionales son nulas cuando:

a) el cumplimiento de la condición depende de la voluntad exclusiva del deudor; o

b) la obligación depende de acontecimientos imposibles o contrarios a la ley o a las buenas costumbres.

COMENTARIO:

1. Condiciones potestativas para el deudor

Una posición diferente se advierte en las legislaciones de los territorios OHADAC en relación con las denominadas condiciones potestativas en aquellos casos en los que su cumplimiento dependa exclusivamente de la voluntad del deudor. Al margen del silencio del Código civil cubano, la posición común del resto de los códigos civiles en esta materia es entender nula la obligación dependiente de tal condición, en la medida en que trasluce en la práctica la inexistencia de un compromiso real por parte del deudor y, por tanto, la inexistencia de una verdadera voluntad negocial. Así se recoge expresamente en la propuesta de revisión de los PECL por la Asociación Henri Capitant (artículo 8:103) y en los Comentarios a los PU y al DCFR.

En la regulación dada subyace cierta idea de protección del equilibrio contractual de las partes, ya que no se sanciona con la nulidad toda obligación que incluya una condición potestativa (esto es, dependiente de la voluntad de los contratantes), sino solo aquella que quede en manos del deudor. Además, la nulidad de tal condición y de la obligación a la que se vincula se producirá cuando exista su cumplimiento dependa en "exclusiva" de la voluntad y de la discrecionalidad del deudor, sin atender a otro tipo de factores. Esto distingue a las condiciones potestativas de otros supuestos en los que, existiendo una importante dependencia del cumplimiento de la condición del comportamiento del deudor, este comportamiento pueda estar mediatizado por circunstancias ajenas a su voluntad.

> Ejemplo: La empresa A (compradora) celebra un contrato de compraventa de mercancías con la empresa B (distribuidora), supeditado a que B quiera adquirirlas de la empresa C (fabricante), siendo esta adquisición absolutamente discrecional para el distribuidor. En este caso, existiría una condición potestativa para el deudor (la empresa B) que haría nulo el contrato de compraventa entre A y B. Cuestión diferente es que la condición de compra de las mercancías al fabricante dependiera de que, por

ejemplo, el precio de las mercancías no alcanzara un determinado importe; en este caso, siendo este factor externo a la voluntad de B, la obligación sería válida.

2. Condiciones imposibles o ilícitas

El establecimiento de una regla específica sobre las condiciones imposibles o ilícitas tiene relevancia en la medida en que contempla una consecuencia específica sobre la obligación de la que depende, en concreto, su nulidad. La mayoría de los Derechos civiles europeos y también del ámbito de la OHADAC contienen disposiciones semejantes. Las diferencias en las regulaciones radican, en estos casos, en el alcance de dicha nulidad. La mayoría de los sistemas parten de que la nulidad de las condiciones ilícitas o imposibles anula la obligación de la que dependen, y la nulidad solo se comunicará al resto del contrato si aquella condición fue un dato determinante para la propia celebración del mismo. Sin embargo, en otros Derechos, como el vigente CC francés, se determina directamente la ineficacia de todo el contrato cuando existen condiciones de este tipo. No obstante, la línea que sigue el Proyecto de 2013 de reforma del Derecho de obligaciones francés (art. 154) es la relativa a la nulidad de la obligación condicional, más adecuada a la tendencia general de la conservación de los contratos.

Los códigos civiles de los territorios OHADAC, con excepción del Código civil cubano, regulan de manera bastante minuciosa las condiciones imposibles y las ilícitas, llegando incluso a establecer reglas específicas en función de si afectan a condiciones suspensivas o resolutorias (arts. 679 y 680 CC costarricense; arts. 1.200 y 1.201 CC venezolano); o en función de si son condiciones positivas o negativas (arts. 1.532 y 1.533 CC colombiano; arts. 1.172 y 1.173 CC dominicano y francés; art. 1.378 CC hondureño; art. 1.943 CC mexicano; art. 1.201 CC venezolano; art. 678 CC costarricense; art. 1.001 CC panameño). La mayor diferencia entre estas disposiciones se observa en relación con la consecuencia que tiene la inserción de una condición de este tipo sobre la obligación. En ocasiones, la consecuencia es tener por no puesta a la condición, lo que supondría considerar la obligación a la que está vinculada como obligación simple: como solución para todo tipo de condiciones puede verse en el art. 1.271 CC guatemalteco y en el art. 1.880 CC nicaragüense; en relación con las condiciones imposibles negativas, se tiene por no puesta la condición en los siguientes códigos: art. 1.533 CC colombiano; art. 1.172 CC dominicano y francés; art. 963 CC haitiano; art. 1.378 CC hondureño; art. 1.943 CC mexicano; art. 1.001 CC panameño; art. 1.069 CC portorriqueño; art. 1.201 CC venezolano. Para el resto de los casos, es decir, cuando se trata de condiciones imposibles positivas o de condiciones ilícitas, la solución de estos CC es la nulidad de la obligación condicional. La nulidad, como

sanción general aplicable cualquier tipo de condición imposible o ilícita, es la solución recogida en el art. 1.011 CC santaluciano.

De los textos de armonización contractual de carácter anacional, solo los PECL revisados por la Asociación Henri Capitant contemplan expresamente estas condiciones, manteniendo los PU y el DCFR un silencio en este punto. En la propuesta de la Asociación Henri Capitant, los Principios Europeos, en su artículo 8:102, establecen la ineficacia de la condición vinculada a un evento imposible o ilegal, que supondrá la ineficacia del contrato de la que depende, a menos que legalmente se establezca otra cosa, si la condición fue determinante para obtener el consentimiento de una de las partes.

Los Principios OHADAC establecen una regla unitaria que comprende los diferentes supuestos de condiciones imposibles e ilícitas tanto si afectan a condiciones suspensivas como a resolutorias, y tanto si consisten en condiciones de hacer o de no hacer algo. Se trata con carácter general de evitar que pueda derivarse algún tipo de eficacia del cumplimiento de un evento cuya realización no podrá darse (si es imposible) o no debería darse (si es ilegal). Será en cada caso la propia dinámica de la condición la que determine su incidencia sobre la obligación.

> Ejemplo 1: La empresa A celebra un contrato con la empresa B para el mantenimiento de equipos informáticos incluyendo como condición que B incorporará a los equipos de A todas las actualizaciones de aplicaciones y programas de ordenador que puedan aparecer en un futuro, sin tener que abonar el precio de las licencias correspondientes a sus titulares. Tal condición es ilícita en la medida en que vulnera los derechos de propiedad intelectual legalmente protegidos.
>
> Ejemplo 2: En un contrato de transporte marítimo celebrado entre A y B, se incluye como condición que B solo realizará el transporte cuando no exista ninguna posibilidad de temporal durante el trayecto. Tal condición es de imposible cumplimiento, en la medida en que las previsiones meteorológicas no alcanzarán nunca a determinar con certeza tal extremo.

El artículo incluye una previsión sobre las condiciones imposibles. A diferencia de las condiciones ilícitas, esta referencia expresa podría entenderse discutible y superflua en la medida en que una condición imposible no será, en la mayoría de los casos, incierta; esto es, generalmente las condiciones imposibles son ciertas en su incumplimiento y, por tanto, carecen de los atributos propios de las condiciones. Estos caracteres pueden justificar perfectamente que la inclusión de “condiciones” de este tipo es simplemente irrelevante y, por tanto, ninguna incidencia va a tener sobre el devenir del contrato ni sobre el comportamiento de las partes. Sin embargo, sí son importantes, y por ello

merecen una especial atención, las consecuencias que de una condición imposible se van a derivar sobre la obligación a la que se vincula: si la consecuencia es que se tiene la condición por no puesta, la obligación se reputará simple y, por tanto, surtirá plenos efectos; si la consecuencia es que la obligación se entiende nula, esta no llegará a desplegar su eficacia. Evidentemente, cada criterio cambia radicalmente la perspectiva respecto del deudor obligado, en particular, cuando se incluyen como condiciones suspensivas: si se produce un efecto anulatorio, el deudor queda liberado de su obligación; si se tiene por no puesta, el deudor deberá cumplir obligación asumida al margen de la condición.

Los Principios OHADAC se decantan por la nulidad de la obligación de la que depende la condición imposible porque con ello se garantiza de manera más adecuada la protección de la voluntad de las partes y, en particular, la voluntad del acreedor en el caso de condiciones suspensivas.

> Ejemplo 3: En el caso del ejemplo 2, está claro que si A ha celebrado contrato de transporte con B es para que surta efectos y, siendo coherentes, no lo habría suscrito si conociera de antemano que condición de la que depende que se le preste el servicio es de imposible cumplimiento.

En un caso en el que las partes contratantes estén debidamente informadas y hayan emitido su consentimiento negocial sin vicios (de error, intimidación…), está claro que la inclusión de una condición imposible sería superflua y simplemente no producirá ningún efecto ni podría entenderse como determinante para obtener el consentimiento de una de las partes; por tanto, no habría obstáculo en considerar que la condición no ha sido puesta. Pero la cuestión se plantearía de modo diverso si las partes, o una de ellas, desconoce la imposibilidad de la condición: en estos casos, considerar la obligación como simple distorsionaría la voluntad deseada y manifestada por las partes. Por ello, entender nula la obligación vinculada a una condición imposible resultaría más coherente y plantearía menos dificultades en torno a la acreditación del alcance del consentimiento contractual emitido.

La nulidad de la obligación dependiente de una condición ilícita, también recogida en este artículo de los Principios OHADAC, es consecuencia de la necesaria adecuación del contrato a las exigencias legales marcadas por su Derecho rector o por una ley estatal imperativa que resultara aplicable en el sentido del art. 3.3.1 de estos Principios. La ilicitud del evento estipulado como incierto no debería incidir sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes. Por tanto, en este caso lo razonable es que la ilegalidad de la condición conlleve la nulidad de la obligación de la que depende. El Principio OHADAC incluye como causa de ilicitud no solo la vulneración de las normas

legales sino también de las buenas costumbres, siguiendo una constante presente en los códigos civiles OHADAC. Esta inclusión que, lógicamente, es más amplia que la mera referencia a las leyes, cobra especial relevancia para el ámbito de las relaciones comerciales, en cuyo seno están destinados a desplegar su plena eficacia los Principios OHADAC y permite, de hecho, tomar como parámetro la contravención de los usos y prácticas comerciales.

En relación con el alcance de esta nulidad, los Principios OHADAC establecen la nulidad de la obligación condicional, pero no la de todo el contrato en el que se inserta. Sigue con ello la tendencia marcada en los códigos civiles caribeños. Esto es consecuencia directa del principio de conservación contractual que supondrá que la comunicación de la nulidad al conjunto del contrato solo se producirá si la obligación es esencial, en cuyo caso se someterá a las reglas generales en materia de nulidad.

Además, la nulidad se establece con carácter automático, sin prever ninguna modulación en función de si tal condición fue determinante o no para la emisión del consentimiento negocial, lo que elimina importantes inconvenientes de índole probatoria en relación con el alcance del consentimiento. No es esta, sin embargo, una solución unánimemente compartida; de hecho en el propio ámbito de la OHADAC, el art. 1.200 CC venezolano establece que la condición resolutoria ilícita "hace nula la obligación de la cual ha sido causa determinante". La misma idea se encuentra en el art. 8:102 de los PECL revisados por la Asociación Henri Capitant, claramente inspirado en el principio de conservación de los contratos.

La formulación del artículo que se comenta intenta evitar la casuística diferenciada en función del carácter suspensivo o resolutorio de las condiciones. Con carácter general, la relación de dependencia se predicará respecto de las condiciones suspensivas, ya que las obligaciones sometidas a condición resolutoria no dependen de esta para su existencia, sino precisamente para dejar de producir efectos. La propia "dependencia" de la obligación de la condición estipulada podría servir, adicionalmente, para otorgar un efecto "anulatorio" de la obligación en la medida en que realmente dicha dependencia evidenciaría que aquella haya sido determinante para la obligación contraída, y no un elemento simplemente accesorio.

Artículo 4.3.7: *Efectos de las condiciones*

1. Una condición es suspensiva cuando la obligación solo deviene eficaz si el acontecimiento previsto tiene lugar.

2. **Una condición es resolutoria cuando la producción del acontecimiento implica el fin de los efectos de la obligación.**

3. **Pendiente la condición suspensiva se observarán las siguientes reglas:**

   a) **Si la cosa objeto del contrato se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. Si la cosa se pierde por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.**

   b) **Si la cosa objeto del contrato se deteriora sin culpa del deudor, este cumplirá la obligación entregando al acreedor la cosa en el estado en que se encuentre. Si la cosa del contrato se deteriora por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución del contrato o su cumplimiento, con la indemnización por daños y perjuicios en ambos casos.**

   c) **El acreedor puede ejecutar todos los actos que tiendan a conservar su derecho.**

4. **Cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al tiempo en que el fue concluida, a menos que los efectos de la obligación, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto o del contrato, deban ser referidos a una fecha diferente.**

COMENTARIO:

1. Los modelos de retroactividad o irretroactividad de las condiciones

La distinción entre condiciones suspensivas y resolutorias está sólidamente asentada en el Derecho comparado en cuanto a tipología y en cuanto a su definición, en función de que el acaecimiento del evento determine el inicio de la eficacia obligatoria del contrato (condición suspensiva) o la finalización de sus efectos (condición resolutoria). En el ámbito europeo tales condiciones se conocen en los diferentes Derechos civiles: español (artículo 1.113), holandés (art. 6:22) y francés (arts. 1.181 y ss.). Tales conceptos son esencialmente equivalentes a las *conditions precedents* y *conditions subsequent* del *common law*. Asimismo, los PU, el DCFR y los PECL en la propuesta de la Asociación Henri Capitant reconocen esta clasificación.

En el Derecho de los territorios OHADAC, la mayoría de los códigos civiles recogen también esta distinción: así ocurre en el Derecho colombiano (art. 1.536), cubano (art. 53), dominicano y francés (art. 1.168), mexicano (arts. 1.939 y 1.940), nicaragüense (art. 1.878), panameño (art. 998), santaluciano (arts. 1.018 y 1.019) y venezolano (art. 1.198). No se menciona en el Código civil guatemalteco; expresamente tampoco se citan en el hondureño (aunque sí se deduce del art. 1.376 CC) y, en idéntica redacción, en el portorriqueño (art. 1.066 CC); también implícitamente se deriva esta distinción en los códigos civiles panameño y costarricense.

Las discrepancias entre regulaciones se encuentran en el carácter retroactivo o irretroactivo de las condiciones. Este pronunciamiento es esencial por su incidencia directa en la dinámica obligacional.

Un modelo retroactivo supone que cuando se produzca el evento previsto como condición suspensiva se entenderá que el contrato ha producido sus efectos desde el momento de la contratación; si, por el contrario, se cumple la condición resolutoria, la ineficacia contractual *ab initio* supondrá una restitución de las prestaciones realizadas.

En un modelo de irretroactividad, la eficacia de la obligación que depende de la condición quedará en suspenso hasta que esta se cumpla (en el caso de la condición suspensiva) o la eficacia obligatoria se mantendrá intacta hasta dicho cumplimiento (en el caso de la condición resolutoria), de modo que no se verán afectadas las prestaciones efectivamente realizadas hasta el momento.

La opción por uno de estos dos modelos es uno de los puntos esenciales de divergencia en los diferentes Derechos estatales europeos. Los Derechos civiles francés (art. 1.179 CC) y holandés (art. 6:24 CC) son exponentes de la retroactividad de las condiciones. El anteproyecto de reforma del Código civil francés de 2013 prevé un sistema dual: la irretroactividad de las condiciones suspensivas y la retroactividad de las resolutorias (arts. 160-161).

Por su parte, los diferentes instrumentos de armonización contractual parten de la irretroactividad como regla general. Así puede comprobarse en los arts. 8:301 y 8:302 de los PECL revisados por la Asociación Henri Capitant, que establece que la obligación solo surtirá efectos desde la fecha de realización del evento condicional suspensivo y que la obligación se mantiene hasta que se produzca el hecho condicional del que depende su terminación, a menos que las partes hayan pactado otra cosa. En términos semejantes se pronuncian el artículo 5.3.2 PU y los apartados (2) y (3) del artículo III-1:106 DCFR.

Desde la perspectiva de los países de la OHADAC, el sistema mayoritario es el régimen de la retroactividad tanto de la condición suspensiva como de la resolutoria: en este

caso se encuentran, entre otros, los códigos civiles hondureño (arts. 1.382 y 1.385), mexicano (art. 1.941), nicaragüense (arts. 1.883 y 1.890), panameño (art. 1.005), portorriqueño (art. 1.073), santaluciano (art. 1.016) y venezolano (arts. 1.204 y 1.209). En relación con las condiciones resolutorias, se establece la retroactividad en el art. 1.544 CC colombiano; art. 690 CC costarricense; y art. 1.183 CC dominicano y francés. El art. 53.2º y 4º CC cubano se separa de este régimen e incluye una solución basada claramente en la irretroactividad de las condiciones. En sentido similar, aunque sin mención expresa, cabe interpretar el art. 1.270 CC guatemalteco, cuando indica que "el negocio condicional surte efectos desde el cumplimiento de la condición, salvo estipulación en contrario", aunque permitiendo que el acreedor, antes del cumplimiento de la condición, pueda ejercitar acciones conducentes a la conservación de su derecho (art. 1.276). Por su parte, en la práctica del *common law* se reconoce un amplio margen al principio dispositivo de las partes, de modo que estas pueden configurar y adaptar al caso los efectos derivados del cumplimiento de las condiciones.

No obstante, las respectivas excepciones existentes en los modelos que optan por la retroactividad y los que optan por la irretroactividad suavizan las teóricas diferencias entre ellos. Así puede constatarse en el artículo 8:205 de los PECL revisados por la Asociación Henri Capitant, atribuyendo al acreedor condicional facultades de conservación de su derecho particularmente en relación con los actos fraudulentos. Esta misma flexibilización de la irretroactividad se observa asimismo en el artículo 8:206 PECL revisados por la Asociación Henri Capitant, en la medida en que permite al acreedor condicional transferir su derecho pendiente el cumplimiento de la condición. En sentido similar, el art. 53.2 del Código civil cubano establece la obligación y la responsabilidad por actos que puedan frustrar o perjudicar el derecho del acreedor condicional.

Siendo las condiciones contractuales un elemento dispositivo para las partes, los Principios OHADAC se limitan a regular, siguiendo una regla de mínima injerencia y de supletoriedad respecto a la voluntad de los contratantes, aquellos aspectos que resulten estrictamente necesarios, quedando el resto sometido al régimen general del contrato. En este contexto, resulta pertinente introducir y definir lo que son condiciones suspensivas y resolutorias, los efectos que producen sobre las obligaciones, las reglas imprescindibles en situación de pendencia de cumplimiento de la condición y la transmisión de los riesgos. En concreto, la decisión sobre la retroactividad/irretroactividad en el cumplimiento de la condición tiene efectos en relación con el momento en el que se entiende adquirido el derecho por el acreedor condicional (en el caso de condición suspensiva) y el alcance de las obligaciones de restitución (en el caso de condición resolutoria). No resulta, sin embargo, necesario

pronunciarse en esta sede sobre aspectos como la transmisibilidad del derecho del acreedor condicional, aunque sea una cuestión que sí aparece en muchos códigos civiles del ámbito de la OHADAC (art. 1.549 CC colombiano; art. 684 CC costarricense; art. 1.890 CC nicaragüense; art. 1.016 CC santaluciano), dado que aquí serán aplicables las reglas generales sobre transmisión de créditos una vez que se ha determinado su titularidad.

2. La retroactividad de las condiciones suspensivas

Los Principios OHADAC parten de la retroactividad de las condiciones suspensivas, siguiendo la solución mayoritariamente adoptada en los Derechos civiles de este ámbito. Desde la perspectiva de las condiciones suspensivas, su incidencia se manifiesta en la adquisición del derecho y en el régimen de atribución de derechos y responsabilidades durante la pendencia de la condición: quién asume los riesgos por pérdida o deterioro del objeto vinculado a la condición; quién se beneficia de los intereses y frutos; y quién tiene la obligación de conservación de la cosa. Estos son los aspectos que merecen una regulación más detallada en los Principios OHADAC.

> Ejemplo: En el modelo de retroactividad, ante una condición suspensiva del tipo "el marchante de arte M adquiere el cuadro del que es titular P si este obtiene la autorización para su exportación", verificada la condición (la obtención de la autorización para la exportación), se entiende que el marchante habrá adquirido la propiedad del cuadro desde el momento de la conclusión del contrato, lo que supondrá, en consecuencia: 1) la ineficacia de los actos de transmisión posteriores realizados por P, excepto para proteger terceros de buena fe; 2) también correrá a favor de M la posible apreciación del valor del cuadro; 3) si M fallece antes de que P haya obtenido la autorización, obtenida esta la propiedad del cuadro corresponderá a los herederos de M; 4) se validan todos los actos de transmisión realizados por el acreedor condicional (M) a terceros durante la pendencia de la condición (por ejemplo, una reventa del cuadro a un tercero).

En un sistema de retroactividad, la atribución de la titularidad del derecho a favor del acreedor se produciría, una vez cumplida la condición, desde el momento de la conclusión del contrato. Los problemas pueden plantearse en relación con la eficacia de las enajenaciones y actos dispositivos que el deudor pudiera haber efectuado estando pendiente la condición. A tales efectos, algunos códigos civiles del ámbito de la OHADAC (entre ellos, el colombiano o el nicaragüense) introducen normas específicas sobre la incidencia de la condición en tales actos dispositivos, distinguiendo entre la enajenación de cosas muebles e inmuebles, en las que subyace la idea de la protección de los terceros adquirentes de buena fe. No obstante, los Principios

OHADAC no introducen ningún precepto en esta materia, de modo que las consecuencias de las condiciones en los actos dispositivos quedarían sometidas a la solución general en materia de cooperación y de lealtad entre las partes en relación con las obligaciones condicionales. Existen dos razones que avalan el silencio normativo en este punto. Por una parte, porque la solución dada por los códigos civiles de la OHADAC, muchos de los cuales no regulan esta cuestión, no es común. Por otra parte, porque la incidencia del cumplimiento de la condición sobre la eficacia de los negocios jurídicos traslativos de dominio trasciende a una cuestión meramente contractual, con consecuencias sobre el régimen jurídico-real y la afectación de terceros adquirentes, aspectos estos que claramente desbordan el ámbito de aplicación pretendido de estos Principios.

Mayor vinculación con el régimen propio de las condiciones presenta la atribución de los riesgos de deterioro o pérdida de la cosa objeto de la obligación. En el ámbito del Derecho europeo, en caso de pérdida, la regla suele ser la extinción de la obligación, si no media culpa del deudor (art. 1.122 del CC español; art. 1.182 CC francés y dominicano), por lo que parece claro que los riesgos de pérdida los asume el acreedor. En caso de deterioro sin culpa del deudor, existen discrepancias entre el modelo español (la regla es que, si no media culpa del deudor, los asume el acreedor) y el francés (el acreedor tiene la posibilidad de resolver el contrato o de recibir la cosa sin rebaja del precio), lo que en la práctica equivale en este punto a una excepción a la retroactividad. Estas reglas son esencialmente coincidentes con el artículo 8:305 de los PECL revisados por la Asociación Henri Capitant, a pesar de que este instrumento parte de la regla de la irretroactividad. Ciertamente, si el primer caso supone un modelo de retroactividad pura, dado que los riesgos de deterioro los asume el acreedor al tener que hacerse cargo de la cosa en el estado en que se encuentre, el segundo caso supone un modelo de retroactividad atemperada, por cuanto al reconocer al acreedor la opción de resolver el contrato está atribuyendo los riesgos del deterioro de la cosa al deudor, quien ni se liberará con la entrega de la cosa ni recibirá la contraprestación, en su caso, establecida en el contrato. Esta segunda es la opción seguida en el Derecho francés (art. 1.182 CC).

Ambos modelos de regulación también aparecen en el ámbito de los países OHADAC, siendo mayoritaria la posición de los códigos civiles que optan por una retroactividad pura, atribuyendo los riesgos del deterioro al acreedor, quien queda obligado a recibir la cosa como esté sin rebaja del precio (art. 1.543 CC colombiano; art. 1.384 CC hondureño; art. 1.948.III CC mexicano; art. 1.882.3 CC nicaragüense; art. 1.075.3º CC portorriqueño). Frente a ello se encuentran los códigos civiles dominicano y

costarricense (arts. 1.182 y 686, respectivamente), que también dan al acreedor la opción de resolver el contrato.

La regla general establecida en los Principios OHADAC parte de la atribución de los riesgos al acreedor, acorde con el sentir general de retroactividad de la condición suspensiva. Esta es la opción mayoritariamente aceptada en las legislaciones nacionales y se aplica en todo caso de manera supletoria a lo pactado por las partes, que podrían acordar otra solución reconociéndole, por ejemplo, al acreedor la opción de resolver el contrato. El modelo de retroactividad tiene la ventaja de que no requiere ulteriores cautelas legales sobre la obligación de diligencia que el deudor condicional debe adoptar sobre los bienes afectados por la condición, en la medida en que el propio instrumento de transmisión de riesgos determina la imputabilidad y responsabilidad del deudor en su deber de conservación de la cosa. Precisamente por este motivo, los sistemas que siguen la irretroactividad deben introducir medidas específicas para garantizar el derecho de crédito condicional. Pendiente la condición, las partes asumen una obligación de diligencia en su conducta destinada a no frustrar las obligaciones contractuales. Desde esa perspectiva, el carácter retroactivo de la condición suspensiva permite y otorga al acreedor una mejor protección de su derecho, pudiendo exigir las responsabilidades correspondientes al deudor en caso de pérdida o deterioro de su derecho por culpa del propio deudor.

3. La retroactividad de las condiciones resolutorias

La eficacia retroactiva de las condiciones resolutorias implica básicamente la restitución de las prestaciones realizadas desde el momento de la conclusión del contrato, frente a un modelo de irretroactividad pura que solo afectaría a las prestaciones que fueran a realizarse después de cumplida la condición, pero dejando inalteradas las anteriores.

El sistema de irretroactividad del que parten, como regla general, los textos de armonización contractual, se matiza precisamente en el régimen de las condiciones resolutorias porque establecen normas sobre la restitución de las prestaciones ya realizadas. En este contexto, el Principio 5.3.2 de UNIDROIT establece un doble sistema, en función de si las partes han pactado o no la retroactividad de la condición: si se pacta la retroactividad, entonces se aplican las reglas de restitución aplicables en caso de nulidad contractual; en defecto de pacto, la "irretroactividad" de la condición simplemente significa que se aplicarán las reglas generales sobre la restitución en caso de resolución contractual. También el art. III.-1:106 (5) del DCFR establece una obligación de restitución de los beneficios obtenidos aplicando, por la vía de la

remisión al art. III-3:510, las reglas sobre terminación contractual por causas diferentes al incumplimiento contractual.

En el ámbito de la OHADAC, la regla general es la retroactividad de las condiciones resolutorias, de la que se deriva la obligación de restitución de lo que se hubiere recibido bajo tal condición, ya sea porque esta es la solución general aplicable a las condiciones o porque específicamente así se prevé para las resolutorias (art. 690 CC costarricense; art. 1.544 CC colombiano; art. 1.183 CC dominicano y francés). Asimismo una eficacia retroactiva de las *conditions subsequent* se reconoce en el ámbito del *common law.* Por el contrario, un sistema de irretroactividad pura es por el que opta el Derecho cubano, al establecer que "los efectos producidos hasta entonces no pierden su eficacia" (art. 53.2 CC).

Los Principios OHADAC asumen el modelo de la retroactividad, siguiendo la tendencia mayoritaria de su Derecho comparado, imponiendo la obligación de restitución de prestaciones efectuadas, aunque con matizaciones. La formulación de la regla se inspira en la redacción del art. 1.941 CC mexicano. A pesar de que la opción propuesta supone decantarse por el primer sistema, no debe interpretarse como una injerencia no tolerable en el conjunto de los países de la OHADAC, incluido el Código civil cubano. Del Principio OHADAC no debe extraerse un sistema de retroactividad pura y rígida de la eficacia resolutoria de la condición, sino que tal extremo está supeditado a la voluntad de las partes y a la propia naturaleza de la obligación.

Las partes pueden pactar cláusulas específicas sobre la restitución de prestaciones. Además, el alcance y las consecuencias de la resolución contractual, aunque sea por la vía del cumplimiento de una condición, deben someterse a las reglas sobre restitución aplicables en función de la naturaleza de la obligación que se trate. En este contexto, pueden plantearse problemas en relación con la restitución de determinadas prestaciones cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer. En estos casos, existen regulaciones que establecen que serán los tribunales los que determinen, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida (art. 1.385 CC hondureño; art. 1.008 CC panameño; art. 1.076 CC portorriqueño). Asimismo, es relevante identificar si la obligación afectada es de ejecución instantánea o es una relación de cumplimiento continuado en el tiempo, en cuyo caso resultará más difícil que pueda afectar a las prestaciones ya efectuadas. También tendrá su incidencia en el régimen de restitución que la obligación sometida a condición sea divisible o indivisible: en el primer caso, atendiendo al criterio de la conservación del contrato, podría matizarse la retroactividad estricta de la resolución que afectara a cumplimientos parciales ya realizados; en el segundo caso, lo razonable es que la resolución afecte al conjunto de la obligación.

Ejemplo 1: Entre las empresas A y B existe un contrato de suministro de energía en el que se paga por mensualidades y que está sometido a la condición resolutoria de que la energía no alcance un precio máximo determinado; cumplida la condición (esto es, alcanzado el precio máximo fijado por las partes), el contrato se resolverá pero ello no podrá afectar a la energía efectivamente ya suministrada.

Ejemplo 2: La empresa fabricante A y su distribuidor B han concluido un contrato de compraventa de mercaderías que se entrega y se abona por lotes; en este caso también, cumplida la condición fijada, lo habitual es que la resolución solo vaya a afectar a las entregas posteriores aún no realizadas.

Artículo 4.3.8: *Interferencia de una parte en las condiciones*

1. **Antes del cumplimiento de la condición una parte no puede comportarse, sin interés legítimo, de manera que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que se cumpla la condición.**
2. **Si el cumplimiento de una condición es impedido, sin interés legítimo, por una parte, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición.**
3. **Si el cumplimiento de la condición es provocado, sin interés legítimo, por una parte, dicha parte no podrá invocar el cumplimiento de la condición.**

COMENTARIO:

1. El principio de cooperación en las condiciones

Otro de los aspectos relevantes en el ámbito de las condiciones es el relativo a las obligaciones de comportamiento que las partes tienen durante la pendencia de la condición, tanto suspensiva como resolutoria, y que son concreciones a las reglas generales de cooperación y buena fe negocial. Tales principios se manifiestan aquí en una vertiente positiva y en otra negativa: la primera, se traduce en una obligación de conducta tendente a la conservación de la eficacia negocial; la segunda, en la prohibición de interferencia de las partes pendiente el cumplimiento de la condición.

La vertiente positiva del principio de cooperación y lealtad entre los contratantes se traduce en la obligación que asume cada parte para facilitar el cumplimiento de la condición (si es condición suspensiva) o evitar su cumplimiento (si es una condición

resolutoria), partiendo del presupuesto del interés común de las partes en el mantenimiento de la relación obligatoria y que este produzca sus efectos. Tal deber de cooperación aparece claramente explicitado en los arts. 8:202 y 8:203 PECL revisados por la Asociación Henri Capitant. En todo caso, la determinación de quién debe lograr (o impedir) el cumplimiento de la condición (por ejemplo, la obtención de un crédito) dependerá de lo estipulado en el contrato y, en consecuencia, se fijará quién asume los riesgos inherentes a la condición. También el contrato establecerá el grado de compromiso de la parte para que se cumpla la condición: si el compromiso es absoluto, asume los riesgos del incumplimiento de la condición (obligación de resultado); si el compromiso solo consiste en emplear sus mejores esfuerzos en lograr que se cumpla, los riesgos de la condición los habrá asumido la otra parte contratante. También es posible que el contrato haya incluido una obligación expresa y específica para alguna de las partes en relación con el incumplimiento de la condición, lo que determinará el examen del incumplimiento desde la perspectiva de esa condición, no de la obligación principal.

> Ejemplo: La empresa vendedora A puede haberse comprometido con la empresa compradora B a obtener la licencia de exportación para poder entregar la mercancía en el plazo convenido; si no la obtiene, habrá incurrido en incumplimiento contractual. Ahora bien, la empresa vendedora A puede haberse comprometido a "hacer todo lo posible" para lograr la licencia correspondiente; en este caso, si A ha actuado con una diligencia razonable y aún así no obtuvo la licencia, no habrá incurrido en incumplimiento contractual.

2. La prohibición de interferencia en las condiciones

La vertiente negativa del principio general de cooperación y lealtad negocial supone, en estos casos, la prohibición de interferencia o intromisión en el cumplimiento (o incumplimiento) de las condiciones, de modo que si una de las partes interfiere no podrá prevalerse de la condición sobre la que ha interferido en beneficio e interés propio, a menos que goce de un interés legítimo. Así se establece claramente en el Derecho holandés (art. 6:22 CC). También la jurisprudencia estadounidense se ha pronunciado en ese sentido utilizando el mismo fundamento de buena fe y lealtad negocial. A una conclusión similar se llega en el Derecho inglés sobre la base de que la interferencia en las condiciones supone una vulneración de una obligación implícita (*implied term*) del contrato. Subyace en estos casos la protección de la lealtad negocial y, por tanto, cubre aquellos supuestos en los que la parte que interfiere obtiene una ventaja con el cumplimiento (o incumplimiento) de la condición. Estos supuestos se valoran de manera análoga en el Derecho comparado y en los instrumentos de

armonización: todos ellos considerarían las citadas conductas contrarias a un deber general de cooperación.

> Ejemplo 1: A compra una maquinaria a B, que deberá ser probada para comprobar su correcto funcionamiento por un experto (condición suspensiva); B convence al experto para que haga una valoración positiva de la maquinaria, evitando que este haga un informe negativo de la misma. En este caso, la condición no deberá entenderse cumplida y, por tanto, no tendrá ningún efecto obligacional sobre A.
>
> Ejemplo 2: El asegurado A provoca el incendio de su casa para que el asegurador B tenga que pagar la suma asegurada; demostrado que el siniestro al que se supedita el pago ha sido inducido por A, con una conducta contraria a la buena fe, B no estará obligado a abonar la indemnización que le correspondería.
>
> Ejemplo 3: Interferencias en condiciones resolutorias: A alquila un equipamiento a B a un precio muy ventajoso hasta que B consiga adquirir su propio equipamiento; pasado el tiempo B no compra ningún equipamiento a pesar de haber recibido diversas ofertas para ello para seguir beneficiándose de las ventajas que A le ofrece.

En el ámbito de la OHADAC, los códigos civiles solo contemplan los supuestos de cumplimiento ficticio, no los de incumplimiento. Así puede comprobarse, entre otros, en el art. 53.3 CC cubano; art. 1.178 CC dominicano y francés; art. 1.273 CC guatemalteco; art. 1.381 CC hondureño; art. 1.944 CC mexicano; art. 1.889 CC nicaragüense. Si se asume el deber general de cooperación como principio común nada debe obstar a que ambas vertientes, en relación con el (in)cumplimiento de la condición, aparezcan en las reglas generales formuladas. En la misma línea viene enunciado en el artículo 5.3.3 PU; artículo III-1:106 (4) DCFR; artículo 8:203 PECL revisados por la Asociación Henri Capitant. Por ello, considerando que el criterio subyacente es el mismo en ambos tipos de supuestos, el artículo de los Principios OHADAC contienen una formulación genérica, semejante a las previsiones del resto de los textos de armonización contractual. El artículo cubre, por consiguiente, tanto el cumplimiento ficticio (si la parte impide la realización de la condición suspensiva) como el incumplimiento ficticio (si la parte provoca indebidamente el cumplimiento de la condición resolutoria).

Donde sí se manifiestan diversas posiciones es en relación con las consecuencias derivadas de esta interferencia. En el modelo DCFR, se establece que la parte perjudicada puede entender cumplida o incumplida la condición (artículo III-1:106); en el modelo de los PECL de la Asociación Henri Capitant se dice que se entenderá cumplida o incumplida la condición en detrimento de quien interfirió (artículo 8:203); en los PU, simplemente se indica que la parte que actuó sin interés legítimo no podrá

invocar el cumplimiento o incumplimiento, según los casos, de la condición (artículo 5.3.3).

Los matices que se observan en relación con la “sanción” frente a la "mala fe" de quien interfirió en la condición tienen evidentes consecuencias sobre las acciones disponibles para la parte contratante que obró de buena fe y se vio perjudicada por el cumplimiento o incumplimiento de la condición. El modelo del cumplimiento ficticio (del que parte los PECL), además de originar problemas prácticos evidentes, puede sencillamente no corresponderse con el interés de la parte contratante que, más que entender cumplida la condición, puede pretender la resolución del contrato.

> Ejemplo 4: En un contrato de compraventa de mercaderías celebrado entre el vendedor A y el comprador B se incluye como condición que A obtenga la correspondiente licencia de exportación. Sin embargo, A no la obtiene por falta absoluta de diligencia. La cuestión es determinar qué supone entender cumplida la condición impuesta al vendedor A de obtener licencia de exportación si esta realmente ni se ha obtenido ni puede obtenerse. En supuestos de este tipo parece absurdo partir del cumplimiento ficticio de la obligación y lo razonable será pensar que el comprador quedará liberado de sus obligaciones contractuales.

Para evitar estos inconvenientes, pueden resultar más ajustados a las necesidades de la parte inocente los otros modelos, que impiden que la parte que obró de mala fe pueda prevalerse de la condición sobre la que ella misma interfirió y, solo como remedio potestativo, darle a la perjudicada la “opción” de entender cumplida/incumplida la obligación, si así le interesa en el caso concreto.

En todo caso, los Principios OHADAC eluden las dificultades interpretativas que implica la determinación de la mala o buena fe de una parte, objetivando los efectos de la interferencia. Salvo que una de las partes interfiera en la condición sobre la base de un interés legítimo, por ejemplo para proteger el propio objeto del contrato, dicha interferencia en la condición que perjudique la posición de la otra parte producirá los efectos contemplados en los apartados segundo y tercero del precepto.

Sección 4. Pluralidad de partes

Artículo 4.4.1: *Pluralidad de deudores*

1. **Cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, dicha obligación es solidaria si cada uno está obligado a la totalidad, de manera que el**

acreedor puede dirigirse a cualquiera para reclamar el cumplimiento, y el cumplimiento hecho por uno libera a todos.

2. **Cuando los deudores están obligados solo por la parte que le corresponde a cada uno, cada parte será igual, salvo pacto expreso en contrario.**

COMENTARIO:

De un contrato pueden derivar obligaciones para una pluralidad de partes que ocupan la misma posición y, más en concreto, la misma posición concurrente (el contrato se realiza conjuntamente) y no consecutiva (pluralidad que deriva, por ejemplo, de la cesión de créditos o de la sucesión por causa de muerte). Esta pluralidad de partes puede ser tanto pasiva (de deudores) como activa (de acreedores). Cabe, incluso, que haya pluralidad de deudores y de acreedores a la vez. Se trata de situaciones muy frecuentes en los contratos comerciales internacionales (especialmente, la de la solidaridad pasiva), por lo que resulta aconsejable contar con una regulación específica, que además atienda a las particularidades de cada una de ellas.

En caso de pluralidad de deudores, cabe la posibilidad de que cada uno de estos (diversos) deudores esté obligado a pagar solo una parte de la deuda, de forma que el acreedor únicamente tiene derecho a exigir a cada deudor la parte que le que debe. En tal caso, la obligación plural se denomina "parciaria" (art. 10:101 PECL), separada (art. 11.1.1 PU) o mancomunada simple (en la terminología empleada en códigos civiles como el guatemalteco, el hondureño, el mexicano, el panameño y el portorriqueño). Si son los acreedores los que se encuentran en mancomunidad simple, estos tienen derecho a pedir únicamente su parte del crédito, y el deudor debe pagar a cada uno de ellos solo la parte que individualmente le corresponda. En cualquiera de los casos, esta división o fragmentación de la deuda o del crédito comporta que el régimen de la obligación sea independiente y propio, de forma que los actos modificativos o extintivos de la relación obligatoria solo podrán efectuarse por cada deudor o acreedor, y solo tendrán efectos en relación con cada uno de ellos. Cada deuda o cada crédito son distintos e independientes a todos los efectos. En relación, pues, con este tipo de obligación plural, conviene introducir una norma dispositiva [art. 4.4.1 (2)], conforme a la cual cada uno de los codeudores mancomunados (o parciarios) está obligado por partes iguales. Esta norma se encuentra presente en diversos códigos (art. 246.1 CC cubano; art. 1.348 CC

guatemalteco; art. 6:6.1º CC holandés y surinamés; art. 1.986 CC mexicano; art. 1.929 CC nicaragüense; art. 1.024 CC panameño; art. 1.091 CC portorriqueño), así como en el art. 10:103 PECL.

En los contratos mercantiles lo más habitual es que la obligación contraída por varios deudores sea solidaria. En tal caso, los codeudores están obligados a cumplir una única y misma prestación, que el acreedor podrá reclamar íntegra y totalmente a cualquiera de ellos [art. 4.4.1 (1)]. Esta es la noción de solidaridad entre deudores, ampliamente conocida en los diferentes códigos civiles (art. 637 CC costarricense; art. 1.568 CC colombiano; art. 248 CC cubano; art. 1.200 CC dominicano y francés; art. 1.352 CC guatemalteco; art. 987 CC haitiano; art. 1.400 CC hondureño; art. 6:6.1º CC holandés y surinamés; art. 1.987 CC mexicano; art. 1.924 CC nicaragüense; art. 1.024 CC panameño; art. 1.090 CC portorriqueño; art. 1.034 CC santaluciano; art. 1.221 CC venezolano; art. 178 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013), así como en el art. 11.1.1 PU; art. 10:101 (3) PECL; III-4:102 (3) DCFR. En los sistemas que se adscriben a la órbita del *common law* y, en general, en inglés, la deuda solidaria se conoce bajo el término *joint and several*, mientras la obligación parciaria, dividida o mancomunada simple, es *joint.*

Si el codeudor al que se dirige el acreedor paga más de lo que le corresponde en la deuda, podrá ejercer un derecho de regreso frente al resto de los codeudores. De ahí que en esta obligación solidaria resulte preciso regular, por una parte, esas relaciones externas, esto es, entre los codeudores y el acreedor (arts. 4.4.2-4.4.7); y por otra, las relaciones internas, es decir, entre los deudores solidarios, cuando uno de ellos ha satisfecho total o parcialmente la obligación (arts. 4.4.8-4.4.9).

Artículo 4.4.2: *Fuente de la solidaridad entre deudores*

La obligación contraída por una pluralidad de deudores se considera solidaria, salvo pacto expreso en contrario.

COMENTARIO:

La primera cuestión de especial relevancia es la relativa a la determinación del tipo de obligación plural que deriva del contrato, en caso de que las partes no lo establezcan expresamente. A este respecto, la presunción a favor del carácter solidario de la deuda es la solución mayoritariamente acogida para los contratos comerciales tanto en las normativas estatales como en otros principios contractuales. En un principio, el *favor debitoris* conduce a que la mayor parte de los códigos civiles

opte por una presunción contraria a la solidaridad con carácter general. Pero la presunción se invierte, también de forma generalizada, en el ámbito de los contratos comerciales, donde lo que prevalece es el *favor creditoris*. En efecto, en la gran mayoría de los códigos civiles y textos armonizadores para considerar que una deuda contractual asumida por una pluralidad de sujetos es solidaria, es preciso que así esté dispuesto por pacto expreso, disposición legal o uso (art. 1568.3 CC colombiano; art. 638 CC costarricense; art. 248.4 CC cubano; art. 1.202 CC dominicano y francés; art. 1.353 CC guatemalteco; art. 989 CC haitiano; art. 6:6.1º CC holandés y surinamés; art. 1.400 CC hondureño; art. 1.988 CC mexicano; art. 1.924 CC nicaragüense; art. 1.025 CC panameño; art. 1.090 CC portorriqueño; art. 1.299 CC surinamés antiguo; art. 176 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones). Igualmente, con arreglo al Derecho inglés, para que se entienda que la deuda es *joint and several* tiene que haberse dispuesto de forma expresa [*Levi v Sale* (1877), 37LT 709; *White v Tyndall* (1888), 13 App. Cas. 263; *The Argo Hellas* (1984), 1 Lloyd's Rep.296). No obstante, esta norma se ve desplazada para los contratos comerciales en la mayor parte de los sistemas, ya sea jurisprudencialmente (en atención a un uso del comercio, como en Francia y en Puerto Rico) o por normativa específica (art. 825 CCom colombiano; art. 432 CCom costarricense; art. 674 CCom guatemalteco; art. 711 CCom hondureño; art. 102 CCom nicaragüense; art. 221 CCom panameño; art. 1.036 CC santaluciano; art. 11.1.2 PU; art. 10:102 PECL; art. III-4:103 (2) DCFR). De ahí que en una normativa específica para contratos comerciales internacionales convenga disponer directamente la presunción de solidaridad de las obligaciones asumidas por más de un deudor.

Artículo 4.4.3: *Solidaridad varia entre deudores*

La obligación puede ser solidaria entre algunos deudores solamente y no entre todos.

COMENTARIO:

La solidaridad no pierde su carácter por el hecho de que la relación obligatoria contenga distintas modalidades en relación con distintos deudores. Cada uno de estos, en efecto, podría estar sujeto a diversos plazos o condiciones, o estar obligado al pago en un lugar diferente. Se hace indicación expresa de esta posibilidad de "solidaridad varia", siguiendo la tradición de numerosos códigos [art. 1.569 CC colombiano; art. 639 CC costarricense; art. 1.201 CC dominicano y francés; art. 1.353 CC guatemalteco; art. 988 CC haitiano; art. 1.401 CC hondureño; art. 1.925 CC

nicaragüense; art. 1.027 CC panameño; art. 1.093 CC portorriqueño; art. 1.035 CC santaluciano; art. 1.222 CC venezolano; art. 10:102 (3) PECL].

Artículo 4.4.4: *Derechos del acreedor*

El acreedor puede, a su elección, exigir de uno o varios de sus deudores el cumplimiento total o parcial de la obligación.

COMENTARIO:

En la deuda solidaria cualquiera de los codeudores puede realizar el pago, sin que el acreedor pueda oponerse a que sea ese deudor en particular quien lo haga, o solicitar que sea otro. En correspondencia, el acreedor tiene conferido el derecho a elegir el deudor o los deudores a los que dirigirse para reclamar el pago de la deuda, ya sea parcialmente, ya en su integridad. Ciertamente, en el Derecho inglés este *ius electionis* se limita a la posibilidad de reclamar a un deudor en particular (el que el acreedor elija), o a todos a la vez, de manera que no permite demandar únicamente a varios de ellos y no a otro u otros [*Cabell v Vaughan (*1669*),* 1 Wms. Saund. 291; *Richads v Heather* (1817), KB. & Ald. 29]. Sin embargo, la solución más habitual es que no existan limitaciones a este respecto (art. 1.571 CC colombiano; art. 640 CC costarricense; art. 249 CC cubano; art. 1.203 CC dominicano y francés; art. 1.357.1 CC guatemalteco; art. 990 CC haitiano; art. 1.403 CC hondureño; art. 6:7.1º CC holandés y surinamés; art. 1.989 CC mexicano; art. 1.927 CC nicaragüense; art. 1.031 CC panameño; art. 1.097 CC portorriqueño; art. 1.038 CC santaluciano; art. 178 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 11.1.3 PU y, de forma implícita, en la definición de obligación solidaria que disponen los PECL y del MCR). En correspondencia, el codeudor reclamado no puede remitir al acreedor a otro deudor, ni pagar únicamente “su parte”.

Artículo 4.4.5: *Efectos de la ejecución o de la reclamación parciales*

1. **La ejecución de la obligación por uno de los deudores solidarios no extingue la obligación solidaria sino en la parte que ha sido satisfecha por dicho deudor.**
2. **Las acciones ejercitadas contra uno de los deudores solidarios suspenden la prescripción frente a todos.**

COMENTARIO:

Muchos de los ordenamientos del área OHADAC contienen soluciones específicas sobre los efectos de una reclamación judicial. Así, en primer lugar, se dispone que la demanda del acreedor contra uno de los deudores no obstaculiza la reclamación judicial o extrajudicial a otros, mientras no se haya cobrado la deuda por completo [art. 1.204 CC dominicano y francés; art. 1.357 CC guatemalteco; art. 991 CC haitiano; art. 1.404 CC hondureño; art. 1.928 CC nicaragüense; art. 1.031 CC panameño; art. 1.097 CC portorriqueño; art. 1.039 CC santaluciano; art. 1.226 CC venezolano; *Blyt v. Fladagte* (1891), 1 Ch. 337; art. 178 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013].

En segundo término, cuando por medio de la demanda judicial frente a uno de los codeudores solidarios se suspende la prescripción, resulta minoritaria la solución venezolana, con arreglo a la cual las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción que existan respecto a uno de los deudores solidarios, no pueden ser invocadas contra los otros (art. 1.228 CC venezolano). Prevalece la aproximación contraria, con arreglo a la cual la acción suspende la prescripción también en lo que respecta al resto de codeudores (art. 2.540 CC colombiano; art. 1.206 CC dominicano; arts. 1.206 y 2.245 CC francés; art. 1.361 y 1.362 CC guatemalteco; art. 993 CC haitiano; art. 2.302 CC hondureño; art. 2.001 CC mexicano; art. 1.028 CC panameño; art. 1.094 CC portorriqueño; art. 2.092 CC santaluciano; art. 11.1.7 PU).

Artículo 4.4.6: *Excepciones oponibles*

El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones comunes y todas las personales propias, pero no las que sean personales de otros codeudores.

COMENTARIO:

Se acoge en esta disposición una cláusula general que diferencia la oponibilidad de las excepciones que puede invocar un codeudor frente al acreedor que reclama el pago. Es tradicional la distinción, a estos efectos, entre excepciones comunes y excepciones personales (art. 1.577 CC colombiano; art. 1.208 CC dominicano y francés; art. 1.360 CC guatemalteco; art. 6:11 CC holandés y surinamés; art. 1.410 CC hondureño; art. 1.995 CC mexicano; art. 1.035 CC panameño; art. 1.101 CC

portorriqueño; art. 1.043 CC santaluciano; art. 1.224 CC venezolano; art. 11.1.4 PU; art 10:111 PECL; art. II-4:112 DCFR; art. 179 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones). No obstante, el alcance de las excepciones oponibles es, en los textos citados, dispar. Ante la reclamación que el acreedor dirige contra un deudor solidario, es solución unánime que este pueda oponer las excepciones comunes y las personales de ese deudor. Esta es también la regla en la jurisprudencia inglesa: el codeudor puede oponer excepciones comunes como el pago [*Porter v Harris* (1663), 1 Lev. 63], como el hecho de que el contrato se haya falsificado [*Gardener v Walsh* (1885), 5 E&B. 84], o que el acreedor sea culpable de fraude [*Pirie v Richardson* (1927), 1 KB], así como excepciones personales propias, pero no excepciones personales de otros codeudores, como, por ejemplo, la minoría de edad o la insolvencia [*Burgess v Merrill* (1812), 4 Taunt. 468; *Gillow v Lillie* (1835), 1 Bing. No C. 695; *Lovell & Christmas v Beauchamp* (1894), AC 607]. En lo que respecta a las excepciones que son personales de otros, también hay códigos que permiten su oposición, aunque solo por la parte de la deuda correspondiente al deudor al que afecta dicha excepción (art. 1.410 CC hondureño; art. 1.931 CC nicaragüense; art. 1.035 CC panameño; art. 1.101 CC portorriqueño). Se opta, pues, por la solución mayoritaria: no permitir la oposición de las excepciones personales de los otros codeudores.

Se entiende que las excepciones comunes son las que hacen referencia a la obligación, e incluyen las nacidas del hecho jurídico y las relativas al desarrollo o las vicisitudes de la situación obligatoria (*ad ex.* prohibición legal, irregularidad formal, ilicitud o falta de causa o de objeto); de ahí que puedan ser opuestas por todos los codeudores. Es más: la alegación de este primer tipo de excepción por parte de los deudores se concibe más como un deber que como una facultad, desde el momento en que, si el deudor no invoca la excepción cuando el acreedor le reclama el cumplimiento, no recuperará el exceso de lo pagado en una eventual acción de regreso (art. 4.4.9).

Las excepciones personales son las que derivan del modo particular en que el deudor a que afectan asume el vínculo obligatorio, tales como la incapacidad, la incapacitación y los vicios de consentimiento. De ahí que solo puedan oponerse al acreedor por los deudores directamente afectados. Sobre las consecuencias de la no alegación de estas excepciones por parte del deudor que realiza el pago en la acción de regreso se estará a lo dispuesto en el art. 4.4.9.

El artículo siguiente precisa el alcance que los medios de cumplimiento o extinción de la obligación tienen sobre la deuda solidaria, en relación con los otros codeudores.

Artículo 4.4.7: *Extinción de la obligación solidaria*

1. **El cumplimiento o la compensación realizada con arreglo a lo previsto en la sección 2 del capítulo 6 de estos Principios extinguen la obligación totalmente o hasta la cantidad cumplida o compensada.**
2. **La remisión de la obligación a un codeudor extingue la obligación, salvo que el acreedor indique expresamente que solo alcanza a ese codeudor, en cuyo caso rebaja la cuota que corresponda a este en el resto de la obligación.**
3. **La renuncia a la solidaridad con respecto a uno de los deudores no implica la pérdida de la solidaridad con el resto, pero extingue la obligación en la parte del deudor respecto del que se renuncia.**
4. **La confusión extingue la obligación en la cuota del codeudor que reúne las cualidades de acreedor y deudor.**

COMENTARIO:

La extinción de la deuda solidaria se produce con el cumplimiento o pago total (o sus asimilados, como la dación en pago, el pago por cesión de bienes, el ofrecimiento de pago y la consignación) por cualquiera de los deudores. Si el cumplimiento es parcial, lógicamente la extinción tendrá lugar solo en relación con la cuantía pagada. Se trata de una solución ampliamente conocida, y expresamente dispuesta en algunos códigos (art. 251.2 CC cubano; arts. 1.358 y 1366 CC guatemalteco; art. 6.7.2º CC holandés y surinamés; 1.934 CC nicaragüense; art. 1.032 CC panameño; art. 1.098 CC portorriqueño; indirectamente, art. 1.577.2 CC colombiano; art. 11.1.5 PU). La compensación, cuando tiene eficacia conforme a lo previsto en la sección 2 del capítulo 6 de estos Principios, surte el mismo efecto que el pago, en la medida en que sea realizada por el deudor solidario que es a la vez acreedor del acreedor común, y que sea invocada por este: extingue la obligación, en la medida correspondiente, esto es, totalmente o en relación con la cuantía compensada.

Si la deuda es remitida por parte del acreedor respecto de todos los codeudores y en relación con la totalidad de la prestación, resulta incontestable que tal remisión

produce la extinción total de la obligación. También, que una condonación a todos los codeudores solidarios de una parte de la deuda reduce la obligación común por esa parte, liberando a la totalidad el pago. Más problemático es el caso en que la remisión se realiza únicamente a uno de los codeudores solidarios, pues para tal circunstancia existen respuestas normativas diversas. Algunos ordenamientos jurídicos disponen que esta remisión no afecta a los derechos del acreedor frente al resto de los deudores, esto es, no contemplan la "presunción de remisión" respecto a los otros deudores [art. 1.366 CC guatemalteco; art. 998 CC haitiano; art. 1.408 CC hondureño; art. 11.1.6 PU; art. 10:108 (2) PECL; art. 180 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013]; si el acreedor no dispone lo contrario, se entenderá que la remisión libera solo al deudor condonado, y al resto, por la parte que a este le corresponda, como se indica más abajo. Sin embargo, conviene acoger la solución favorable a la "presunción de remisión", presente en otros ordenamientos (art. 1.573 CC colombiano; art. 642 CC costarricense; art. 1.285.1 CC dominicano y francés; art. 1.940 CC nicaragüense), porque resulta más adecuada a la solidaridad de origen contractual. De ahí que si el acreedor no desea que la remisión alcance a todos los deudores, sino únicamente a uno de ellos, debe hacerlo constar expresamente. Así lo entienden también los tribunales ingleses: cuando el acreedor remite la deuda, lo hace en relación con todos los codeudores, pero si remite solo a uno y reserva los derechos frente al resto, se entiende que respecto a aquel ha realizado un *convenant not to sue* y solo alcanza al concreto deudor [*Hutton v Wyre* (1885), 6 Taunt. 289; *Kearsley v Cole* (1846), 16 M & W 128, 136]. En cualquier caso, tal y como se contempla ampliamente, la remisión hecha a uno de los deudores comporta la extinción de la deuda únicamente por la parte del deudor remitido (art. 1.575 CC colombiano; art. 646 CC costarricense; art. 1.366 CC guatemalteco; art. 997 CC haitiano; art. 1.408 CC hondureño; art. 1.992 CC mexicano; art. 1.932 CC nicaragüense; art. 1.030 CC panameño; art. 1.032 CC santaluciano; art. 11.1.6 PU).

Por otra parte, es solución expresa y prácticamente unánime en los códigos civiles disponer que la renuncia a la solidaridad con respecto a uno de los deudores no implica la pérdida de la solidaridad con el resto (art. 1.573 CC colombiano; art. 646 CC costarricense; art. 1.210 CC dominicano y francés; art. 1.367 CC guatemalteco; art. 997 CC haitiano; art. 1.406 CC hondureño; art. 1.936 CC nicaragüense; art. 1.045 CC santaluciano; art. 1.233 CC venezolano). No obstante, para tal caso, algunos ordenamientos declaran que la obligación en lo que respecta a los otros codeudores queda íntegra (art. 1.233 CC venezolano). Pero la solución mayoritaria, aquí acogida, prevé la extinción (disminución) de la obligación en la cuota del deudor respecto del que se renuncia a la solidaridad (art. 1.573 CC colombiano; art. 646 CC costarricense;

art. 1.210 CC dominicano y francés; art. 997 CC haitiano; art. 1.406 CC hondureño; art. 1.936 CC nicaragüense). El Código civil guatemalteco también podría adscribirse a este último grupo, en la medida en que prevé que la liberación de uno de los deudores solidarios no altera las obligaciones de los demás deudores "por el resto de la obligación" (art. 1.367 CC guatemalteco).

Finalmente, cuando un codeudor reúne las cualidades de (co)deudor y acreedor, la obligación también se ve extinguida en la parte correspondiente a ese codeudor respecto del cual se produce la confusión (art. 1.209 CC dominicano y francés; art. 1.348 CC guatemalteco; art. 996 CC haitiano; art. 1.951 CC nicaragüense; art. 1.232 CC venezolano).

Artículo 4.4.8: *Relaciones entre deudores solidarios*

1. **Los deudores solidarios se dividen entre sí la obligación por partes iguales, a menos que exista pacto en contrario.**
2. **Salvo pacto en contrario, si uno de los deudores solidarios resulta insolvente, su parte se reparte a prorrata entre los demás codeudores.**

COMENTARIO:

La obligación entre los codeudores solidarios no es, en principio, solidaria. Nada impide que los codeudores pacten entre sí un régimen de solidaridad para sus relaciones internas, pero esta cláusula resulta muy poco habitual. En defecto de disposición en contra, la previsión más común es que la deuda tiene carácter dividido o parciario: cada codeudor solo responde por su cuota frente al deudor que haya pagado más allá de lo que le correspondía. Esa cuota del codeudor solidario se presume dividida por partes iguales, tal y como se establece en numerosos ordenamientos estatales [art. 1.579 CC colombiano; art. 649 CC costarricense; art. 1.213 CC francés y dominicano; art. 1.000 CC haitiano; art. 1.999 CC mexicano; art. 1.949 CC nicaragüense; *Sholefield Goodman & Sons Ltd v Zyngier* (1986), AC 562; art. 11.1.9 PU; art. 10:105 (1) PECL; art. III-4:106 (1) DCFR; art. 181 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones].

En todo caso, para remediar posibles situaciones injustas se prevé, a modo de garantía, una obligación de mutua cobertura del riesgo en caso de insolvencia. Esta obligación de repartir entre el resto de codeudores (incluido el que satisfizo la deuda

al acreedor) la cuota del deudor que no pueda hacer frente a su parte de la deuda con el que efectuó el pago, en la proporción que corresponda a cada uno de los deudores según su cuota de participación en la deuda, se encuentra ampliamente reconocida en los diferentes códigos (art. 1.583 CC colombiano; art. 1.214 CC dominicano y francés; art. 1.359 CC guatemalteco; art. 1.001 CC haitiano; art. 6:13 CC holandés y surinamés; art. 1.999 CC mexicano; art. 1.945 CC nicaragüense; art. 1.032 CC panameño; art. 1.098 CC portorriqueño; art. 1.049.2 CC santaluciano, art. 1.238 CC venezolano; art. 10:106 PECL; art. 181 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones). La solución también es acogida en *equity* [*Lowe v Dixo* (1885), 16 QBD 455, 458), que en este punto se ha impuesto sobre la regla de *common law* conforme a la cual la deuda se dividía entre todos los deudores, con independencia de su solvencia.

Artículo 4.4.9: *Derecho de regreso y acción subrogatoria*

1. **El deudor solidario que paga o cumple más de lo que le corresponde puede reclamar la diferencia a los otros codeudores, pero únicamente por la parte que a cada uno le corresponde.**
2. **El deudor solidario que cumple más allá de lo que le corresponde también puede subrogarse en los derechos del acreedor.**
3. **Frente a la reclamación del codeudor solidario, cualquier deudor puede oponer las excepciones comunes que no se invocaron por el codeudor que cumplió, y las excepciones personales que le son propias, pero no las excepciones personales de los otros codeudores.**

COMENTARIO:

Determinada la parte de cada codeudor, si uno ha pagado al acreedor común más de lo que le correspondía, podrá reclamar el exceso a los codeudores, ejercitando un derecho de regreso que suele encontrarse expresamente previsto en los ordenamientos estatales. En todos ellos, además, como se ha indicado, se excluye el carácter solidario de la obligación de los codeudores frente al deudor que ha realizado el pago: la reclamación solo podrá realizarse a cada codeudor por la parte

que le corresponda [art. 1.575 CC colombiano; art. 651 CC costarricense; art. 251.3 CC cubano; art. 1.214 CC dominicano y francés; art. 1358 CC guatemalteco; art. 1.001 CC haitiano; art. 6:10 CC holandés y surinamés (art. 6:12.1º CC de Antillas Holandesas y Aruba); art 1.999 CC mexicano; art. 1.947 CC nicaragüense; art. 1.032 CC panameño; art. 1.098 CC portorriqueño; art. 1.048 CC santaluciano; art. 1.238 CC venezolano; *Davitt v Titcumb* (1989), 3 All ER 417, 422; art. 11.1.10 PU; art. 10:106 PECL; art. III-4:107 (2) DCFR; art. 181 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones]. Además, la reclamación al resto de los codeudores también alcanza a los gastos en que el deudor que ha realizado el pago pueda haber incurrido. Se trata de una norma comúnmente aceptada, pese a no encontrarse dispuesta expresamente más que en algunos códigos [art. 651 CC costarricense; art. 1.358 CC guatemalteco; art. 1.032 CC panameño; art. 1.098 CC portorriqueño; 10:106 (3) PECL; art. III-4:107 (3) DCFR]. Obviamente, este derecho de regreso no es absoluto: si la obligación fue contraída únicamente en interés de uno o varios deudores, lo habitual será que en las relaciones internas se excluya la obligación de los otros deudores (art. 2.000 CC mexicano).

Junto con el derecho de regreso, se reconoce al deudor solidario que realiza el pago más allá de lo que le corresponde la posibilidad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1.579 CC colombiano; art. 1.251.3 CC francés y dominicano; art. 1.412 CC hondureño; art. 1.999 CC mexicano; art. 10:106 (2) PECL; art. III-4:107 (2) del DCFR). Esta precisión es importante, en la medida en que constituye un remedio adicional, que en cierta medida contribuye a paliar el rigor de la obligación solidaria frente a los codeudores. Como se ha indicado, cuando un codeudor es reclamado por el acreedor a pagar la totalidad de la deuda o más de lo que le corresponde, no cabe oposición fundamentada en la división de la deuda. Para que el codeudor pueda recuperar las cantidades que no le correspondía pagar, no solo cuenta con el derecho de regreso, sino también con la posibilidad de ejercitar una acción subrogatoria. En este caso, frente a lo que ocurre con el regreso, la antigüedad de la obligación será la originaria. La subrogación, en cualquier caso, no es absoluta, en la medida en que comportará la posibilidad de dirigirse a cada codeudor únicamente por su parte en la deuda (art. 1.049 CC santaluciano).

Todo deudor solidario es responsable respecto de sus co-obligados de oponer, frente a la reclamación del acreedor, las excepciones comunes. Como antes se indicó, la alegación de las excepciones comunes resulta obligada en el marco de la reclamación del cumplimiento de la obligación por parte del acreedor a uno de los deudores, de manera que, si el deudor no invoca la excepción en ese momento, no recuperará el exceso de lo pagado en una eventual acción de regreso. El resto de los codeudores

podrá oponer al codeudor que haya satisfecho la obligación por encima de lo que le correspondía, dicha excepción común (art. 1.208 CC dominicano y francés; art. 1.360 CC guatemalteco; art. 11.1.12 PU). Solo por exigencias de la buena fe podría atemperarse tal posibilidad: si el deudor al que se reclama el pago anuncia al resto tal reclamación por parte del acreedor y no es advertido de la existencia de excepción por los otros, estos no podrán hacer uso de ella posteriormente en sus relaciones internas, salvo si aquel la conocía.

Las excepciones personales del codeudor que es reclamado a través de la acción de regreso por el deudor que ha realizado el pago no pueden haber sido opuestas por este al acreedor, pero sí pueden ser invocadas en esta vía.

Artículo 4.4.10: *Solidaridad de acreedores*

Cuando un mismo deudor se obliga frente a diversos acreedores por una misma obligación, existe solidaridad de acreedores si cuando cada uno de los coacreedores puede demandar al deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, y el cumplimiento o pago que el deudor realiza a cualquiera de ellos libera a tal deudor de la obligación.

COMENTARIO:

Cuando la pluralidad de partes concurre en la parte de los acreedores, esto es, cuando hay varios acreedores de un deudor común, el crédito, con carácter general, va a tener carácter dividido o separado: cada acreedor solo va a poder exigir su parte del crédito al deudor. La solidaridad entre acreedores o solidaridad activa tiene un empleo muy residual, desde el momento en que con ella el deudor no obtiene ventajas sustanciales, mientras los coacreedores pueden resultar fuertemente perjudicados; no en vano, cada uno de los acreedores solidarios puede demandar al deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, y el pago que el deudor realice a cualquiera de ellos libera al deudor de la obligación. Así se conceptúa en los diferentes textos [art. 1.568 CC colombiano; art. 248.2 CC cubano; art. 1.197 CC dominicano y francés, art. 1.352 CC guatemalteco; art. 985 CC haitiano; art. 6:16 CC holandés y surinamés (art. 6:15 CC Antillas Holandesas y Aruba); art. 1.400 CC hondureño; art. 1.987 CC mexicano; art. 1.924 CC nicaragüense; art. 1.024 CC panameño; art. 1.090 CC portorriqueño; art. 1.221 CC venezolano; art. 11.2.1 PU; art.

10:201 (1) PECL; art. III-4:202 (1) DCFR; art. 248 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones].

La solidaridad entre acreedores, como se ha indicado, no es corriente. De hecho, el pacto expreso sobre tal solidaridad solo es realmente habitual en ciertos contratos bancarios, como en los depósitos o las cuentas corrientes con titularidad indistinta. Lo que los titulares indistintos de un depósito o una misma cuenta corriente (coacreedores) pretenden es que la entidad bancaria (deudor) atienda a los requerimientos de cualquiera de ellos, con independencia de quién sea el propietario de los fondos. Esta cuestión se determinará entre ellos atendiendo a sus relaciones internas. Así, los riesgos que asumen los cotitulares con el régimen de solidaridad son evidentes: cualquiera de ellos puede solicitar el reintegro de la totalidad de los fondos existentes, o incluso realizar un descubierto, si así se ha acordado con la entidad bancaria; y esta estaría obligada a atender a tal petición.

Con la definición de la solidaridad entre acreedores ya se precisa uno de los dos efectos fundamentales de esta solidaridad: permitir a los coacreedores dirigirse al deudor común para reclamar el pago de la totalidad de la obligación, sin que el deudor pueda aducir que esta no corresponde por entero al concreto acreedor que reclama. Sin negar, por tanto, la posibilidad de que el deudor extinga la obligación *motu proprio* (art. 4.4.14), lo que interesa fundamentalmente es precisar los derechos de los coacreedores frente al deudor común. Si las cuentas bancarias de titularidad indistinta son el negocio más habitual en este marco, se trata de relaciones en las que no hay una deuda permanente de la que el deudor quiera liberarse y que los acreedores quieran liquidar, por lo que el *ius electionis* del deudor no tiene mucho sentido. No obstante, no cabe desconocer que también cabe pacto de solidaridad entre acreedores en otros negocios (*joint-ventures,* seguros…), por lo que la regulación que aquí se propone no se atiene estrictamente a las particularidades de las cuentas corrientes de titularidad indistinta.

El otro efecto que recoge la definición es el referido a la extinción de la obligación cuando el deudor cumple totalmente a favor de uno de los acreedores solidarios. Dispuesto el efecto, así, en este primer precepto dedicado a la solidaridad entre acreedores, ya no es precisa una norma específica, como la prevista en el art. 1.990 CC mexicano o en el art. 11.2.2 PU.

Artículo 4.4.11: *Fuente de la solidaridad entre acreedores*

No puede haber solidaridad entre acreedores sin pacto expreso al respecto.

COMENTARIO:

En la medida en que la solidaridad entre acreedores solo puede darse sobre la base de una relación de estrecha confianza entre los coacreedores, conviene exigir que la fuente de esta solidaridad sea contractual. No cabe, pues, presumir el carácter solidario de los créditos (como sí de las deudas, según se ha visto anteriormente). Para que exista solidaridad activa se exige un acuerdo expreso de acreedores y deudor. Así se dispone de forma expresa en la mayor parte de los códigos [art. 1.568 CC colombiano; art. 248.4 CC cubano; art. 1.197 CC dominicano y francés; art. 1.353 CC guatemalteco; art. 985 CC haitiano; art. 6:16 CC holandés y surinamés (art. 6:15 CC Antillas holandesas y Aruba); art. 1.400.3 CC hondureño; art. 1.988 CC mexicano; art. 1.924.2 CC nicaragüense; art. 1.024 CC panameño; art. 1.090 CC portorriqueño; art. 1.223 CC venezolano; *Thompson v Hakewill* (1865), 19 CNBS, 713, 726; art. III-4:203 (2) DCFR]. Pese a que esta norma no está presente en los PECL, sería también la solución acogida en este texto, desde el momento en que el comentario que los acompaña hace referencia a la inconveniencia de establecer una presunción de solidaridad activa. Obsérvese que no falta una postura más radical frente a este tipo de obligación, que incluso niega la posibilidad de que exista: el art. 636 CC costarricense dispone que no cabe solidaridad entre acreedores, y reconduce la situación a la figura del apoderamiento.

Artículo 4.4.12: *Solidaridad varia entre acreedores*

El crédito puede ser solidario entre algunos acreedores solamente y no entre todos.

COMENTARIO:

Del mismo modo que la solidaridad pasiva puede ser varia, en la solidaridad activa cabe la posibilidad de pactar diversas condiciones, plazos y modos para reclamar, por parte de cada acreedor, el cumplimiento de la obligación del deudor. De hecho, es habitual en los contratos de cuenta corriente de titularidad indistinta. Expresamente lo disponen el art. 1.353 CC guatemalteco, el art. 1.925 CC nicaragüense, el art. 1.027 CC panameño y el art. 1.093 CC portorriqueño.

Artículo 4.4.13: ***Derechos del deudor***

El deudor puede dirigirse a cualquiera de los acreedores para cumplir o realizar el pago.

COMENTARIO:

Resulta habitual en los distintos códigos civiles reconocer un *ius electionis* también en sede de solidaridad activa. Se reconoce al deudor la posibilidad de elegir a cuál de los acreedores solidarios se dirige para liberarse de la obligación (art. 1.570 CC colombiano; art. 251.1 CC cubano; art. 1.198 CC dominicano y francés; art. 1.355 CC guatemalteco; art. 985 CC haitiano; art. 1.402 CC hondureño, art. 1.926 CC nicaragüense; art. 1.029 CC panameño; art. 1.095 CC portorriqueño; art. 1.241 CC venezolano; art. 248 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013). La regla se acompaña de otra, por la cual se excluye la elección si el deudor es demandado por uno de los acreedores en particular, en cuyo caso debe realizar el pago a ese demandante. La norma no encuentra prevista en los PU, pero sí estaría implícita en el art. 10:201 PECL.

Artículo 4.4.14: ***Excepciones oponibles y extinción de la obligación del deudor***

1. **El deudor puede oponer al acreedor que reclame todas las excepciones comunes y todas las personales que tenga frente a ese acreedor que reclama, pero no las que sean personales respecto de otros acreedores.**
2. **El cumplimiento y la compensación realizada conforme a la sección 2 del capítulo 6 de estos Principios extinguen la obligación en la parte cumplida o compensada.**
3. **La remisión y la confusión solo extinguen la obligación en la parte correspondiente al acreedor que condona o que reúne las cualidades de acreedor y deudor.**

COMENTARIO:

Tal y como ocurre con el régimen de la solidaridad pasiva, conviene establecer una disposición que precise las excepciones que puede oponer el deudor al que se le

exige el cumplimiento de la obligación por parte de cualquiera de los acreedores solidarios (art. 11.2.3 PU). Se dispone, así, que el deudor que es requerido por alguno de los acreedores puede oponer todas las excepciones comunes, y todas las personales que tenga frente a ese acreedor que reclama, pero no las que sean personales respecto de otros acreedores. En lo referente a los tipos de excepción, véase el comentario al art. 4.4.6.

La compensación, al igual que ocurre en la solidaridad entre deudores, se equipara al pago, una vez que opera de conformidad con lo dispuesto legalmente (art. 1.570 CC colombiano; art. 1.402 CC hondureño; art. 1.926 CC nicaragüense; art. 1.991 CC mexicano; art. 1.030 CC panameño; art. 1.096 CC portorriqueño). En lo que respecta a las deudas compensables y los requisitos y efectos de la compensación, se estará a lo dispuesto en la sección 2 del capítulo 6 de estos Principios. En consecuencia, si el pago o la compensación son totales, el crédito queda extinguido; si son parciales, la extinción alcanza únicamente la cuantía pagada o compensada. Aunque en algunos ordenamientos se opta por atribuir efectos extintivos a la remisión únicamente en la cuota del acreedor que compensa (art. 1.244 CC venezolano), es aquella la solución mayoritaria. También la acogida en los PU, a través de la remisión que realiza el art. 11.2.3 (2) a la disposición correspondiente del régimen de la solidaridad pasiva.

A pesar de que la remisión del crédito recibe un tratamiento idéntico al pago y la compensación en buena parte de los códigos civiles (art. 1.570 CC colombiano; art. 1.402 CC hondureño; art. 1.926 CC nicaragüense; art. 1.990 CC mexicano; art. 1.030 CC panameño; art. 1.096 CC portorriqueño), la normativa alternativa resulta en esta ocasión más apropiada. Conviene disponer que la remisión solo extinga la deuda por la parte del acreedor que remite, tal y como está previsto en el art. 986.2 CC haitiano, el art. 1.198 CC dominicano y francés; el art. 1.366 CC guatemalteco; el art. 1.244 CC venezolano; y en el art. 10:205 (1) PECL. Los PU optan por una solución contraria: la remisión de la deuda por uno de los acreedores solidarios afecta al resto de los coacreedores conforme al art. 11.1.6; y, si bien esta solución puede ajustarse a las cuentas o depósitos bancarios de titularidad indistinta, no parece del todo lógica, desde el momento en el que los coacreedores no pueden ser perjudicados por una remisión que alcance únicamente a la parte del acreedor que condona.

Artículo 4.4.15: *Regreso entre acreedores*

1. En defecto de disposición en contrario, las partes de los acreedores en el crédito se considerarán iguales.

2. **El acreedor solidario que ha obtenido el cumplimiento de la obligación por más de su parte está obligado a reembolsar a cada acreedor la parte del crédito que le corresponda.**

COMENTARIO:

Para el caso de que no se haya determinado expresamente la proporción que corresponde a cada acreedor en la deuda, conviene disponer una división de la deuda por cuotas iguales. La norma se recoge expresamente en algunos textos legales [art. 1.030 CC panameño; art. 1.096 CC portorriqueño; art. 10:204 (1) PECL].

Fijada la cuota de cada acreedor solidario (conforme a lo que reflejen sus relaciones internas o con arreglo a la regla dispositiva anterior), debe ampararse al acreedor que no ha obtenido del deudor la parte que le correspondía en el crédito, y que ha sido reclamado a dicho deudor por parte de otro coacreedor. De otra forma expuesto, el acreedor que ha obtenido el cumplimiento más allá de su cuota en el crédito debe reintegrarlo al resto, esto es, a cada uno en función de lo que le pertenezca [art. 250 CC cubano; art. 1.992 CC mexicano; art. 11.2.4 (2) PU; art. 10:204 (2) PECL; art. III-4:206 (2) DCFR].

CLÁUSULAS DE SOLIDARIDAD

Solidaridad pasiva (de deudores)

"La obligación de los deudores (arrendatarios/ cocontratantes…) es solidaria. Todos los deudores (arrendatarios/cocontratantes…) están obligados por igual al pago de la deuda, y el acreedor (propietario/ contratante/…) puede exigirlo a cualquiera de ellos hasta que la deuda esté totalmente extinguida.

Solidaridad activa (de acreedores)

"El carácter del crédito es solidario. Cualquiera de los acreedores puede exigir la totalidad de la prestación al deudor, y este puede pagar la totalidad de la deuda a cualquiera de los acreedores".

CAPÍTULO 5
EFECTOS DEL CONTRATO

Sección 1. Duración del contrato

5.1.1: *Contratos de duración indeterminada*

1. **Cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de ejecución continuada de duración indefinida desistiendo unilateralmente en cualquier momento y sin necesidad de invocar causa alguna, siempre que medie un preaviso razonable.**
2. **Siempre que se respete el plazo razonable de preaviso, el contratante que decida terminar el contrato únicamente deberá compensar a la otra parte por los gastos razonables que haya realizado con vistas al cumplimiento del contrato.**

COMENTARIO:

Los sistemas jurídicos sancionan con la nulidad las obligaciones *sine die*. Históricamente, los códigos civiles solían incluir un precepto relativo al arrendamiento de servicios, en el que se prohibía la contratación de por vida, algunos de los cuales aún subsisten (art. 1.780 CC francés y dominicano; art. 1.550 CC haitiano; art. 1.754 CC hondureño; art. 2.995 CC nicaragüense; art. 1.335 CC panameño; art. 1.569 CC santaluciano).

No obstante, se admite generalmente que las partes suscriban un contrato en el que no se haya convenido la fecha de duración, ni esta resulte tampoco de su naturaleza o circunstancias, o en el que expresamente se establezca que el contrato regirá indefinidamente. La validez de estos contratos se supedita de modo general, tanto en los sistemas romano-germánicos como en el *common law*, a que las partes puedan liberarse por voluntad unilateral (con o sin plazo de preaviso). Así, por ejemplo, el CC francés establece expresamente en su art. 1.780 que nadie puede comprometer sus servicios sino por un periodo de tiempo determinado; en consecuencia, el arrendamiento de servicios sin determinación de duración podrá siempre cesar por

voluntad de cualquiera de las partes contratantes. Y una disposición similar encontramos en el art. 1.755 CC hondureño.

Esta facultad de desistimiento unilateral del contrato es una excepción a los principios de obligatoriedad e irrevocabilidad de los contratos (art. 1.2 Principios OHADAC y su comentario), para los contratos indefinidos.

Los sistemas jurídicos del territorio OHADAC, sin contener una norma general sobre el desistimiento de los contratos fuera del ámbito del Derecho de consumo, sí lo regulan para contratos determinados que nacen para durar, como, por ejemplo, el contrato de obra (art. 1.794 CC francés y dominicano; art. 2.011 CC guatemalteco; art. 7:764 CC holandés y surinamés; art. 1.346 CC panameño; art. 1.639 CC venezolano); la sociedad (art. 1.246 CC costarricense; art. 1.865 CC dominicano; arts. 1.844.7º CC francés; art. 1.634 CC haitiano; art. 1.879 CC hondureño; art. 2.720 CC mexicano; art. 3.285 CC nicaragüense; art. 1.391 CC panameño; 1.591 CC portorriqueño; 1.673 CC venezolano); el contrato de mandato (art. 2.189 CC colombiano; art. 1.278 CC costarricense; art. 409 CC cubano; art. 2.003 CC francés y dominicano; art. 1.717 CC guatemalteco; art. 1.767 CC haitiano; art. 1.911 CC hondureño; art. 2.595 CC mexicano; art. 3.345 CC nicaragüense; art. 1.423 CC panameño; art. 1.623 CC portorriqueño; art. 1.655 CC santaluciano; art. 1.704 CC venezolano); el contrato de servicios en general (art. 7:408 CC holandés y surinamés); y la comisión o mandato mercantil (art. 1.279 CCom colombiano; art. 197 CCom portorriqueño).

Los códigos de los países caribeños romano-germánicos suelen prever también que cuando no se haya pactado fecha determinada de expiración de un contrato de duración indefinida, las partes podrán finalizarlo mediante denuncia, preavisando con tiempo suficiente. Así lo disponen, para el contrato de arrendamiento de cosas los arts. 1.151 CC costarricense, 7:228.2º CC holandés y surinamés, 1.717 CC hondureño, 2.478 CC mexicano, 1.322 CC panameño, 1.560 CC santaluciano y art. 1.615 CC venezolano; para el contrato mercantil de suministro, los arts. 977 CCom colombiano y 802 CCom hondureño; para el hospedaje mercantil los arts. 1.197.2º CCom colombiano y 871 CCom guatemalteco; y para el contrato de agencia el art. 7:437 CC holandés y surinamés.

Del mismo modo, el Derecho angloamericano permite la liberación en los contratos de carácter indefinido (prestación de servicios de consultoría, suministro, licencia…), concediendo a las partes la facultad de poner fin unilateralmente al contrato, sin necesidad de alegar causa alguna y sin necesidad incluso de preaviso si no ha sido pactado [*Baird Textile Holdings Ltd v Mark & Spencer* (2001), EWCA Civ 274; *Crediton Gas Co v Crediton Urban Council* (1928), Ch. 147 44; *Jani King (GB) Ltd v Pula*

Enterprises Ltd (2007), EWHC 2433 QB (2008); *Servicepower Asia Pacific Pty Ltd v Service-power Business Solutions Ltd* (2009) EWHC 179 (2010); secciones 3:06 (5) y 3:10 *Restatement Third of Agency;* sección 118 *Restatement Second of Agency*]. No obstante, la jurisprudencia inglesa ha planteado que si el acuerdo no contiene una cláusula en la que expresamente se conceda a las partes la facultad de desistimiento, no en todos los casos estará presente en el contrato como *implied term*, sino que podrá aplicarse la *"presumption of perpetual duration"* en los contratos en los que no existe determinación del periodo de duración [*Llanelly Ry & Dock Co v L & NW Ry* (1875), LR 7 HL 550].

Los arts. 5.1.8 PU, 6:109 PECL y III-1:109 (2) DCFR recogen la facultad de desistir en los contratos indefinidos, siempre con la obligación de preavisar en tiempo razonable.

En consonancia con lo anterior, se regula en el apartado primero de la norma propuesta en estos Principios OHADAC la denuncia o desistimiento, como forma más habitual de terminación de los contratos de duración indefinida, sin necesidad de alegar justa causa y sometida a un plazo de preaviso razonable, al objeto de evitar los perjuicios derivados del ejercicio de la facultad. El desistimiento con plazo de preaviso razonable tiene como finalidad equilibrar los intereses de ambas partes contratantes: el interés de quien desea desligarse del contrato y el del contratante que prefiere su continuación, por haber realizado inversiones con vistas a su cumplimiento, que solo le serán rentables si el contrato dura un determinado periodo de tiempo, o por resultarle complicado concluir inmediatamente un contrato similar alternativo con otra persona.

La norma propuesta viene a "colmar una laguna" en relación con los ordenamientos de *common law* que, hecha exclusión del contrato de agencia, no contienen una norma que imponga el preaviso, ni tampoco pueden deducirla como un término implícito del contrato [*Baird Textile Holdings Ltd v Mark & Spencer* (2001), EWCA Civ 274].

El carácter razonable del preaviso dependerá de múltiples factores, entre los que se cuentan la naturaleza y objeto del contrato, el tiempo que ha durado, las inversiones razonables que se han realizado, las circunstancias económicas y de cualquier otro tipo que concurran en el momento del ejercicio del desistimiento, etc. No obstante, la variedad de las situaciones que pueden darse hace aconsejable en algunos contratos que las partes fijen el plazo mediante una cláusula contractual, a fin de evitar problemas de interpretación.

> Ejemplo 1: La financiera A contrata los servicios jurídicos de la sociedad profesional de abogados B durante un tiempo indefinido. Cualquiera de las partes puede desistir unilateralmente del contrato enviando notificación a la otra parte con razonable antelación.

El preaviso tiene naturaleza jurídica de carga, cuyo incumplimiento da lugar a indemnización. En efecto, como enuncia el apartado segundo de la norma propuesta, la parte que desiste del contrato respetando el plazo de preaviso acordado deberá tan solo compensar los gastos razonables que hubiera realizado la otra parte contratante con vistas al cumplimiento del contrato, y que no hubiera podido evitar pese al plazo de preaviso (normalmente por ser inversiones anteriores).

Sin embargo, la parte que no cumple el plazo de preaviso desatiende los intereses de la contraparte, y está obligado a indemnizar los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, conforme a lo establecido en la sección 4 del capítulo 7 de estos Principios.

> Ejemplo 2: En los hechos del ejemplo 1, si la constructora decide dar por terminado el contrato con la sociedad profesional de abogados B, sin comunicárselo con la suficiente antelación, deberá indemnizar no solo por las inversiones razonables que B hubiera realizado con vistas al cumplimiento, sino también del lucro cesante derivado, por ejemplo, del rechazo de otros clientes, y demás gastos derivados del incumplimiento que fueran indemnizables conforme a estos Principios.

Por último, no debe confundirse el desistimiento unilateral, como forma ordinaria de terminar un contrato indefinido, con el supuesto de excesiva onerosidad (*hardship*) previsto en el art. 6.3.1 de estos Principios. En el *hardship*, circunstancias imprevistas determinan que la prestación devenga excesivamente onerosa para una de las partes, que podrá resolver el contrato sin necesidad de observar plazo de preaviso (o renegociarlo si así se ha convenido). Sin embargo, la regla de este precepto no requiere un cambio de circunstancias, ya que se trata de un desistimiento *ad nutum* cuyos únicos requisitos son la existencia de un contrato indefinido y el cumplimiento de un plazo de preaviso.

CLÁUSULAS DE FIJACIÓN DEL PLAZO DE PREAVISO

Como se ha advertido, en ocasiones es oportuno incluir en el contrato una cláusula en la que las partes determinen el plazo de preaviso adecuado, que evite a los contratantes los daños derivados de la confianza en el cumplimiento del contrato.

Opción A: Cláusula con plazo fijo de preaviso

"Las partes podrán dar por terminado este contrato, desistiendo unilateralmente del mismo y sin necesidad de

invocar causa alguna, mediante preaviso escrito con un plazo de (…)".

Cláusula B: Cláusula con plazo variable de preaviso

"En cualquier momento de la vigencia del contrato, las partes están facultadas para desistir unilateralmente del mismo, sin necesidad de invocar causa alguna, mediante preaviso escrito equivalente a un mes por año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses".

5.1.2: *Contratos de duración determinada*

1. **Los contratos de ejecución continuada en los que se ha señalado un periodo de duración determinado finalizarán al expirar tal plazo.**
2. **No obstante, si una de las partes ha notificado su deseo de prorrogar la vigencia del contrato, la parte que no desea renovarlo deberá notificar a la otra su decisión en un plazo razonable antes de la expiración del contrato.**
3. **Los contratos de duración determinada que continúan vigentes tras la expiración del periodo convenido se convierten en indefinidos.**

COMENTARIO:

Esta norma se aplica a los contratos de ejecución continuada cuyo plazo de duración se ha determinado por las partes y se prevé que, cumplido dicho plazo, el contrato se extinguirá.

La extinción por cumplimiento del término pactado en los contratos duraderos es la regla general en los sistemas del territorio OHADAC (para el arrendamiento de cosas se recoge en los arts. 2.008 CC colombiano, 1.737 CC francés y dominicano, 1.928 CC guatemalteco, 1.508 CC haitiano, 7:228.1 CC holandés y surinamés, 1.716 CC hondureño, 2.483 CC mexicano, 1.455 CC portorriqueño, 1.561 CC santaluciano y 1.599 CC venezolano; para el contrato de sociedad se recoge en los arts. 1.237 CC costarricense, 1.865 CC dominicano, 1.844.7 CC francés, 1.634 CC haitiano, 1.879 CC

hondureño, 2.685 y 2.720 CC mexicano, 1.391 CC panameño, 1.591 CC portorriqueño y 1.673 CC venezolano; para el mandato, en los arts. 2.189 CC colombiano, 1.278 CC costarricense, 2.003 CC francés y dominicano, 1.717 CC guatemalteco, 1.767 CC haitiano, 2.595 CC mexicano, 1.423 CC panameño, 1.623 CC portorriqueño y 1.704 CC venezolano; para el hospedaje mercantil, arts. 1.197 CCom colombiano y 871 CCom guatemalteco).

No obstante, algunos códigos prevén para el contrato de arrendamiento que si, expirado el tiempo, el arrendatario continúa en posesión de la cosa con el beneplácito del arrendador, el contrato se entiende prorrogado y se convierte en indefinido, aplicándosele en adelante las normas reguladoras de estos (art. 1.738 CC francés y dominicano; arts. 1.507 CC haitiano; art. 7:230 CC holandés y surinamés). Y regulan también la tácita reconducción al expirar el tiempo fijado para el arrendamiento, los arts. 392.1 del CC cubano, 1.888 CC guatemalteco, 1.456 CC portorriqueño 1.600 y 1.614 CC venezolano.

Asimismo, en el *common law,* la continuación de la ejecución del contrato una vez cumplido el plazo de duración pactado supone su renovación, pudiendo ser terminado por desistimiento de una partes, aunque nada se haya pactado [*Winter Garden Theatre (London) Ltd v Millenium Productions Ltd* (1948), AC 173].

A pesar de esta preferencia en los sistemas romano-germánicos por la tácita reconducción, en el apartado segundo de la norma propuesta se ha preferido no disponer la prórroga automática del contrato. Por el contrario, el régimen formulado se apoya en la voluntad de los contratantes, estableciéndose la posibilidad de que uno de ellos manifieste al otro su voluntad de proseguir la relación contractual, y si este último no lo desea deberá notificarlo en un plazo razonable antes de la expiración del contrato.

> Ejemplo 1: A acuerda distribuir los productos de B en el país X durante cinco años. Cuando quedaban seis meses para la expiración del contrato, A notifica a B su intención de prorrogar el contrato de distribución, a lo que B se opone, comunicándolo así a A a los 15 días de haber recibido aquella notificación.

Si no se le comunica la decisión contraria a la renovación del contrato en tiempo razonable, el contratante que ha manifestado su interés en la prosecución puede confiar en ella.

> Ejemplo 2: En los hechos del ejemplo 1, transcurridos cuatro meses desde la fecha de la notificación, sin haber recibido notificación de B oponiéndose a la prórroga, A podrá confiar en que el contrato se renovará y organizará al efecto su cumplimiento futuro.

La solución proyectada se basa en el respeto máximo a la libre voluntad de los contratantes, en lugar de forzar la aplicación de unas normas legales rígidas, que solo tienen sentido cuando hay una parte débil a la que proteger. Este sistema de prórroga es el que se acoge también en el art. 1:301 (2) de los Principios Europeos sobre los Contratos de Agencia Comercial, Franquicia y Distribución.

Una vez que el contratante ha recibido la notificación del deseo de prórroga de la otra parte, la consideración de la razonabilidad del plazo para comunicar la decisión de no renovar dependerá, entre otras cosas, del momento de la recepción de la notificación, de la naturaleza y objeto del contrato, de los gastos previsibles en preparación del cumplimiento, etc. Lo que no parece admisible es que la parte que desea renovar establezca unilateralmente en la notificación que, de no recibir respuesta en un plazo determinado, entenderá que el contrato ha sido prorrogado. Ello supondría dejar el contrato al arbitrio de una de las partes. Sí pueden convenir ambos contratantes, en una cláusula contractual, los plazos para notificar la decisión de continuar el contrato y su respuesta.

La comunicación de la decisión de no continuar el contrato en tiempo no razonable después de haber recibido la notificación de prórroga hará al contratante responsable de los daños y perjuicios que la confianza en la renovación del contrato hubiera podido ocasionar al otro contratante (gastos de preparación del cumplimiento, lucro cesante…).

> Ejemplo 3: En los hechos de los ejemplos 1 y 2, si cuando quedan quince días para la expiración del contrato de distribución, B comunica a la A su decisión de no renovar, B será responsable de los daños y perjuicios que la notificación extemporánea hubiera podido acarrear a A.

Sin embargo, las partes, sí así lo desean, podrán incluir en su contrato una cláusula de prórroga automática.

Finalmente, se prevé en el apartado tercero de la norma propuesta que el contrato no se prorrogará por un tiempo igual al plazo de vigencia inicial, sino que se convierte en contrato de duración indefinida [arts. 1:301 (3) Principios Europeos sobre los Contratos de Agencia Comercial, Franquicia y Distribución y art. III.-1:111 DCFR], por lo que le resultará de aplicación el art. 5.1.1 de estos Principios OHADAC.

CLÁUSULAS EN CONTRATOS CONTINUADOS DE DURACIÓN DETERMINADA

En algunos contratos resultará conveniente que las partes especifiquen los plazos en que deberán notificarse mutuamente el deseo de prorrogar y la decisión contraria a la renovación del contrato, con el objeto de evitar conflictividad. Y ello porque, a menudo, comunicaciones que a juicio de una de las partes se han realizado en fecha adecuada pueden parecer extemporáneas a la otra parte:

Opción A: Fijación del tiempo de las notificaciones sobre la prórroga voluntaria

> *"Si una de las partes desea prorrogar la vigencia del contrato, deberá notificarlo a la otra parte en el plazo de (…) meses antes de la expiración del contrato.*
>
> *Si la otra parte no desea aceptar la prórroga, deberá notificarlo a la otra parte en un plazo de (...) días a contar desde la recepción de la declaración de prórroga o desde que, habiéndola remitido el contratante, no hubiera podido ignorarla razonablemente".*

Es posible que las partes prefieran que el contrato no se extinga automáticamente a la expiración del plazo de vigencia establecido, sino que las partes han de expresar su voluntad de ponerle fin, mediante notificación a la otra parte con el preaviso establecido:

Opción B: Prórroga automática por periodos iguales al inicialmente pactado

> *"Las partes podrán dar por terminado el contrato al cumplimiento del periodo de vigencia, notificando a la otra parte su voluntad de no renovarlo, con (…) días de antelación a la fecha de finalización del contrato.*
>
> *Expirado el periodo de vigencia convenido sin que ninguna de las partes haya manifestado su intención de no renovarlo, el contrato se entenderá tácitamente prorrogado por periodos iguales sucesivos.*

La parte que decida terminar el contrato a la finalización del periodo inicial o de cualquiera de sus prórrogas no estará obligado a indemnizar a la otra parte, siempre que respete el plazo indicado de preaviso".

La obligación de comunicar la voluntad de terminación del contrato enlaza con la previsión de la prórroga automática tácita del apartado segundo. Así pues, a falta de terminación expresa de las partes, ejercitada de la manera anteriormente indicada, el contrato se prorrogará tácitamente por periodos iguales sucesivos.

Si la facultad de terminación del contrato se realiza en tiempo y forma, no procederá la indemnización, como indica el apartado tercero de la cláusula. Se trata de poner fin a un contrato al terminar el plazo de duración previsto, por lo que ningún perjuicio ha de generarse para las partes (que ya cuentan con dicha terminación). La vulneración del plazo pactado para el preaviso, sin embargo, supondrá un incumplimiento contractual que dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios según el régimen normal del incumplimiento del contrato (capítulo 7, sección 4).

Como alternativa, las partes podrán preferir que el contrato no se prorrogue por periodos iguales al inicial, sino que se convierta en contrato indefinido, con la consiguiente aplicación de la normativa de este (art. 5.1.1 Principios OHADAC):

Opción C: Prórroga automática y conversión en contrato indefinido

"Las partes podrán dar por terminado el contrato al cumplimiento del periodo de vigencia, notificando a la otra parte su voluntad de no renovarlo, con (…) días de antelación a la fecha de finalización del mismo.

Expirado el periodo de vigencia convenido sin que ninguna de las partes haya manifestado su intención de no renovarlo, el contrato se convertirá en indefinido".

Conforme a los Principios OHADAC, en los contratos continuados de duración definida las partes no pueden finalizar unilateralmente el contrato. La finalización antes del tiempo previsto por una de las partes, fuera del supuesto de *hardship* del art. 6.3.1, deberá considerarse incumplimiento contractual.

No obstante, en el ámbito de los Principios se permite a las partes pactar expresamente en el contrato una cláusula mediante la que se conceda a ambas partes contratantes la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* con preaviso razonable:

Cláusula D: Desistimiento unilateral

"En cualquier momento antes de la finalización del periodo de duración del contrato las partes están facultadas para desistir unilateralmente del contrato, sin necesidad de invocar causa alguna, mediante preaviso razonable.

El contratante que desista unilateralmente del contrato deberá compensar a la otra parte por los gastos que hubiere realizado con vistas al cumplimiento del contrato (e indemnizarle por el lucro cesante que le hubiere ocasionado la terminación del contrato con anterioridad a la fecha prevista)".

El apartado segundo de la cláusula recoge, a cargo de la parte que desiste del contrato, la obligación de compensar al otro contratante de los gastos razonables que, a pesar del preaviso, no ha podido evitar realizar. Asimismo, en determinados contratos, las partes pueden barajar la posibilidad de incluir una compensación por el lucro cesante (inciso final de la cláusula, que figura entre paréntesis); pues la creencia en la continuación del contrato hasta su finalización puede hacer confiar a la parte contratante en una perspectiva legítima de ganancia, que le desincentiva de realizar otros negocios.

Sección 2. Efectos frente a terceros

Art. 5.2.1: ***Caracterización del contrato a favor de tercero***

1. **Las partes contratantes (estipulante y promitente) pueden incluir estipulaciones a favor de un tercero (beneficiario), quien adquirirá, salvo pacto en contrario, el derecho a exigir al promitente su cumplimiento.**

2. **La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes.**

COMENTARIO:

1. El principio de relatividad contractual y el contrato a favor de tercero en los sistemas del OHADAC

El contrato a favor de tercero supone, en esencia, el otorgamiento a un tercero de un derecho derivado de una relación contractual existente entre el estipulante (contratante que tiene interés directo en aquel derecho) y el promitente (contratante que resulta obligado frente al tercero beneficiario). A la relación jurídica entre el estipulante y el promitente se la denomina "relación de cobertura". La relación entre el estipulante y el tercero beneficiario se denomina "relación de valuta".

La utilidad práctica en la contratación internacional de realizar estos pactos a favor de tercero reside en ser un importante instrumento de simplificación contractual y de economía jurídica. En este sentido, los pactos a favor de tercero son idóneos en relación con contratos vinculados entre sí o contratos en los que existe una pluralidad de intervinientes (contratos encadenados, subcontrataciones o contratos suscritos en el ámbito de grupos de sociedades).

> Ejemplo 1: La aseguradora A celebra un contrato de seguros con la empresa transportista B por la que cubre tanto a esta como a las empresas subcontratadas para hacer determinadas líneas. Si una empresa C asume, como subcontratada, una de estas líneas, automáticamente pasaría a ser beneficiaria del contrato de seguro suscrito entre A y B.

En otros casos, el contrato a favor de tercero puede funcionar como un instrumento de financiación, permitiendo que el estipulante, deudor del tercero y a la vez acreedor del promitente, llegue a un acuerdo con este para que asuma su deuda con el tercero; de este modo, en un único negocio jurídico podrá satisfacer su deuda con el tercero y ver compensado su derecho de crédito con el promitente.

> Ejemplo 2: La empresa A adquiere del distribuidor B un lote de mercancías, estipulándose en el contrato que el pago de las mismas deberá hacerse a la empresa fabricante C (que es, a su vez, acreedora de B). Con este contrato el distribuidor B ha logrado una financiación para satisfacer su deuda con C.

Finalmente, también es relativamente frecuente en la práctica la realización de contratos a favor de tercero con una clara finalidad de garantía del crédito que el

tercero beneficiario pueda tener frente al estipulante deudor [*ad ex.* seguros de créditos comerciales que cubren el riesgo por la pérdida derivada de la posible insolvencia de los clientes de modo que, por ejemplo, el asegurado (estipulante) celebra un contrato de *factoring* y designa a la sociedad de *factoring* como beneficiaria del derecho al cobro de las indemnizaciones].

El principio (civilista) de relatividad contractual y la doctrina (del *common law*) del *privity of contract* parten de un mismo significado: por un lado, suponen que un tercero no puede adquirir derechos y ejercitar acciones derivados de un contrato del que no es parte; por otra, implican la imposibilidad de que puedan imponérsele obligaciones a una persona que no haya consentido en ello. Sin embargo, la superación de estos límites al alcance subjetivo de los contratos ha tenido una evolución diferente en los distintos sistemas jurídicos, lo que tradicionalmente ha supuesto en el Derecho europeo un importante elemento de divergencia entre los sistemas romano-germánicos (y alguno del *common law*) y el Derecho inglés. Así, mientras que en los primeros, la admisión de los contratos a favor de tercero ya estaba sólidamente asentada en sus respectivas normativas, el Derecho inglés mantuvo su resistencia hasta fechas relativamente recientes [concretamente hasta la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999], en que admite por primera vez de forma expresa la flexibilización de la *privity*, permitiendo la invocación por los terceros de derechos concedidos en contratos en los que no son parte. La generalizada admisión de los contratos a favor de tercero se ha visto corroborada por su inclusión en los diferentes textos de armonización sobre contratos (art. 5.2.1 PU; art. 6:109 PECL; arts. II-9:301 a 9:303 DCFR).

Esta tendencia generalizada a la admisión de los contratos a favor de tercero también se confirma en los códigos civiles de los países del OHADAC, que regulan esta figura como excepción al principio de relatividad contractual. En algún caso, como ocurre en el Código civil venezolano, se hace de manera matizada, bajo la condición de que "un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación" (art. 1.164). En otro caso, como ocurre con el Código civil haitiano, no existe una regulación general del contrato a favor de tercero, sino que solo encontramos previsiones concretas que dejan entrever esa admisión, como ocurre con el contrato de renta al que se refiere el art. 1.737. No existe regulación expresa sobre los contratos con estipulación a favor de tercero en el ámbito de la *Commonwealth* caribeña que, por incidencia directa del *common law* inglés, se mantendría reticente a excepcionar el régimen de la *privity* de los contratos. No obstante, este silencio normativo no debe interpretarse de una forma rígida sino en el propio contexto de la evolución del Derecho contractual

anglosajón. En este sentido, todo hace prever la incorporación de la figura de los contratos a favor de tercero también en estas legislaciones.

2. Identificación de un contrato a favor de tercero

La primera dificultad que presentan los contratos a favor de tercero es su identificación, es decir, determinar cuándo nos encontramos ante un contrato que legitime al tercero para exigir el cumplimiento de la obligación estipulada a su favor. En todos aquellos supuestos en los que exista una voluntad claramente expresada en ese sentido por los contratantes no se plantea ningún problema específico; las dificultades aparecen cuando tal manifestación no se haya producido. Cabe preguntarse si incluyen estipulaciones a favor de tercero los seguros de responsabilidad civil, las garantías del fabricante sobre la calidad de los productos, el contrato celebrado entre una agencia de viajes y una compañía aérea para el transporte de sus clientes o los acuerdos sobre alimentos para los hijos que conviven con uno de los progenitores.

La calificación de estos supuestos dependerá del criterio utilizado en cada ordenamiento jurídico. Pueden diferenciarse, en este ámbito, dos grandes modelos: el que parte exclusivamente de la voluntad de las partes y el que introduce, además, parámetros objetivos para la identificación de las estipulaciones a favor de terceros.

Conforme al primer modelo, la voluntad de las partes es el único criterio del que cabe derivar, en su caso, la existencia de una verdadera estipulación a favor de tercero. Esto es lo que ocurre en la *Contracts Act (Rights of Third Parties)* de 1999. Ya con ocasión de los trabajos desarrollados en la *Law Commission* se establecieron los dos supuestos (*dual intention test*), finalmente recogidos en la sección 1 (1) y (2) de la *Contracts Act (Rights of Third Parties)* de 1999, determinantes del posible ejercicio de la acción por parte de terceros: el primero, cuando ese derecho le haya sido concedido expresamente en el contrato; el segundo, cuando el contrato le confiere un beneficio (presunción *iuris tantum*) a menos que, conforme a la interpretación o integración del contrato (*on the proper construction of the contract*), se derive que las partes no tuvieron la voluntad de otorgar ese derecho al tercero. Así, lo determinante para identificar un contrato a favor de tercero no es que del contrato se derive un beneficio para el tercero, sino que exista una voluntad de concederle un derecho de exigir el beneficio expresamente concedido (*right to sue*), circunstancia que solo puede derivarse, de un modo u otro, de la voluntad de las partes. En el mismo sentido, el art. 6:253 CC holandés y surinamés parte de una regla expresa de atribución de derecho, al indicar que el tercero puede demandar una prestación si el contrato contiene una estipulación a su favor.

Conforme al segundo modelo, además de la autonomía de la voluntad expresa de las partes, cabe derivar la atribución del derecho al tercero de circunstancias objetivas, tales como las "circunstancias del contrato", la "finalidad" del contrato o los usos. Este es el modelo que se sigue en el Derecho francés, aunque no se infiera directamente de la literalidad de sus preceptos. En la práctica, se acaban derivando una serie de contratos-tipo que conllevan verdaderas estipulaciones a favor de tercero (*ad ex.* contratos que implican obligaciones de asesoramiento o de seguridad o vigilancia, obligaciones del transportista en relación con la seguridad de los viajeros o las del vendedor profesional frente al comprador no experto). No obstante, el Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 (art. 114) parece decantarse únicamente por la voluntad de las partes como fuente del derecho del tercero.

En el ámbito de la OHADAC, la tendencia mayoritaria de los códigos civiles es contemplar la eficacia de la estipulación a favor de tercero a partir de la voluntad de las partes, derivando de dicha estipulación el derecho a exigir su cumplimiento por el tercero (art. 1.506 CC colombiano; art. 316 CC cubano; art. 1.549 CC hondureño; art. 1.869 CC mexicano; art. 1.108 CC panameño; art. 1.164 CC venezolano). El 741 CCom hondureño parte de la presunción, con posibilidad de pacto en contrario, de que toda estipulación incluida en un contrato confiere al tercero el derecho a exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación. Un matiz diferente se advierte en los arts. 1.122 CC francés y dominicano y en el art. 1.531 CC guatemalteco, que establecen una presunción de eficacia del contrato entre las partes "a no ser que se exprese lo contrario o resulte de la naturaleza misma del contrato" o "cuando así resulte del fin contemplado en el contrato". En la misma dirección se orienta el art. 963 CC santaluciano. Estas disposiciones amplían, por tanto, las posibilidades de identificar un contrato a favor de tercero basándose en circunstancias objetivas del contrato, aunque no sea claramente identificable la voluntad de las partes contratantes en ese sentido.

La regla fijada en los Principios OHADAC sigue el primero de los modelos expuestos para la identificación y caracterización de un contrato como contrato a favor de tercero, esto es, su identificación a partir de la voluntad de las partes. Este criterio es el más respetuoso con el régimen de interpretación contractual de los modelos inspirados en el Derecho inglés. Pero, además, evita la necesaria confrontación con las regulaciones nacionales a la que abocaría optar por el segundo modelo, ya que en estos casos la calificación del contrato requeriría analizar el fin o naturaleza del contrato dentro de cada Derecho estatal. Asimismo, el pacto entre las partes como fuente exclusiva del derecho del tercero excluye de la aplicación de las reglas aquí expuestas a aquellos supuestos en los que el tercero pueda tener una acción directa frente a una parte contratante basada en una obligación de origen legal y que

merecerán, en la mayoría de los casos, una calificación extracontractual. Por ejemplo, quedan fuera de la caracterización como contratos a favor de tercero las reclamaciones que las víctimas puedan realizar, sobre la base de la acción directa, al asegurador del responsable del daño.

El precepto comentado también incluye una referencia expresa a que la estipulación del derecho a favor de tercero supone reconocerle a este tercero una acción de cumplimiento frente al promitente. Se establece de este modo una presunción de que todo contrato que contenga una estipulación a favor de un tercero supone para este, salvo pacto en contrario de las partes, el otorgamiento de una acción para reclamar su derecho frente al promitente. Tal indicación que, como indicamos, está expresamente incluida en los códigos civiles mexicano y venezolano, tiene su interés en la medida en que la propia regla clarifica cuál es el régimen distintivo de este tipo de contratos respecto a la regla general de la *privity*. Ello puede ser especialmente significativo y relevante para el entorno de la *Commonwealth* caribeña a la hora de incorporar esta figura en su reglamentación. De hecho, el obligado respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y la sujeción a las estrictas reglas interpretativas del Derecho anglosajón aconsejarían esta formulación expresa en el contrato para evitar dudas sobre el verdadero alcance de la formulación del derecho a favor del tercero.

El segundo apartado del artículo que se comenta recuerda la vinculación del beneficio concedido con el contrato en el que se sustenta y su redacción es la misma que la recogida en el art. 5.2.1 PU. Resulta evidente que la dependencia del derecho del tercero de lo pactado por las partes es absoluta, de modo que del acuerdo entre las partes depende tanto el otorgamiento de un derecho al tercero como la posibilidad y el alcance de la acción reconocida al mismo, pudiendo establecer condiciones y limitaciones para su adquisición y ejercicio.

3. El régimen de los contratos a favor de tercero con eficacia *post mortem*

Un contrato a favor de tercero origina una diversidad de relaciones entre los diferentes sujetos implicados, algunas de las cuales (la relación de cobertura y la relación entre promitente y beneficiario) tienen su base directa en el propio contrato, mientras que la relación entre estipulante y beneficiario, siendo la causa y justificación del propio contrato, es en realidad una relación ajena. Sin embargo, esta autonomía del contrato respecto de la relación subyacente no se confirma en todos los casos y ni siquiera es defendida con la misma intensidad en todos los sistemas. El ejemplo más claro son los depósitos bancarios con designación de beneficiario para caso de muerte del titular depositante.

En el ámbito de la reglamentación en los Principios OHADAC, no se establece ninguna previsión específica sobre los contratos a favor de tercero con eficacia *post mortem*, particularmente por la clara divergencia que puede existir entre los sistemas romano-germánicos y del *common law*, e incluso entre los primeros entre sí. Tampoco lo hacen ninguno de los restantes textos de armonización contractual (PU, DCFR y PECL). La ausencia de regulación de esta cuestión no supone realmente una laguna, ni deja un vacío normativo sobre un aspecto esencial de los contratos a favor de tercero. La especial consideración de los regímenes sucesorios tiene que ver esencialmente con la relación de valuta entre estipulante y tercero y, por tanto, no es obligada su regulación en los contratos a favor de tercero. Desde una perspectiva abstracta, el contrato a favor de tercero mantendría su plena validez y eficacia, mientras la atribución del derecho realizada (y que integra la relación de valuta) podría ser posteriormente impugnada o anulada por el estipulante.

En aras a un principio de economía jurídica, lo que se propone en estos casos es la inclusión en el contrato de cláusulas específicas que permitan respetar las soluciones imperativas de la relación de valuta, ya sea a través de unas reglas específicas de revocabilidad de la estipulación o a través de la incorporación al contrato de un régimen propio de excepciones oponibles por el promitente frente a la acción de cumplimiento que interponga el tercero beneficiario. Estos dos aspectos serán tratados en los apartados correspondientes de estos Principios.

Art. 5.2.2: *Cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad*

Las partes contratantes pueden otorgar al beneficiario el derecho a invocar contra el promitente una cláusula que excluya o limite la responsabilidad del estipulante.

COMENTARIO:

Dentro de los posibles beneficios otorgados a terceros pueden pactarse como tales la extensión de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad incluidas en el contrato celebrado entre estipulante y promitente, de modo que el tercero pueda invocarlas también a su favor en caso de una reclamación frente al mismo. Así, viene recogida expresamente esta posibilidad de configuración del contrato a favor de tercero en el art. 5.2.3 PU y en el art. II-9:301 (3) DCFR. Este tipo de estipulaciones a favor de tercero presenta sus particularidades respecto de los supuestos más habituales de contratos a favor de tercero: por una parte, si generalmente el tercero

asume la posición de demandante frente al promitente, en este caso es el beneficiario el demandado por el promitente; por otra, porque en los casos-tipo de contratos a favor de tercero el fundamento de la demanda interpuesta por el tercero se halla en el propio contrato que vincula al estipulante y al promitente, mientras que en este supuesto la demanda del promitente frente al tercero generalmente se basará en la responsabilidad extracontractual de este. Así, sectores como el de la construcción o el del transporte son ámbitos en los que los pactos a favor de tercero se han mostrado especialmente útiles para extender a las empresas auxiliares los beneficios derivados de las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad incluidas en el contrato principal, como son las denominadas "cláusulas Himalaya". El caso frecuente de este tipo de "derechos" se encuentra en el sector de los contratos de transporte que suelen incluir en su clausulado un pacto en virtud del cual las limitaciones de responsabilidad del transportista también se aplicarán a favor de otros contratistas que colaboren con aquel en la ejecución del transporte. Con ello se ven beneficiados los porteadores efectivos que no son parte propiamente en el contrato de transporte y que podrían ampararse, frente a una reclamación o una demanda dirigida contra ellos, en las mismas limitaciones que, en su caso, podría invocar el transportista firmante del contrato.

> Ejemplo: Se celebra un contrato de transporte entre la empresa A y la transportista B, quedando fijada en el contrato una limitación máxima de responsabilidad en 30.000 dólares. Para realizar parte del transporte, B subcontrata con C. Producido un daño a la mercancía durante el curso de transporte, frente a la reclamación de A, la subcontratada C podrá invocar esa limitación máxima de responsabilidad de 30.000 dólares que estaba incluida en el contrato entre A y B.

La sección 3 (6) de la *Contracts (Rights of Third parties) Act* de 1999 regula con carácter general este tipo de cláusulas y la sección 6 (5) en relación con el contrato de transporte marítimo y para los contratos de transporte por ferrocarril, por carretera y aéreo. Los particulares antecedentes del Derecho inglés explicarían la necesidad de ese pronunciamiento expreso sobre estas cláusulas en la *Contracts (Rights of Third parties) Act*, tan importantes en el sector del Derecho marítimo, que habían obligado a recurrir a diferentes construcciones jurídicas para sortear las limitaciones derivadas de la *privity*. De este modo, la regulación de la *Contracts (Rights of Third parties) Act* supone admitir en el Derecho inglés la eficacia de las denominadas "cláusulas Himalaya", que permiten extender las limitaciones de responsabilidad del transportista a estibadores y demás contratistas independientes del transportista. Esto supone, siguiendo la línea ya marcada por las Reglas de La Haya-Visby en relación con dependientes y agentes del porteador (art. IV.*bis* del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en

materia de conocimiento de embarque, de 25 de agosto de 1924), establecer el mismo sistema de limitación de responsabilidad al margen del tipo de acción (contractual o extracontractual) que se pretenda ejercitar.

No existe una previsión semejante en el ámbito de los Derechos civiles europeos que inciden en el territorio OHADAC, ni siquiera en el proyecto de reforma del Derecho de obligaciones abierto en Francia en 2013. Sin embargo, este silencio normativo no supone negar la posibilidad de otorgar estos derechos a los terceros. Evidentemente, la respuesta definitiva habrá que darla en el marco de cada Derecho, pero la tendencia generalizada es que de la ausencia de referencia expresa no cabe derivar una prohibición de atribuir tales derechos en el marco de los contratos a favor de tercero.

En este contexto, la inexistencia de un pronunciamiento expreso en los códigos civiles de la OHADAC no ha de entenderse tampoco como una prohibición o una imposibilidad de pactar, a favor de terceros, cláusulas de este tipo. Existen regulaciones específicas que admiten, de forma expresa o implícita, la extensión de limitaciones de responsabilidad a terceros. Pueden citarse, en este sentido, el art. 702 CCom hondureño o el art. 216 de la Ley de Comercio Marítimo de 2006 de Venezuela. Puede entenderse, por tanto, que dentro de los márgenes permitidos a la autonomía de la voluntad de las partes, cabe admitir una configuración a favor de tercero de las cláusulas exonerativas de responsabilidad. En todo caso, deberá tenerse en cuenta la eficacia de tales cláusulas a la luz de lo dispuesto en los arts. 7.1.7 y 7.4.7 de estos Principios.

Art. 5.2.3: *Revocación de la estipulación a favor de tercero.*

La estipulación puede ser modificada o revocada mientras el beneficiario no haya comunicado a cualquiera de las partes contratantes su aceptación.

COMENTARIO:

1. Regla general de la revocabilidad y sus límites

El origen contractual del derecho del tercero implica su dependencia de la configuración que las partes le hayan dado en el contrato y también de las condiciones temporales que, en su caso, hayan establecido para su adquisición. En este contexto, es importante fijar el momento hasta el que puede producirse la revocación o modificación del derecho del tercero y que determina, en la práctica, el momento a partir del cual el tercero puede entender adquirido su derecho. A falta de un pacto

expreso en otro sentido, el límite establecido es el de la aceptación del derecho por el tercero. Se trata con ello de guardar cierto equilibrio entre la libertad contractual de las partes contratantes y la seguridad jurídica del tercero beneficiario. Este es el sistema seguido en los códigos civiles francés y dominicano, en la sección 2 (3) de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 y también es la solución del código civil holandés y surinamés, al establecer como límite a la revocabilidad la aceptación por el tercero [art. 6:253.2º]; también es la solución que se defiende para el Derecho español. Asimismo, la aceptación por el tercero es el límite establecido en los diferentes códigos civiles del ámbito de la OHADAC (art. 1.010 CC costarricense; art. 1.121 CC dominicano y francés; art. 1.549 CC hondureño; art. 1.871 CC mexicano; art. 1.875 CC nicaragüense; art. 1.108 CC panameño; art. 1.209 CC portorriqueño; art. 962 CC santaluciano). También es la solución acogida en los PU y en los PECL. Sin embargo, el DCFR parte de una premisa parcialmente diferente, cual es fijar el límite a la modificación o revocación del derecho en el momento de la comunicación al tercero de que este derecho se le ha concedido en virtud del contrato. Ello supone fijar un régimen de adquisición automática e inmediata del derecho por parte del beneficiario que obliga, posteriormente, a establecer un sistema de renuncia [art. II-9:303 (1) DCFR] que vendría a funcionar, *mutatis mutandis*, como una especie de condición resolutoria del derecho atribuido al tercero.

La regla incluida en estos Principios recoge la regulación mayoritaria de fijar en la aceptación del tercero el límite a la modificación o revocabilidad de su derecho. De este Principio se deriva, salvo que otra cosa se haya establecido, la necesidad de aceptación del derecho por el tercero, de modo que, si el beneficiario fallece antes de haber consentido, nada habrá adquirido y nada habrá transmitido a sus herederos.

La regla establecida favorece y facilita, además, la relación contractual entre estipulante y promitente que sabrán de antemano hasta qué momento podrán modificar o revocar los pactos que afecten al tercero. Resulta fundamental no solo el hecho de la aceptación sino también que esta haya sido comunicada a cualquiera de las partes contratantes, lo que puede derivarse de una declaración de voluntad expresa en ese sentido o bien del hecho mismo de plantearse una reclamación frente al promitente para exigir su cumplimiento (tal y como prevé el art. 316 CC cubano). En ambos casos puede entenderse que existe esta comunicación y es el criterio generalmente compartido por las legislaciones civiles de la OHADAC. La comunicación de la aceptación es una circunstancia que también garantiza la seguridad jurídica de las partes contratantes.

Se plantea adicionalmente la cuestión del destinatario de tal aceptación. Los Derechos civiles caribeños que se pronuncian sobre esta cuestión establecen que deberá

comunicarse al promitente, obligado al cumplimiento de la prestación (así puede comprobarse en los códigos civiles de Cuba, Honduras, Nicaragua, Panamá y Puerto Rico). La misma solución se mantiene en la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999. No obstante, la regla incluida en los Principios OHADAC parte de la posibilidad de comunicación de la aceptación a cualquiera de las partes contratantes, en la misma línea sostenida por el Código civil holandés y surinamés [art. 6:253.3º] o en el Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 (art. 115). Esta solución es coherente con el régimen de titularidad del derecho a revocar que se verá seguidamente.

Se excluye en el ámbito de los Principios OHADAC la posibilidad de aceptación tácita del derecho. Esta opción aparece recogida en el Código civil colombiano (art. 1.506) derivada de los actos realizados por el deudor que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato; también la establece, con una fórmula más flexible, el art. 5.2.5 de los PU. Tal criterio, además de no estar mayoritariamente aceptado en el entorno OHADAC, plantea importantes problemas interpretativos para identificar los comportamientos que puedan suponer, o no, una aceptación y, en consecuencia, introduce una incertidumbre innecesaria en el devenir contractual.

A pesar del silencio de los códigos civiles caribeños sobre este punto, cabe entender incluida en la regla no solo la posibilidad de revocación, sino también de modificación del derecho atribuido al tercero, tal y como recogen los PU y también el DCFR. La lógica en este caso es similar a la revocación, por cuanto la aceptación por el tercero del beneficio concedido a su favor se ha hecho en los términos pactados; una modificación posterior, particularmente si fuera perjudicial para los intereses del tercero, podría considerarse una restricción de sus derechos adquiridos.

En cualquier caso, no cabe entender que la regla establecida sobre el límite a la revocabilidad tenga un carácter imperativo si las partes expresamente han pactado un régimen específico de revocabilidad o de modificación del derecho y, en consecuencia, ello es un dato conocido por el tercero beneficiario. Así lo prevé, por ejemplo, el CC guatemalteco, que contempla la posibilidad de que el estipulante se reserve el derecho a revocar el derecho del tercero (art. 1.533). Por tanto, la regla incluida en los Principios OHADAC se limita a una presunción que garantiza la seguridad jurídica del beneficiario, en la medida en que conoce sobre la base del contrato las condiciones y alcance de su derecho, y también garantiza la autonomía y la libertad de las partes contratantes, que pueden configurar a su medida el derecho que se le quiera atribuir al tercero.

2. Titularidad del derecho de revocación

Los Principios OHADAC no establecen ninguna regla en relación con la titularidad del derecho a revocar, considerando que esta cuestión deberá quedar determinada en cada caso por lo que establezcan las partes contratantes. El Derecho comparado ofrece en este punto dos modelos divergentes: la titularidad exclusiva del estipulante, recogida en el apartado segundo del art. 6:253 CC holandés y surinamés, que comparte el Anteproyecto de reforma francés de 2013; y la titularidad compartida, con exigencia de acuerdo entre estipulante y promitente, recogida en la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999.

La misma diversidad la encontramos en los textos de armonización contractual: mientras que los PU se inclinan por una titularidad compartida entre promitente y estipulante, los PECL atribuyen la titularidad exclusiva al estipulante y el DCFR deja la determinación de la titularidad del derecho de revocación a lo que se establezca en el contrato.

Esta dualidad en el ámbito de la titularidad del derecho a revocar también se observa en las regulaciones existentes en los países de la OHADAC. Así, el Código civil colombiano parte de la voluntad de ambas partes contratantes (art. 1.506). El Derecho venezolano (art. 1.164 CC) presupone la titularidad del estipulante al indicar que este no puede revocar si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella; una solución similar ofrece el art. 962 CC santaluciano. En un sentido más extremo, el Derecho guatemalteco (art. 1.533 CC) permite que el estipulante pueda reservarse el derecho de sustituir al tercero independientemente de la voluntad de este y del otro contratante. Otros códigos civiles, como el cubano, el dominicano, el mexicano o el nicaragüense, nada establecen al respecto.

La inexistencia de una regla específica en los Principios OHADAC simplemente supone que serán las partes contratantes las que, a la vista de las circunstancias de cada contrato, fijen quién puede modificar o revocar el derecho. Desde la perspectiva estrictamente contractual no resulta estrictamente necesario, sobre todo ante la ausencia de consenso, tener que establecer un régimen específico de titularidad del derecho a revocar que está fundamentalmente pensando en la relación subyacente entre el estipulante y el tercero beneficiario. La ausencia de regulación expresa no supone una laguna, sino un sometimiento general a la interpretación del contrato que une a estipulante y promitente y a la libre voluntad que hayan manifestado. Esta solución es la más consecuente con la configuración contractual del derecho del tercero y permite, en cada caso, establecer las posibilidades de revocación en función de quién tenga verdadero interés en la atribución del derecho al tercero. Habitualmente, se entiende que dicho interés corresponde al estipulante, pero nada

impide que el promitente también lo pueda tener y, en consecuencia, requiera un acuerdo para cualquier modificación o revocación del mismo.

Art. 5.2.4: *Excepciones oponibles*

El promitente solo podrá oponer al beneficiario, salvo pacto en contrario, las excepciones derivadas del contrato que contiene la estipulación en favor del beneficiario.

COMENTARIO:

Los contratos a favor de tercero condicionan el régimen de excepciones oponibles por el promitente cuando el tercero beneficiario reclama el cumplimiento de la prestación. En estos casos, debe determinarse qué excepciones pueden invocarse y sobre la base de qué relaciones, considerando la trilogía presente en estos casos: la relación entre estipulante y promitente, plasmada en el contrato que contiene la estipulación; la relación de valuta entre estipulante y tercero; y las relaciones al margen que puedan tener el promitente y el tercero.

El régimen de las excepciones oponibles por el promitente frente al tercero constituye uno de los ámbitos, dentro del régimen de los contratos a favor de tercero, que menos diferencias presentan en un análisis de Derecho comparado: el tercero asume una posición propia, únicamente dependiente de la configuración que hagan de su derecho el promitente y el estipulante en el contrato. Esto distingue la estipulación a favor de tercero, con la autonomía característica del derecho de este, de los derechos que, en su caso, puedan corresponderle a terceros "causahabientes" de una de las partes contratantes. La cuestión ha tenido su especial relevancia en el sector de la responsabilidad civil marítima del Derecho inglés a la hora de valorar la posición de los terceros perjudicados demandantes frente a los Clubes de seguros de Protección e Indemnización (P & I): negándoles la cualidad de terceros beneficiarios, ven condicionada su posición por la asumida previamente por el asegurado (esto es, el perjudicado "se calza en los zapatos" del asegurado).

En lógica correspondencia con esa autonomía del derecho del tercero beneficiario, no resultarán oponibles frente a este las excepciones personales basadas en relaciones ajenas al contrato que contiene la estipulación, que tuviera el promitente frente al estipulante. Esta regla es clara en aquellos sistemas jurídicos que la recogen expresamente; pero también se deriva, por ser acorde con la naturaleza del contrato a

favor de tercero, de aquellos sistemas que no introducen esta salvedad de forma expresa. Así, ante la reclamación efectuada por el tercero frente al promitente para exigir la prestación pactada a su favor, este no podrá oponerle, por ejemplo, una excepción de compensación de créditos que tuviera con el estipulante, basada en una relación obligatoria previa con este último.

Sobre la base del mismo principio, tampoco el promitente puede oponer excepciones frente al tercero basadas en la relación de valuta entre el estipulante y el tercero. Con carácter general, el promitente no podrá oponer frente al tercero cuestiones tales como la nulidad o la revocabilidad de la relación de valuta para liberarse del cumplimiento de la obligación que había comprometido.

La solución incluida en los Principios OHADAC incorpora el sentido del art. 1.872 CC mexicano y del art. 745 CCom hondureño, que limitan expresamente las excepciones oponibles por el promitente a las basadas en el contrato del que deriva el derecho del tercero. Del silencio del resto de los códigos civiles no debe derivarse un diferente criterio sobre este punto, dado que, como hemos indicado, es consustancial al propio reconocimiento de los contratos a favor de tercero la autonomía del derecho de este y su origen en el contrato que vincula al estipulante y promitente; como presunción general de este tipo de contratos se deriva la imposibilidad de invocar las excepciones personales que el estipulante tuviera frente al promitente.

El precepto incorporado en los Principios tiene, en todo caso, un carácter dispositivo. Puede llegarse a otra solución si así se pacta en el contrato que une al promitente y al estipulante. Un ámbito claro en el que esta incorporación se suele producir es el referido a la asunción de deuda que tenía el estipulante frente al tercero: en estos supuestos, lo habitual es que sean oponibles frente al tercero las excepciones personales que tiene el promitente frente al estipulante.

> Ejemplo: En un contrato de compraventa, el comprador (X) retiene parte del precio para abonar las deudas del vendedor (Y) respecto de acreedores determinados (Z1, Z2 y Z3), frente a quienes se obliga a efectuar el pago. Y es el estipulante, X es el promitente y Z1, Z2 y Z3 los beneficiarios.

En la medida en que no afecta a la autonomía y configuración del derecho otorgado al tercero, nada impide que el promitente oponga frente a este las excepciones basadas en las relaciones personales entre él y el tercero, que se regirían por el régimen general de la obligación vigente entre ellos. No resulta necesario introducir una regla específica sobre tal extremo en los Principios, en la medida que tal posibilidad de oponibilidad de cláusulas responde al sistema habitual de dinámica de la relación obligatoria y, por tanto, es ajena a la especificidad de los contratos a favor de tercero.

CAPÍTULO 6
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Sección 1: Disposiciones generales

Artículo 6.1.1: *Lugar del cumplimiento*

1. Si el contrato no determina el lugar de cumplimiento de una obligación contractual, dicho lugar será:

a) En las obligaciones pecuniarias, el lugar de establecimiento o, en su defecto, de residencia habitual del acreedor en el momento de celebración del contrato.

b) En los demás casos, el lugar del establecimiento o, en su defecto, de residencia habitual del deudor en el momento de celebración del contrato.

2. En caso de pluralidad de establecimientos, se estará a aquel que tenga un vínculo más próximo con el contrato en el momento de su conclusión.

3. No obstante, si una parte ha modificado su lugar de establecimiento o residencia con posterioridad a la celebración del contrato, podrá requerir o llevar a cabo el cumplimiento en el establecimiento o residencia posterior, siempre que lo notifique a la otra parte con suficiente antelación. En tal caso, la parte que ha modificado su establecimiento o residencia asumirá los gastos y costes que se deriven del cambio de lugar de cumplimiento.

COMENTARIO:

El lugar de cumplimiento de la obligación será, en primer término, el que expresamente hayan pactado las partes en el contrato. Aun cuando esta circunstancia no haya sido expresamente contemplada, en muchos supuestos las reglas generales de interpretación del contrato, incluyendo los usos comerciales, pueden permitir inferir

una obligación implícita de cumplimiento en un determinado lugar. Así, respecto de la obligación de pago, las cláusulas "efectivo neto", "efectivo contra factura" o "efectivo antes de entrega" implican en muchos casos que el pago ha de tener lugar en el establecimiento del vendedor. Del mismo modo, en una compraventa internacional puede interpretarse que si el pago ha de hacerse contra entrega de mercancías o documentos, el lugar de pago coincidirá con el lugar de entrega [sección 28 *Sales of Goods Act* inglesa de 1979; sección 29 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 29 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 29 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 29 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 30 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 28 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica; art. 1.929 CC colombiano; art. 1.087 CC costarricense; art. 352 (a) CC cubano; art. 1.651 CC francés y dominicano; art. 1.825.2º CC guatemalteco; art. 1.436 CC haitiano; art. 7:26 CC holandés y surinamés; art. 1.659 CC hondureño; arts. 2.084 y 2.294 CC mexicano; art. 2.661 CC nicaragüense; art. 360 CCom nicaragüense; art. 1.271 CC panameño; art. 773 CCom panameño; art. 1.389 CC portorriqueño; art. 1.443 CC santaluciano; art. 299 CCom santaluciano; art. 1.528 CC venezolano; art. 57.1º (b) CV].

Si el contrato no ofrece indicación ni indicio alguno acerca del lugar de cumplimiento, es conveniente establecer una regla subsidiaria que resuelva la laguna, funcionando como una regla interpretativa o de integración del contrato. El apartado primero del artículo 6.1.1 de estos Principios distingue a la hora de establecer esta presunción, según que se trate de una obligación pecuniaria o no pecuniaria.

Respecto de las obligaciones pecuniarias, existe una gran diversidad de soluciones en los sistemas comparados presentes en el Caribe. En primer término, buena parte de los sistemas establecen como regla de cierre que las obligaciones pecuniarias deberán cumplirse en el lugar de establecimiento del acreedor [*ad ex.* art. 1.083 CC santaluciano; art. 57.1º (a) CV; art. 6.1.6 (1) (a) PU; art. III-2:101 (1) (a) DCFR], precisado en algunos casos en el momento de la conclusión del contrato (art. 7:101 (1) (b) PECL; art. 125.1 CESL; regla que siguen asimismo los sistemas tributarios del *common law)* y en otros en el momento del cumplimiento de la obligación de pago (*ad ex.* art. 236.1º CC cubano). En contrapartida, buena parte de los sistemas romano-germánicos parte de la regla contraria, inspirada en el principio *favor debitoris,* partidario de entender como lugar de pago el del domicilio del deudor (art. 778 CC costarricense; art. 451 CCom costarricense; art. 1.646 CC colombiano; art. 1.247 CC francés y dominicano, mantenido en el art. 191 del anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 1.398 CC guatemalteco; art. 1.033 CC haitiano; art. 1.436 CC hondureño; art. 2.082 CC mexicano; 2.031 CC nicaragüense; art. 1.058 CC panameño; art. 1.125 CC portorriqueño; art. 1.295 CC venezolano).

Los Principios han optado, en la letra (a) del apartado 1, por la regla que presume como lugar de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias el correspondiente al establecimiento del acreedor, fijado en el momento de la celebración del contrato. La preferencia por el lugar de establecimiento del acreedor responde en mejor medida a los usos generales del comercio internacional y a los medios técnicos más usuales en los medios de pago. Por otra parte, la precisión de dicho establecimiento en el momento de contratar responde a la necesaria previsibilidad y la propia economía del contrato, que aconseja que el deudor pueda anticipar los costes que implicará el pago. Aunque la regla prevista para las obligaciones pecuniarias no coincida con las presunciones contrarias de buena parte de los sistemas romano-germánicos, su aplicación no planteará ningún problema en la medida en, dado su carácter dispositivo, la sujeción por las partes a los Principios OHADAC implicará la incorporación al contrato de este criterio, cuyo alcance puramente fáctico no suscita dificultades interpretativas.

Existe mayor unanimidad a la hora de precisar el lugar de cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias o características, cuando dicho lugar no se ha determinado ni puede inferirse del contrato. En tal caso, se presume generalmente que el lugar de cumplimiento ha de ser el del establecimiento de la parte que debe cumplir dicha obligación (art. 1.646 CC colombiano; art. 778 CC costarricense; art. 451 CCom costarricense; art. 1.247 CC francés y dominicano, mantenido en el art. 191 del anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 1.398 CC guatemalteco; art. 1.033 CC haitiano; art. 6:41 CC holandés y surinamés; art. 1.436 CC hondureño; art. 2.082 CC mexicano; art. 2.031 CC nicaragüense; art. 1.058 CC panameño; art. 1.125 CC portorriqueño; art. 1.083 CC santaluciano; art. 1.295 CC venezolano; art. 31 (c) CV; art. 6.1.6 (1) (b) PU; art. 7:101 (b) PECL; art. III-2:101 (1) (b) DCFR]. La letra (b) del apartado primero del presente artículo sigue esta regla generalmente aceptada y plenamente consecuente con la economía del contrato. Del mismo modo, el apartado tercero permite un cambio de lugar de cumplimiento en las condiciones y con las consecuencias ya señaladas. En los sistemas romano-germánicos, suelen concurrir, sin embargo, algunas reglas especiales relativas a obligaciones sobre bienes específicos que tienden a la determinación del lugar de situación, producción o entrega al porteador del bien [art. 1.646 CC colombiano; art. 778 CC costarricense; art. 1.247 CC francés y dominicano art. 236 CC cubano; art. 1.398 CC guatemalteco; art. 1.033 CC haitiano; art. 6:41 CC holandés y surinamés; art. 1.436 CC hondureño; art. 2.083 CC mexicano; art. 2.031 CC nicaragüense; art. 1.050 CC panameño; art. 758 CCom panameño; art. 1.125 CC portorriqueño; art. 1.083 CC santaluciano; art. 1.295 CC venezolano; arts. 31 CV]. Sin embargo, estas reglas especiales no ponen en

entredicho la regla general, pues en buena medida, tal y como se establece en el propio precepto, las reglas subsidiarias únicamente se aplicarán si conforme a las reglas de integración del contrato y, en particular de los usos comerciales, no puede inferirse un lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El apartado segundo del precepto establece una precisión interpretativa para aquellos casos en que no quepa determinar con claridad el establecimiento o la residencia a tener en cuenta, por el hecho de que el sujeto tenga una pluralidad de establecimientos o residencias, en cuyo caso se estará al que presente el vínculo más estrecho con el contrato en el momento de su conclusión. Esta regla se contiene en los arts. 7:101 (2) PECL; III-2:101 (2) (a) DCFR; y 125.2 CESL.

Si una parte cambia de lugar de establecimiento, nada impide que, por razones asimismo de economía del contrato, el cumplimiento se pueda realizar en el nuevo establecimiento, siempre que se lo notifique a la otra parte con la debida antelación y asuma los costes derivados de dicho cambio, que pueden responder a motivos de muy diversa índole, incluidos costes de negociación bancaria. De ahí la regla establecida en el apartado tercero del precepto [que se contiene asimismo en los arts. 2.032 y 2.033 CC nicaragüense; art. 1.400 CC guatemalteco; art. 6.1.6 (2) PU; art. III-2:101 (1) (a) DCFR].

Artículo 6.1.2: *Momento del cumplimiento*

1. El deudor ha de cumplir sus obligaciones:

a) En la fecha pactada, cuando el contrato disponga una fecha determinada o determinable.

b) Cuando el contrato fije un periodo determinado o determinable, en cualquier momento de dicho periodo, a menos que se interprete que corresponde a la otra parte escoger el momento del cumplimiento.

c) En los demás casos, en un plazo razonable desde el momento de la conclusión del contrato.

2. El deudor deberá, en la medida de lo posible y salvo que las circunstancias indiquen lo contrario, cumplir sus obligaciones de una sola vez.

COMENTARIO:

1. Determinación del momento de cumplimiento

Las partes tienen libertad absoluta para establecer una fecha o momento concreto en el que debe realizarse el cumplimiento. La fecha de cumplimiento puede indicarse mediante la referencia a un concreto día, semana o mes, en cuyo caso resulta determinada; pero también es posible que se establezca por referencia a un determinado hecho (por ejemplo, al día siguiente a la recepción de la mercancía), en cuyo caso es determinable. En ambos supuestos, el momento de cumplimiento será el previsto en el contrato, de conformidad con lo dispuesto en la letra (a) del apartado primero de este artículo. Una regla similar se encuentra en los arts. 6.1.1 (a) PU; 7:102 (1) PECL; y III-2:102 (1) DCFR.

Es igualmente frecuente que las partes, en lugar de una fecha concreta determinada o determinable, contemplen un plazo o periodo de cumplimiento. Para el cómputo de dicho plazo deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 1.4 de estos Principios. La regla establecida en la letra (b) del apartado primero de este artículo presume que en estos casos la parte obligada puede cumplir en cualquier momento comprendido en el plazo o periodo acordado [*ad ex.* art. 776 CC costarricense; art. 1.187 CC francés y dominicano; art. 1.282 CC guatemalteco; art. 976 CC haitiano; art. 1.389 CC hondureño; art. 6.1.1 (b) PU; art. 7:102.2 PECL; art. III.-2:102 (2) DCFR; art. 165 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013]. Esta es la interpretación más extendida en la fijación de cualquier plazo, término o periodo, que normalmente se entiende establecido a favor del deudor, pero nada impide que, conforme a las reglas de interpretación del contrato contenidas en la sección primera del capítulo 4 y a la luz de lo dispuesto en el contrato y de su finalidad, se entienda que corresponde al acreedor la determinación de la fecha concreta en que el deudor debe cumplir, dentro del plazo establecido. Así ocurre, por ejemplo, si las partes han acordado una compraventa FOB.

Sin embargo, puede suceder que las partes contratantes no acuerden nada respecto al momento o plazo en el que las obligaciones deben ser cumplidas. En tales casos, las soluciones previstas en los sistemas jurídicos caribeños adoptan distintas fórmulas con resultados no siempre semejantes. En los países tributarios del *common law* el cumplimiento de la obligación deberá llevarse a cabo en un plazo razonable desde la celebración del contrato [art. 330 (2) CCom santaluciano; sección 29.3 de la *Sale of Goods Act* inglesa de 1979; sección 30.2 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 30.2 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 30.2 *Sale of Goods Act* de

Bahamas; sección 30.2 *Sale of Goods Act* de Trinidad-Tobago; sección 31.3 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 29.2 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica).

La solución en los sistemas romano-germánicos es diferente. En algunos casos se contemplan plazos concretos presuntivos, según que la prestación sea de dar o de hacer, que van desde las veinticuatro horas hasta un año. Así, para la compraventa mercantil el plazo de entrega suele fijarse en algunos sistemas en veinticuatro horas (*ad ex.* art. 924 CCom colombiano; art. 465 CCom costarricense; art. 337 CCom cubano; art. 379 CCom mexicano; art. 352 CCom nicaragüense; art. 758 CCom panameño; art. 255 CCom portorriqueño); pero la regla más frecuente es que la obligación debe cumplirse al día presente o inmediatamente (*statim debetur:* art. 774 CC costarricense; art. 6:38 CC holandés y surinamés; art. 1.013 CC panameño; art. 1.212 CC venezolano), generalmente desde el momento en que el acreedor reclama su cumplimiento, o en el caso de la compraventa al momento de entrega de la mercancía (*ad ex.* art. 947 CCom colombiano; art. 380 CCom mexicano; art. 753 CCom panameño; art. 1.443 CC santaluciano; art. 299 CCom santaluciano). En efecto, el deudor incurre en mora, con carácter general, tras el requerimiento judicial para el cumplimiento (art. 1.608.3º CC colombiano; art. 295.1º CC cubano). Tal exigencia no se compadece con la necesaria eficiencia de los intercambios internacionales, al generar costes procesales a veces innecesarios, otorgar al acreedor una excesiva discrecionalidad y no contribuir a aumentar en cambio la seguridad jurídica. Su rigidez se atenúa en ocasiones, reconociendo al deudor un plazo razonable para el cumplimiento conforme a criterios de buena fe o razonabilidad (art. 2.080 CC mexicano), y en otras se traslada al propio juez la tarea de determinar un plazo de cumplimiento (art. 1.551 CC colombiano; art. 1.901 CC francés y dominicano; art. 1.401 CC guatemalteco; art. 1.390 CC hondureño; art. 1.900 CC nicaragüense; art. 1.081 CC portorriqueño; art. 1.212 CC venezolano).

La regla propuesta en la letra (c) del primer apartado del artículo reconduce estos criterios hacia una regla flexible, consistente en la estimación de un "plazo razonable", cuyo carácter abierto parece imprescindible en un ámbito complejo y variopinto como es el comercio internacional. Este es el criterio previsto asimismo, con ligeras variantes, en los instrumentos internacionales de armonización del Derecho contractual [art. 33 c) CV; art. 6.1.1 (c) PU; art. 7:102 (3) PECL; art. III.-2:102 (1) DCFR; art. 95.1º CESL], y se muestra compatible con las tendencias observadas en el Derecho contractual comparado en el ámbito caribeño.

Para el establecimiento del momento de cumplimiento de las obligaciones, las reglas establecidas deben tener presente, asimismo, la interrelación entre las obligaciones y el orden de cumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1.4 de estos Principios.

2. Cumplimiento de una vez o por etapas

El apartado segundo del artículo se encuentra inspirado en el artículo 6.1.2 de los PU y se refiere al cumplimiento de obligaciones divisibles en que las partes no han fijado un momento determinado y fijo de cumplimiento, pues en caso contrario no hay duda de que la obligación debe ser cumplida por completo en ese momento. Si el momento de cumplimiento de una obligación divisible no se ha determinado, o se ha establecido un plazo o periodo de cumplimiento, existe la duda de si el deudor debe cumplir de una vez y por completo sus obligaciones o tiene derecho a escalonar dicho cumplimiento en etapas o plazos durante el periodo de cumplimiento establecido o que resulte razonable.

La regla propuesta parte de la presunción de que, en principio, el acreedor tiene derecho a que la obligación sea cumplida de una vez y por completo en un solo momento. La presunción responde a un principio razonable de economía del contrato. Se encuentra recogida de manera expresa para los contratos de compraventa en la sección 302 (1) CCom santaluciano; sección 31 de la *Sale of Goods Act* inglesa de 1976; sección 32 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 32 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 32 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 32 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 33 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 31 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 2-307 UCC). En los sistemas romano-germánicos solo hay ocasionalmente un reconocimiento expreso de dicha regla (art. 462 CCom costarricense), pero sí se da un principio general de tratamiento similar de las obligaciones entre un único deudor y un único acreedor, con independencia de que la obligación sea o no divisible, por lo que la regla encaja asimismo en esta familia jurídica.

Ciertamente, la regla no funciona de manera rígida. Por una parte, exige que el cumplimiento de una vez o en un único acto sea materialmente posible. En ciertas obligaciones divisibles, puede existir un cierto orden natural en el cumplimiento que requiera un cumplimiento diferido en etapas. Así, en un contrato de ingeniería de cierta complejidad, donde existe un plazo general de cumplimiento, es obvio que la entrega llave en mano o el suministro del producto tecnológico será previo, por ejemplo, a la asistencia técnica de formación del personal para su utilización. Pero además de estos casos, incluso en obligaciones más homogéneas y perfectamente divisibles, como la entrega de bienes genéricos, materias primas o lotes de unidades de producto, puede que la entrega en un acto y en un momento único, aun siendo factible, no resulte razonable por razones de logística que interesan a ambas partes. En consecuencia, la regla debe entenderse asimismo como una mera presunción *iuris*

tantum que implica un canon interpretativo específico que funciona como una mera guía en el marco general de las reglas de interpretación del contrato.

Es preciso señalar que, a pesar de lo dispuesto específicamente para los contratos de compraventa por el Derecho escrito, la jurisprudencia inglesa tiende más bien hacia la divisibilidad tanto de las obligaciones como del cumplimiento, cuando las partes no han establecido una obligación expresa de cumplimiento completo en un solo momento [*The Juliana* (1822), 2 Dods. 504; *Davidson v Jones-Fenleigh* (1980), 124 SJ 204]. Sin embargo, la sujeción por las partes a los Principios OHADAC implicará la incorporación por referencia de la regla comentada, cuyos efectos pueden ser reconocidos perfectamente por jueces o árbitros de cultura anglosajona.

Evidentemente, al margen del papel interpretativo de la regla, siempre resulta aconsejable, y así se recomienda, que las partes acuerden un régimen específico e inequívoco sobre el momento de cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

Artículo 6.1.3: *Cumplimiento anticipado*

1. **El acreedor no podrá negarse a aceptar el cumplimiento anticipado de la obligación salvo que tenga un interés legítimo.**
2. **Los gastos adicionales derivados del cumplimiento anticipado serán de cuenta del deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que pueda corresponder al acreedor.**
3. **La aceptación por el acreedor del cumplimiento anticipado no altera el momento de cumplimiento de su obligación.**

COMENTARIO:

El cumplimiento anticipado supone que una de las partes cumple su obligación antes del término o del inicio del plazo de cumplimiento establecido de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.

En principio, se da la presunción de que un cumplimiento anticipado no perjudica al acreedor. Esta presunción se convierte en regla en muchos sistemas romano-germánicos, que parte de la presunción de que el término o el plazo de cumplimiento se establece en beneficio del deudor, por lo que este tiene derecho a renunciar a dicho

beneficio, anticipando el cumplimiento, a menos que del contrato se deduzca claramente lo contrario (*ad ex.* art. 776 CC costarricense; art. 238 CC cubano; art. 1.187 CC francés y dominicano, mantenido en el artículo 165 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones; art. 1.282 CC guatemalteco; art. 976 CC haitiano; art. 6:39 CC holandés y surinamés; art. 1.958 CC mexicano; art. 1.214 CC venezolano). No obstante, la mayoría de estos sistemas admiten excepciones en razón de la naturaleza y finalidad del contrato, permitiendo interpretar que el término o plazo se ha establecido en beneficio de ambas partes o exclusivamente del acreedor. Por lo demás, en otros sistemas romano-germánicos la presunción *favor debitoris* no se mantiene, y se entiende que el término o plazo se fija tanto en beneficio del acreedor como del deudor (*ad ex.* art. 1.389 CC hondureño; art. 1.899 CC nicaragüense; art. 1.012 CC panameño; art. 1.080 CC portorriqueño), por lo que el cumplimiento anticipado tendría el límite impuesto por el propio interés legítimo del acreedor en que la obligación sea cumplida en plazo. En los sistemas de la región caribeña tributarios del modelo angloamericano el acreedor puede, por regla general, rechazar el cumplimiento anticipado, principio que rige en aquellos sistemas romano-germánicos que únicamente prevén la posibilidad de cumplimiento anticipado si así se ha acordado por las partes (art. 1.889 CC nicaragüense).

Los Principios OHADAC han optado por seguir la línea de los textos internacionales de armonización del Derecho contractual, que reconocen como principio la posibilidad de cumplimiento anticipado, siempre que no perjudique al acreedor o vulnere sus intereses legítimos [art. 6.1.5. (1) PU; art. 7:103 (1) PECL; art. III-2:103 (1) DCFR; art. 130 CESL). La regla es más rigurosa para el acreedor que la prevista en el art. 52 CV, que prevé la discrecionalidad del acreedor para recibir o rechazar las mercancías entregadas de forma anticipada. En efecto, el cumplimiento anticipado, particularmente de las obligaciones pecuniarias, no tienen por qué perjudicar al acreedor y, en consecuencia, este deberá aceptar el cumplimiento. En el caso de las obligaciones no pecuniarias, el acreedor puede razonablemente rechazar el cumplimiento anticipado si este le provoca perjuicios o frustra sus expectativas.

> Ejemplo: Una franquicia dedicada a la venta al consumo de prendas textiles contrata con un productor la compra de una partida de prendas de vestir para la temporada de primavera, que deben entregarse en sus almacenes en la segunda quincena del mes de enero. El productor pretende entregar la mercancía en la segunda quincena del mes de diciembre. El comprador puede negarse a aceptar el cumplimiento anticipado, pues hasta la fecha prevista sus almacenes acumulan aún prendas de invierno y carece de capacidad de almacenaje para las nuevas prendas hasta la fecha pactada.

Si el acreedor no puede motivar razonablemente su rechazo al cumplimiento anticipado, deberá aceptar dicho cumplimiento. Conforme a lo establecido en el segundo apartado del precepto, los gastos que ocasione el cumplimiento anticipado son de cuenta del deudor. En todo caso, la aceptación del cumplimiento no implica una renuncia por el acreedor a las acciones o remedios a que pudiera tener derecho conforme a las normas sobre incumplimiento del contrato. Esta regla se observa asimismo, por ejemplo, en el art. 6.1.5 (3) PU.

Por lo demás, dicha aceptación, conforme al apartado tercero, tampoco altera el momento de cumplimiento de las obligaciones del acreedor. Los Principios se inclinan, pues, por una reglamentación similar a la contenida en los arts. 7: 103 (2) PECL y III-2:103 (2) DCFR. Algunos sistemas, como el previsto en el artículo 6.1.5 (2) PU, únicamente contemplan este efecto para aquellos casos en que el momento de la contraprestación del acreedor se determina de forma independiente a la obligación del deudor que resulta anticipada, pero no en caso contrario. De esta forma, si en una compraventa el pago se contempla a la fecha fijada de entrega de las mercancías, y el vendedor anticipa dicha entrega en un mes, resultaría el acreedor obligado al pago asimismo anticipado, a menos que pueda rechazar el cumplimiento precisamente por dificultades en el pago anticipado. Esta consecuencia no parece razonable ni eficiente, y tiende a aumentar el umbral de rechazo del cumplimiento anticipado. En el caso planteado, si el vendedor anticipa la entrega de la mercancía, el acreedor podrá pagar en la fecha inicialmente prevista de entrega, de forma que es el deudor quien asume el riesgo de anticipar el cumplimiento. Si la fecha prevista fuera, por ejemplo, dentro de un plazo, el acreedor cumpliría, en el ejemplo propuesto, con pagar el precio el último día del plazo que tenía el vendedor para entregar la mercancía.

Artículo 6.1.4: *Orden de cumplimiento*

1. **En defecto de pacto, las obligaciones de las partes deben cumplirse simultáneamente, siempre que las circunstancias no indiquen lo contrario.**
2. **No obstante, si el cumplimiento de las obligaciones de una sola de las partes requiere un periodo de tiempo, en defecto de pacto dichas obligaciones deben cumplirse en primer lugar, siempre que las circunstancias no indiquen lo contrario.**

COMENTARIO:

Este precepto recoge una de las reglas sobre cumplimiento más generalmente aceptadas en el comercio internacional. Su formulación se encuentra en la sección 234 del *Second Restatement of Contracts* y con un tenor similar aparece en los artículos 6.1.4 PU, 7:104 PECL y III-2:104 DCFR. La regla no se encuentra recogida con carácter general en los textos legales de los sistemas que componen OHADAC, pero su aplicación como presunción es usual en la jurisprudencia. La regla se formula con un carácter abierto y a través de reglas subsidiarias que constituyen presunciones *iuris tantum,* que pueden desvirtuarse aplicando las reglas generales sobre interpretación del contrato.

En primer término, primarán los acuerdos de las partes acerca del momento y orden del cumplimiento. En segundo lugar, aunque no exista un acuerdo expreso, tampoco procederá la aplicación de las reglas establecidas en este artículo si a la luz de las disposiciones del contrato cabe deducir un orden específico de cumplimiento, de forma que la aplicación de las presunciones propuestas no resulta razonable. Así, si una de las obligaciones se concibe como una condición previa para que nazca la obligación de la otra parte, lo que en el Derecho inglés se denomina *condition precedent*, cabe interpretar que dicha obligación que actúa como condición debe cumplirse previamente. En otros casos, los propios términos comerciales utilizados implican una ordenación distinta del orden de las prestaciones (*ad ex.* una compraventa CIF, en que el pago se realiza a la recepción de los documentos representativos de las mercancías).

Si el contrato no permite llegar a ningún orden de cumplimiento expreso o implícito, procede tener en cuenta las presunciones establecidas en este artículo que, como se ha dicho, no son rígidas. La primera de las reglas consiste en considerar que las prestaciones deben cumplirse simultáneamente, siempre que dicho cumplimiento simultáneo sea posible. El Derecho inglés llega al mismo resultado propuesto, sobre la base de presumir *iuris tantum* que si el cumplimiento simultáneo es posible las prestaciones recíprocas entrañan *concurrent conditions* y deben cumplirse simultáneamente. Se trata de una regla que se encuentra recogida expresamente en algunas normativas en relación con el pago del precio de la compraventa a la entrega de las mercancías [*ad ex.* art. 1.929 CC colombiano; art. 1.087 CC costarricense; art. 352 (a) CC cubano; art. 1.651 CC francés y dominicano; art. 1.825 CC guatemalteco; art. 1.436 CC haitiano; art. 7:26 CC holandés y surinamés; art. 1.659 CC hondureño; art. 2.294 CC mexicano; art. 2.661 CC nicaragüense; art. 1.271 CC panameño; art. 1.389 CC portorriqueño; art. 300 (2) CCom santaluciano; art. 1.528 CC venezolano; sección 28 *Sale of Goods Act* inglesa; sección 29 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección

29 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 29 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 29 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 30 *Sale of Goods Act* de Belice; sección 28 *Sale of Goods Act* de Jamaica; art. 58.1 CV; art. 126 CESL].

La segunda regla es más específica. Cuando una de las prestaciones puede ser realizada de forma instantánea, como es el pago, mientras que la obligación de la otra parte requiere un tiempo de ejecución, como puede ser la realización de una obra, la regla de la simultaneidad conlleva que la obligación que requiere un plazo de tiempo se inicie antes. Con carácter general, esta regla suele implicar que las obligaciones no pecuniarias se llevan a cabo antes que las pecuniarias. De esta forma, en realidad, se consigue una simultaneidad en el momento de completar la ejecución del contrato, pues el pago tendrá lugar, por ejemplo, en el momento en que concluya la obra o se preste el servicio. Bien mirado, la regla sigue el mismo principio que informa la norma universal de que, a defecto de pacto, el pago en una compraventa debe realizarse a la entrega de la mercancía, pues en realidad la ejecución de la obligación del vendedor se pone en práctica antes, pues en muchos casos la entrega requiere un tiempo de expedición, transporte, etc. Por otra parte, la admisión de esta regla no debería plantear mayores problemas en el Derecho inglés, pues la sumisión a los Principios entrañaría, en realidad, la introducción de un acuerdo de las partes acerca de estas reglas razonables, que son perfectamente admisibles en el Derecho inglés. Sin embargo, conviene señalar que en el Derecho inglés la regla interpretativa general, en defecto de pacto, para las prestaciones no simultáneas o independientes consiste en que no hay un orden concreto de ejecución, sino que cada una de las partes puede reclamar el cumplimiento aunque no haya cumplido su obligación, en cuyo caso la otra parte no puede oponer el incumplimiento de la otra parte para atender dicho requerimiento, sino que debe cumplir en primer lugar y, una vez hecho, reclamar a su vez el cumplimiento de la otra parte. De ahí que, para evitar una batalla de reclamaciones y las dificultades en fijar el *first shot*, la reglamentación de estos Principios constituya una alternativa más segura a la solución residual del Derecho inglés.

Artículo 6.1.5: *Cumplimiento parcial*

1. El acreedor puede negarse a aceptar el cumplimiento parcial de la obligación, venga o no acompañada de una garantía de buena ejecución, salvo que carezca de interés legítimo.

2. **Los gastos adicionales derivados del cumplimiento parcial serán de cuenta del deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que pueda corresponder al acreedor.**

3. **Si la obligación fuera divisible, el acreedor que acepta un cumplimiento parcial puede a su vez cumplir su obligación de forma parcial o proporcional.**

COMENTARIO:

Independientemente del carácter divisible o indivisible de la obligación, se suscita la posibilidad de que las partes puedan proceder a un cumplimiento parcial. El cumplimiento parcial implica en todo caso un incumplimiento por parte del deudor. Se trata de determinar, sin embargo, si es aceptable un cumplimiento parcial y, en consecuencia, dicho incumplimiento sería asimismo meramente parcial. La regla no se refiere a aquellos casos en que el cumplimiento parcial es motivado por la propia conducta del acreedor o inducido por el acreedor al paralizar la prestación del deudor [*ad ex.* decisión de la *Supreme Court* de Jamaica (1977) en *Charles Gibbs Martin Foster v Dewar* (1977), Carilaw JM 1977, SC 18]. En tales casos, procederá aplicar las reglas generales sobre interpretación, modificación e incumplimiento del contrato.

La regla contenida en el apartado primero (compartida en los arts. 51 CV; 6.1.3 PU; y 130.2 CESL) parte del principio de que el acreedor no tiene la obligación de admitir un cumplimiento parcial ofrecido por el deudor al momento del vencimiento de su obligación, incluso si viene acompañado de garantías para un cumplimiento completo. Obviamente, se exceptúan aquellos supuestos en que el cumplimiento a plazos o en etapas se encuentre previsto expresamente en el contrato. En otro caso, las obligaciones deben cumplirse íntegramente y conforme a los términos establecidos en el contrato, tal y como se desprende del principio general enunciado en el artículo 1.2 de estos Principios. La regla, no obstante, puede considerarse excesivamente rígida cuando el incumplimiento parcial no sea esencial en atención a las circunstancias del contrato, a la propia referencia por las partes en el contrato al carácter fundamental de un cumplimiento íntegro, al grado de cumplimiento parcial y al perjuicio real provocado por el cumplimiento parcial en el acreedor. De ahí que la regla se flexibilice para aquellos casos en que el acreedor carezca de un interés legítimo en rechazar el cumplimiento parcial.

Ejemplo 1: En un contrato de construcción de un inmueble, el constructor entrega al vencimiento del contrato el 99% de las obras previstas en el contrato. Uno de los

ornamentos del revestimiento exterior del edificio previsto en el contrato finalmente no fue incorporado por dificultades técnicas. El acreedor carece de interés legítimo en rechazar el cumplimiento parcial, pues el contrato fue sustancialmente cumplido y los efectos del incumplimiento parcial no son significativamente perjudiciales para el fin del contrato.

La regla propuesta responde asimismo a los resultados esenciales de una aproximación comparativa a los sistemas jurídicos caribeños. Si las disposiciones del contrato no se pronuncian sobre la necesidad de un cumplimiento integral, las presunciones y reglas interpretativas presentes en los sistemas legales del ámbito caribeño resultan en principio variopintas. Algunos sistemas romano-germánicos, en defecto de pacto que así lo establezca, no reconocen el derecho del deudor a solicitar o a realizar un cumplimiento parcial, de forma que dicho cumplimiento parcial implica un incumplimiento integral del contrato [art. 1.649 CC colombiano; art. 927 CCom colombiano; art. 772 CC costarricense; art. 330 CCom cubano; art. 1.244 CC francés y dominicano, mantenido en el art. 189 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 1.387 CC guatemalteco; art. 1.030 CC haitiano; art. 6:29 CC holandés y surinamés; art. 1.434 CC hondureño; art. 2.078 CC mexicano; art. 2.021 CC nicaragüense; art. 1.056 CC panameño; art. 1.123 CC portorriqueño; art. 248 CCom portorriqueño; art. 1.080 CC santaluciano; art. 1.291 CC venezolano). A menudo se especifica que el cumplimiento parcial se admite en supuestos específicamente contemplados en la ley o si así se desprende de la naturaleza o de las circunstancias del contrato, y en todo caso los principios de buena fe y abuso de derecho habilitan en estos sistemas a establecer excepciones cuando la renuncia a aceptar el cumplimiento parcial por parte del acreedor resulte desproporcionada e irrazonable. Más específicamente, algunos sistemas permiten el cumplimiento parcial si la obligación tiene una parte líquida y otra ilíquida, pudiendo cumplirse la primera sin esperar a que se liquide la segunda (art. 1.387 CC guatemalteco; art. 1.434 CC hondureño; art. 2.078 CC mexicano; art. 2.021 CC nicaragüense; art. 1.056 CC panameño; art. 1.123 CC portorriqueño; art. 1.292 CC venezolano); finalmente, se contempla asimismo en ciertos casos la posibilidad de admitir el cumplimiento parcial mediante la decisión judicial de fraccionar el pago (art. 1.244.1º CC francés y dominicano; art. 1.030 CC haitiano).

En el ámbito del *common law*, la solución depende del carácter divisible o indivisible de la obligación. Si el contrato o la obligación son indivisibles (*entire contract)*, la parte obligada se libera de su obligación solo con el cumplimiento total (*full performance*). El cumplimiento parcial constituye un incumplimiento y el acreedor no está obligado a aceptar el cumplimiento parcial de una obligación ni debe abonar una parte del precio

estipulado en el contrato [sección 30.1 de la *Sales of Goods Act* inglesa de 1979; sección 31 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 31 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 31 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 31 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 32 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 30 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 235 *Second Restatement of Contracts; Cutter v Powell* (1775), 6 TR, 320; *Sumpter v Hedges* (1898), QB 673; *Hoenig v Isaacs* (1952), 2 All ER 176; *Bolton v Mahadeva* (1972), 1 WLR 1009; *The Hansa Nord* (1976), QB 44; *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* (1991), 1 QB 1]. La regla se atempera si el cumplimiento parcial no implica un incumplimiento sustancial del contrato, las discrepancias son leves, el cumplimiento parcial produce un beneficio manifiesto para el acreedor o el rechazo del acreedor se estima irrazonable [*Re Thornett and Fehr and Yuills* (1921), 1 KB, 219; *Mitchell v Darthez* (1836), 2 Bing. NC 555]. El cumplimiento parcial, en cambio, suele admitirse si el contrato o la obligación son divisibles o *severable* [*Ritchie v Atkinson* (1808), 10 East 295].

La aceptación del cumplimiento parcial por el acreedor no significa su renuncia a cualquier acción o remedio a que tenga derecho en virtud del incumplimiento del deudor, tal y como indica el apartado segundo del artículo. Obviamente, dicha aceptación tendrá como consecuencia que el incumplimiento del deudor sea meramente parcial. Nada impide, sin embargo, que el acreedor acepte sin reservas el cumplimiento parcial, lo que puede limitar o excluir una posterior acción por incumplimiento. Por otra parte, los gastos que puedan derivarse del cumplimiento parcial (doble recepción de mercancías, gastos duplicados de operaciones bancarias, soluciones de reemplazo para la parte incumplida, etc.) serán de cuenta del deudor. Si dichos gastos son sufragados por el acreedor, podrán en su caso computarse a los efectos de indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento parcial. Si el acreedor ha aceptado sin reservas el cumplimiento parcial, simplemente deberán ser compensados o restituidos por el deudor.

La aceptación por el acreedor del cumplimiento parcial requiere determinar los efectos sobre el propio cumplimiento del acreedor. No cabe establecer una solución general, pues la respuesta debe ser distinta según que las obligaciones sean divisibles o no, como prevé el apartado tercero del artículo. Así, si se trata de un contrato de compraventa de un lote de unidades, el acreedor que acepta una entrega parcial cumplirá con el pago correspondiente a las unidades entregadas. Esta regla resulta perfectamente razonable y así se deduce, por ejemplo, de la sección 31 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 31 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 31 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 31 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 32 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 30 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica. En

contrapartida, si las obligaciones resultan indivisibles, el acreedor deberá cumplir íntegramente su prestación, siempre sin perjuicio de las acciones que le caben por el incumplimiento parcial del deudor.

Ejemplo 2: El supuesto es el descrito en el ejemplo 1. En este caso el acreedor deberá pagar el precio previsto en el contrato por la entrega del edificio construido, pues el coste de los ornamentos ausentes no es divisible respecto de la construcción. Podrá reclamar por incumplimiento de esa parte del contrato una indemnización por daños y perjuicios.

Ejemplo 3: Un fabricante de automóviles situado en el país X celebra un contrato con un suministrador de bujías para motores de automoción situado en el país Y. El contrato contempla la entrega en un plazo determinado de 50.000 unidades. El suministrador entrega únicamente 40.000. El fabricante puede obtener en el mercado las unidades pendientes, y utilizar las 40.000 entregadas, por lo que no tiene un interés legítimo en rechazar el cumplimiento parcial. El fabricante deberá abonar el precio con una reducción de una quinta parte, y podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios por los gastos, demoras e inconvenientes que le haya producido la solución de reemplazo de las 10.000 unidades no entregadas.

Artículo 6.1.6: *Cumplimiento por tercero*

Salvo que el contrato requiera un cumplimiento personal, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un tercero que actúa con el consentimiento del deudor.

COMENTARIO:

El cumplimiento de las obligaciones corresponde a cada una de las partes del contrato. No obstante, la mayoría de los sistemas jurídicos reconocen la posibilidad de que el deudor se libere del cumplimiento si dicho cumplimiento se lleva a cabo por un tercero ajeno al contrato. El cumplimiento por tercero en este contexto, en que no existe cesión del crédito ni sustitución asumida contractualmente, no exime al deudor de su eventual responsabilidad en caso de que el tercero cumpla defectuosamente. La regla permite el cumplimiento por tercero como un modo de cumplimiento por el deudor, que sigue vinculado contractualmente al acreedor y es responsable de dicho cumplimiento. Esta regla se encuentra expresada en la mayor parte de las legislaciones de los sistemas caribeños de tradición romano-germánica (art. 1.630 CC colombiano;

765 CC costarricense; art. 1.236 CC francés y dominicano, mantenido con modificaciones en el artículo 186 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones; art. 1.380 CC guatemalteco; art. 1.022 CC haitiano; art. 6:30 CC holandés y surinamés; art. 1.423 CC hondureño; arts. 2.065-2068 CC mexicano; art. 2.010 CC nicaragüense; art. 1.045 CC panameño; art. 1.112 CC portorriqueño; art. 1.072 CC santaluciano; art. 1.283 CC venezolano). Los sistemas del *common law* también reconocen la posibilidad de un cumplimiento por tercero (*vicarious performance*), si bien con determinadas exigencias relativas al consentimiento por el deudor.

El apartado primero del artículo 6.1.6 reconoce, en consecuencia, la posibilidad de cumplir por un tercero, siempre que el tercero actúe con el consentimiento del deudor (art. 7.106 PECL; art. III-2:107 DCFR; art. 127 CESL). Se parte de la base de que el acreedor tiene un interés en obtener el cumplimiento del contrato, sin que deba considerarse relevante si dicha prestación proviene del deudor o de un tercero que actúa con su consentimiento.

Por otra parte, se ha considerado oportuno establecer como condición que el tercero actúe con el consentimiento del deudor. La regla se contiene asimismo en art. 7.106 (1) (a) PECL; art. III-2:107 (1) (a) DCFR; y art. 127 (2) (a) CESL. Se trata de una exigencia característica de los sistemas del *common law*, aunque la jurisprudencia ha admitido excepciones en algunos casos, y en todo caso la aprecia de forma abierta, por ejemplo si el deudor ratifica el cumplimiento con posterioridad; a su vez, de la sección 278 del *Second Restatement of Contracts* se deduce que este consentimiento no tiene por qué ser expreso, sino que basta que sea tácito o implícito, derivado por ejemplo de la simple pasividad del deudor que tiene conocimiento de dicho cumplimiento y no se opone a él. En buena parte de los sistemas romano-germánicos, sin embargo, se establece la obligación de que el acreedor reciba el cumplimiento incluso si el tercero no ha sido autorizado por el deudor o aun contra la voluntad de acreedor y deudor, si bien estableciendo consecuencias diversas sobre el efecto subrogatorio. El art. 186 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones apunta a un criterio más flexible y más avanzado, limitando ese principio en caso de oposición justificada del deudor o interés legítimo del acreedor. Los Principios optan, en esta línea, por condicionar el cumplimiento al consentimiento explícito o tácito del deudor. No se considera que las normas en contra de los sistemas romano-germánicos puedan considerarse de orden público internacional. Esta opción, por lo demás, es coherente con el principio de libertad contractual. El acreedor se encuentra sujeto al contrato, y si el deudor no ha autorizado el cumplimiento por un tercero, el acreedor no está obligado a recibirlo. El pago por el tercero puede eventualmente perjudicar al deudor que tenga un interés legítimo en cumplir personalmente. Si el acreedor acepta el

cumplimiento, está expuesto a que el deudor reclame legítimamente por los daños producidos por el cumplimiento del tercero. El acreedor, por tanto, únicamente está obligado a aceptar el cumplimiento si consta el consentimiento del deudor. A este efecto, debe comprobar razonablemente y sin costes extraordinarios que dicho consentimiento concurre. En otro caso, es libre de aceptar el cumplimiento, pero no queda exonerado por la responsabilidad derivada de los perjuicios que dicha aceptación pueda producir al deudor.

No se ha tenido en cuenta la posibilidad de que, en ausencia de consentimiento por el deudor, el acreedor deba aceptar el cumplimiento por un tercero que tiene interés legítimo en el cumplimiento, cuando el deudor no ha cumplido o sea manifiesto que no va a cumplir su obligación. Esta posibilidad se recoge en el art. 7:106 (1) (b) PECL; en el art. III-2:107 (1) (b) DCFR; y en el art. 127 (2) (b) CESL. No se considera oportuno, en defecto de pacto entre las partes, recoger una regla que, aunque pueda ser positiva para la economía de las relaciones jurídicas en ciertos casos, hace prevalecer el interés legítimo de un tercero en el contrato sobre los intereses del deudor y la seguridad jurídica del propio acreedor, cuyo contrato se ha sometido a estos Principios. En consecuencia, dicha posibilidad solo será tenida en consideración si las partes la han establecido expresamente en su contrato o en virtud de lo dispuesto en la ley nacional aplicable conforme a las normas de Derecho internacional privado.

Evidentemente, la regla general admite una excepción cuando la cualidad del sujeto que cumple es una parte esencial de la obligación. En las obligaciones *intuitu personae*, el acreedor no está obligado a recibir la prestación de un tercero distinto al deudor. Se trata de una regla común en los sistemas romano-germánicos (art. 1.630 CC colombiano; art. 765 CC costarricense; art. 235 CC cubano; 1.237 CC dominicano y francés; art. 1.381 CC guatemalteco; art. 1.023 CC haitiano; art. 6:30 CC holandés y surinamés; art. 1.426 CC hondureño; art. 2.064 CC mexicano; art. 2.013 CC nicaragüense; art. 1.048 CC panameño; art. 1.115 CC portorriqueño; art. 1.073 CC santaluciano; art. 1.284 CC venezolano) y en los tributarios del *common law* [*Davies v Collins* (1945), 1 All ER 247; *Martin v N. Negin Ltd* (1945), 172 LT 275; *Edwards v Newlands & Co* (1950), 2 KB 534].

Finalmente, el precepto no prejuzga el régimen de la relación jurídica derivada del cumplimiento por el tercero, en particular la subrogación del tercero en la posición del acreedor frente al deudor, que deberá determinarse en el marco de dicha relación contractual entre el deudor y el tercero, que es ajena al acreedor y al contrato entre este y el deudor.

Artículo 6.1.7: *Medios de pago*

1. Una deuda de dinero puede pagarse por cualquiera de los medios habituales en el comercio.

2. Cuando un acreedor acepte un instrumento cambiario, orden o promesa de pago, se presumirá que lo acepta únicamente a condición de que se haga efectivo.

COMENTARIO:

En el comercio internacional las partes son libres para determinar el medio de pago de sus obligaciones pecuniarias (metálico, créditos documentarios, garantías autónomas, órdenes de pago, transferencias, remesas, cheques, pagarés, etc.). Se trata de un principio recogido en ocasiones con carácter legal [*ad ex.* sección 2-511 (2) UCC] e incluido en buena parte de los textos internacionales de armonización del Derecho contractual [art. 6.1.7 PU; 7:107 PECL; art. III-2:108 (1) DCFR; art. 124.1 CESL]. En algunos casos, como modalidad de ejecución, los medios de pago pueden estar sometidos a las restricciones establecidas por las leyes de policía económica y de control de cambios del país de ejecución (*ad ex.* art. 240 CC cubano), que serán tenidas en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo III del Preámbulo de estos Principios.

Una regla igualmente común, que puede estar mediatizada por los usos comerciales, es que la aceptación de tales medios de pago no implica la aceptación del cumplimiento, en la medida en que los medios siempre se presumen aceptados salvo buen fin o *pro solvendo*, es decir, a condición de que el pago resulte efectivo [art. 1.394 CC guatemalteco; art. 1.435 CC hondureño; art. 6:46 CC holandés y surinamés; art. 2.024 CC nicaragüense; art. 1.057 CC panameño; art. 1.124 CC portorriqueño; sección 2-511 (3) UCC; *D&C Builders Ltd v Rees* (1996), 2 QB 617 (CA); art. 6.1.7 (2) PU; art. 7:107 PECL; art. III-2:108 (2) DCFR; art. 124.1 CESL].

6.1.8: *Moneda de pago*

1. Las partes pueden pactar que el pago se haga en una determinada moneda. Si el pago en la moneda pactada resulta imposible o no se ha determinado la moneda de pago, el pago se realizará en la moneda del lugar en que ha de realizarse el pago.

2. **En defecto de pacto, toda obligación dineraria expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago podrá pagarse en la moneda del lugar en que ha de realizarse el pago, siempre que sea libremente convertible.**

3. **El pago en la moneda del lugar del pago se hará conforme al tipo de cambio aplicable en el lugar del pago en el momento en que debe realizarse el pago. Si el deudor no ha pagado en el momento pactado, el acreedor podrá optar por reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable en el lugar del pago al vencimiento de la obligación o al momento efectivo del pago.**

COMENTARIO:

Las obligaciones pecuniarias deben abonarse en la moneda de pago pactada (cláusula de numerario o *agreed currency of payment*). Las partes son libres de fijar la moneda de pago, en cuyo caso el pago ha de hacerse en la moneda pactada [*ad ex.* art. 771 CC costarricense; art. 6:121 CC holandés y surinamés; art. 1.435 CC hondureño; art. 2.022 CC nicaragüense; art. 1.057 CC panameño; art. 1.124 CC portorriqueño; art. 7:108 (1) PECL; art. III-2:109 (1) DCFR)].

Unas veces, sin embargo, el pago en la moneda acordada resulta imposible, debido por ejemplo a las restricciones en materia de pagos del país de ejecución de la obligación pecuniaria (art. 240 CC cubano; sentencia *Cour de Cassation* francesa de 11 de octubre de 1980), o por una imposibilidad transitoria de obtener la cantidad de divisa requerida. En otros casos, más raros, simplemente las partes no acuerdan la unidad de cuenta, al fijar el precio de forma indeterminada o sin referencia necesaria a una moneda. En estos casos, el apartado primero del artículo establece como moneda de pago la del lugar del pago. La regla se contempla expresamente en algunos sistemas nacionales (*ad ex.* art. 771 CC costarricense; arts. 6:112 y 6:122 CC holandés y surinamés; art. 1.435 CC hondureño; art. 2.022 CC nicaragüense; art. 1.057 CC panameño; art. 1.124 CC portorriqueño) y está asimismo presente en algunos textos armonizadores del Derecho contractual [arts. 6.1.9 (2) y 6.1.10 PU; art. III-2:109 (4) DCFR].

El apartado segundo se refiere a un supuesto distinto: las partes no acuerdan la moneda de pago y se limitan a fijar el fijar el precio en una moneda o unidad de cuenta (*currency of account)*. En estos casos, el deudor puede optar por realizar el pago en la

moneda en que se determina el precio o bien por hacerlo en la moneda del lugar del pago. Se trata de una solución asimismo presente en los derechos nacionales (*ad ex.* arts. 6:121 y 6:123 CC holandés y surinamés), y en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual [art. 6.1.9 (1) PU; art. 7:108 (2) PECL; art. III-2:109 (2) DCFR]. No obstante, a diferencia de lo establecido en muchos de estos textos, si la moneda del lugar de pago no es libremente convertible, la solución se estima irrazonablemente onerosa para el acreedor, por lo que el deudor deberá pagar en la divisa reflejada en la unidad de cuenta por la que se fija el precio del contrato. Debe tenerse en cuenta, que el euro, el dólar estadounidense y la libra esterlina son las únicas divisas oficiales en algunos territorios caribeños que son internacionalmente convertibles.

El apartado tercero del precepto resuelve el problema suscitado por el tipo de cambio de divisa cuando procede o se puede ejecutar la prestación dineraria, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, en la moneda de la ley del lugar del pago. La regla general consiste en aplicar el tipo de cambio vigente o preferente en el momento fijado para el pago [*ad ex.* arts. 771 CC costarricense; art. 1.395 CC guatemalteco; art. 6:124 CC holandés y surinamés; art. 6.1.9 (3) PU; art. 7:108 (2) PECL; art. III-2:109 (2) DCFR]. Se plantea, sin embargo, el problema de determinar dicho tipo de cambio cuando el deudor se demora o anticipa el pago respecto del momento en que resulta procedente de conformidad con lo establecido en los arts. 6.1.2 y 6.1.3 de estos Principios. En tales casos, caben tres alternativas. La primera es mantener dicha regla general, de forma que el tipo de cambio sea el aplicable o preferente en el momento de pago indebido; dado que la fluctuación puede perjudicar al acreedor, este podrá incorporar la diferencia respecto al tipo de cambio aplicable en el momento en que debía pagarse el precio como parte de su reclamación por daños y perjuicios derivados del incumplimiento por la demora del pago o por compensación por el pago anticipado [*ad ex.* art. 6:125 CC holandés y surinamés; *Milangos v George Frank (textiles) Ltd* (1976), AC 433]. La segunda posibilidad sería estar al tipo de cambio al momento del vencimiento, que ha sido seguida por la jurisprudencia francesa. Finalmente conforme a una tercera opción, que prima en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual [art. 6.1.9 (4) PU; art. 7:108 (3) PECL; art. III-2:109 (3) DCFR], queda en manos del acreedor la opción de reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable bien en el momento del vencimiento de la obligación, bien en el momento del pago efectivo. Todas las soluciones se inspiran en el mismo criterio lógico, consistente en hacer recaer sobre el deudor los riesgos y el coste de un pago realizado fuera del momento debido. Sin embargo, se estima que la opción seguida por

los Principios OHADAC responde mejor a los legítimos intereses del acreedor y, sobre todo, supone una mayor economía de medios.

Artículo 6.1.9: *Imputación del pago*

1. **En defecto de pacto, el deudor que tiene varias deudas pecuniarias respecto de un mismo acreedor puede especificar al tiempo de realizar el pago a cuál de ellas debe aplicarse, siempre que anteponga las deudas vencidas a las no vencidas. No obstante, el pago se imputa en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses vencidos y, por último, al capital.**
2. **A falta de indicación por el deudor, el acreedor podrá notificar al deudor la imputación del pago a la deuda de su elección en un plazo razonable después del pago, siempre que dicha obligación se halle vencida y no sea litigiosa.**
3. **En defecto de los apartados anteriores, el pago se imputará a aquella obligación que cumpla uno de los siguientes criterios, en el orden indicado:**
   a) **la obligación vencida o la que venza en primer lugar;**
   b) **la obligación que ofrezca la garantía más débil para el acreedor;**
   c) **la obligación que resulte más onerosa para el deudor;**
   d) **la obligación más antigua.**
4. **Si ninguno de los criterios anteriores resulta aplicable, el pago se prorrateará entre todas las deudas.**
5. **Las reglas anteriores serán aplicables por analogía a la imputación de obligaciones no pecuniarias que presenten idéntica naturaleza.**

COMENTARIO:

1. Facultad del deudor para imputar los pagos

Cuando entre un acreedor y un deudor existen varias deudas y se realiza un pago que no es suficiente para satisfacer todas las deudas exigibles, resulta de interés saber a cuál de las diferentes deudas debe entenderse referido dicho pago y, por tanto, cuál de las deudas debe considerarse extinguida, sobre todo si se constituyen varias garantías para las diversas obligaciones, estas se someten a distintos tipos de interés o sus plazos de prescripción expiran en fechas diferentes. En tales casos, los sistemas jurídicos pertenecientes a la OHADAC coinciden en señalar que, en defecto de pacto, corresponde al deudor determinar, al tiempo del cumplimiento, a cuál de las deudas se aplica [art. 779 CC costarricense; art. 1.654 CC colombiano; art. 239.1º CC cubano; art. 1.253 CC francés y dominicano (mantenido en el art. 195 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013); art. 1.404 CC guatemalteco; art. 1.039 CC haitiano; art. 6:43 (1) CC holandés y surinamés; art. 1.437 CC hondureño; art. 2.092 CC mexicano; art. 2.050 CC nicaragüense; art. 1.059.1º CC panameño; art. 1.126.1º CC portorriqueño; art. 1.089 CC santaluciano; art. 1.302 CC venezolano; sección 258.1º del *Restatement Second of Contracts*]. En el Derecho inglés se sigue este principio general, si bien el acreedor puede rechazar la imputación y devolver lo recibido en un plazo razonable [*Thomas v Ken Thomas Ltd* (2006), EWCA Civ 1504, 21].

En general, la imputación que el deudor haga debe de ser comunicada al acreedor bien expresa o implícitamente (*ad ex.* cuando el deudor pague el importe exacto de algunas de las deudas). Con todo, dicho principio no es absoluto. Un límite generalmente aceptado en los sistemas romano-germánicos caribeños es que si la deuda produce intereses no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses (art. 780 y 783.1º CC costarricense; 1.653 CC colombiano; art. 1.254 CC francés y dominicano; art. 1.407 CC guatemalteco; art. 1.040 CC haitiano; art. 1.438 CC hondureño; art. 2.094 CC mexicano; art. 2.051 CC nicaragüense; art. 1.060 CC panameño; art. 1.127 CC portorriqueño; art. 1.090 CC santaluciano; art. 1.303 CC venezolano), salvo que el acreedor lo consienta o las partes hayan pactado en otro sentido. El término "intereses" comprende tanto los intereses contractuales como los intereses legales.

Los textos de armonización del Derecho contractual mantienen la prevalencia del pago de intereses, pero añaden a su vez la imputación preferente a los gastos [art. 6.1.12 (1) PU; art. 7:109 (4) PECL; art. III-2:110 (5) DCFR; art. 128.6º CESL], siguiendo el modelo del Derecho germánico (art. 6:44 CC holandés y surinamés; § 367 BGB]. La reglamentación contenida en los PECL, el DCFR y la CESL, a diferencia de los PU,

permite al acreedor alterar el orden señalado. Los Principios OHADAC optan, en defecto de acuerdo por las partes, por mantener el orden imperativo señalado, imputando el pago en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses y, por último, al capital. No obstante, la alteración de dicho orden, que es el que refleja de forma natural la economía del contrato, únicamente puede venir dado por un acuerdo entre las partes, y no por la decisión unilateral del acreedor.

Los Principios OHADAC incorporan asimismo una limitación de la facultad del deudor que se encuentra recogida en algunos sistemas nacionales, de forma que no puede anteponerse el pago de una deuda no vencida a una ya vencida (art. 1.654 CC colombiano). En contrapartida, no se considera conveniente obligar al deudor a pagar en primer término las obligaciones garantizadas por tercero (sección 258.2º *Restatement Second of Contracts*). Evidentemente, el deudor puede tener en consideración esta circunstancia a la hora de imputar los pagos, pero las consecuencias de su decisión respecto del fiador se resolverán conforme a sus relaciones, sin intervención de los Principios.

2. Imputación por el acreedor

En defecto de acuerdo por las partes, algunos sistemas jurídicos caribeños conceden al acreedor la facultad de imputar el pago. Esta es la regla común en los sistemas del *common law* para los contratos comerciales [*Peters v. Anderson* (1814), 5 Taunt. 596; *Cory Bros & Co Ltd v Owners of Turkish SS* "Mecca" (1897), AC 286; *West Bromwich Building Society v Crammer* (2002), EWHC 2618 (Ch); sección 259 *Restatement Second of Contracts*]. Esta solución es igualmente aceptada en el Derecho cubano, siempre que el deudor no se oponga a ello inmediatamente (art. 239.2º CC) y en los textos de Derecho uniforme [art. 6.1.12 (2) PU; art. 7:109 (2) PECL; art. III-2:110 (2) DCFR; art. 128 (2) CESL]. La regla, empero, no es absoluta y admite restricciones. Así, no cabe la imputación si la deuda no está vencida (sección 259 *Restatement Second of Contracts*), es ilegal [*Wright v Laing* (1824), 3 *B & C* 165; *Keeping v Broom* (1895), 11 T.L.R 595; *A. Smith & Son (Bognor Regis) Ltd v Walter* (1952), 2 QB 319] o es litigiosa (sección 259 *Restatement Second of Contracts*). El hecho de que una obligación haya prescrito no suele por lo general considerarse obstáculo para que el acreedor pueda imputarla al pago por el deudor [*Mills v Fowkes* (1839), 5 Bing NC 455; *Stepney Corp v Osofsky* (1937), 3 ALL ER 289; comentario a la sección 259 *Restatement Second of Contracts*].

Con carácter general, en los sistemas romano-germánicos no se concede al acreedor dicha facultad, aunque si el acreedor, ante la pasividad del deudor, imputa el pago en su recibo a algunas de las deudas y el deudor acepta la imputación, este no podrá oponerse a la imputación salvo que haya mediado dolo del acreedor o alguna causa

similar que la invalide (art. 1.654 CC colombiano; art. 781 CC costarricense; art. 1.255 CC francés y dominicano; art. 1.405 CC guatemalteco; art. 1.041 CC haitiano; art. 1.437.2º CC hondureño; art. 2.052 CC nicaragüense; art. 1.059.2º CC panameño; art. 1.126.2º CC portorriqueño; art. 1.091 CC santaluciano; art. 1.304 CC venezolano).

Los Principios OHADAC, en el apartado segundo del precepto, han optado por conceder al acreedor la facultad de imputar los pagos, siempre que el deudor haya renunciado a su derecho. Normalmente, si el deudor realiza el pago sin dicha elección, el acreedor podrá realizar la imputación en el recibo de la operación o de cualquier forma, siempre que esa decisión se haga llegar al deudor con la debida diligencia. El incumplimiento de esta diligencia debida no anula la imputación, pero puede generar responsabilidad del acreedor por los daños que la falta de diligencia haya podido provocar al deudor. En todo caso, el acreedor únicamente podrá imputar el pago a deudas que se encuentren vencidas y no sean litigiosas ni controvertidas. En otro caso, la imputación se considerará ineficaz. El precepto no incorpora una mención específica a la necesidad de que la obligación de la que deriva la deuda imputada sea lícita, en la medida en que la licitud es una cuestión excluida de los principios conforme a lo establecido en el capítulo 3, pero no prejuzga que dicha ilicitud pueda anular la imputación, si este efecto está previsto en la norma estatal, internacional o supranacional imperativa que establece la ilicitud de la obligación.

3. Criterios de imputación en defecto de imputación por el deudor o el acreedor

Buena parte de los sistemas romano-germánicos prevén, en defecto de la facultad del deudor, criterios legales de imputación. El resto de sistemas establecen estos criterios en defecto de la opción subsidiaria de la imputación por el acreedor [art. 1.655 CC colombiano; art. 783 CC costarricense; art. 239.3º CC cubano; arts. 1.256 CC francés y dominicano; art. 1.406 CC guatemalteco; art. 1.042 CC haitiano; art. 6:43.2 CC holandés y surinamés; art. 1.439 CC hondureño; art. 2.093 CC mexicano; art. 2.053 CC nicaragüense; art. 1.061 CC panameño; art. 1.128 CC portorriqueño; art. 1.092 CC santaluciano; art. 1.305 CC venezolano; sección 260 *Restatement Second of Contracts*; art. 6.1.12 (3) PU; art. 7:109 (2) PECL; art. III-2:110 (4) DCFR; art 128 (4) CESL]. No hay unanimidad entre los criterios que establecen los diferentes sistemas para realizar la imputación legal, que a veces siguen criterios opuestos de *favor debitoris* o *favor creditoris*. El orden más frecuente es el siguiente: deudas vencidas, más favorables al deudor, y más antiguas [art. 783 CC costarricense; art. 1.256 CC francés y dominicano (mantenido en el art. 195 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013); art. 1.406 CC guatemalteco; art. 6:43.2 CC holandés y surinamés; art. 2.093 CC mexicano; art. 2.053 CC nicaragüense; art. 1.092 CC santaluciano]. En otros prevalecen las deudas vencidas, y en su defecto las que elija el

deudor o sean más onerosas, o simplemente las más onerosas entre las vencidas (art. 1.655 CC colombiano; art. 1.042 CC haitiano; art. 1.439 CC hondureño; art. 1.061 CC panameño; art. 1.128 CC portorriqueño). Algunos únicamente contemplan el orden preferente de las deudas exigibles y las vencidas (art. 239 CC cubano).

El apartado tercero del precepto ha seguido la regulación del art. 1.305 del CC venezolano, que contiene asimismo los criterios de imputación más extendidos en los textos internacionales [art. 6.1.12 (3) PU; art. 7:109. (3) PECL; art. III-2:110 (4) DCFR; art. 128 (4) CESL]. Conforme a un criterio que ya está presente en los apartados anteriores, debe darse preferencia a las obligaciones que vencen en primer lugar. Se trata de un criterio que tiende a primar el cumplimiento de las obligaciones y, en consecuencia, beneficia a ambas partes. El segundo criterio, aplicado en defecto, prefiere la imputación a la deuda que presenta menores garantías para el acreedor, facilitando de esta manera la eficiencia del contrato y la internalización máxima de los riesgos de incumplimiento. El mismo criterio económico lleva a preferir, en su defecto, el pago de las deudas que sean más onerosas para el deudor. Finalmente, la solución de cierre es un criterio objetivo de naturaleza meramente temporal.

4. Solución de cierre sobre la base del prorrateo

Si ninguno de los criterios objetivos de imputación fuera viable, la opción de cierre consistirá en una imputación a prorrata de todas las deudas. El criterio contenido en el apartado cuarto del precepto es el habitualmente seguido en la mayoría de los sistemas [art. 783.4º CC costarricense; art. 239.3º CC cubano; art. 1.256 CC francés y dominicano (mantenido en el art. 195 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013); art. 1.406 CC guatemalteco; art. 1.042.2º CC haitiano; art. 6:43.2 CC holandés y surinamés; art. 1.439.2º CC hondureño; art. 2.093 CC mexicano; art. 2.053.2º CC nicaragüense; art. 1.061 CC panameño; art. 1.128.2º CC portorriqueño; art. 1.092 CC santaluciano; 1.305 CC venezolano; art. 6.1.12 (3) PU; art. 7:109 (3) PECL; art. III-2:110 (4) DCFR; art. 128 (4) CESL].

5. Imputación de cumplimiento de obligaciones no pecuniarias

Es difícil que el problema de la imputación del cumplimiento se presente respecto de obligaciones no dinerarias. No obstante, pueden darse en contratos de tracto sucesivo, en el que el deudor de una obligación no dineraria, como el obligado a entregar mercaderías en un contrato de distribución, deja de cumplir varías entregas, y cuando hace una entrega debe determinar a qué obligación corresponde. En tal caso, no hay problema en aplicar *mutatis mutandis* los criterios de imputación de pagos de obligaciones dinerarias al cumplimiento de obligaciones no dinerarias, siempre que estas sean de la misma naturaleza. Esta regla, prevista en el art. 6.1.13 PU, responde

asimismo al hecho de que en su mayor parte los regímenes nacionales analizados no distinguen según que el cumplimiento se refiera a obligaciones pecuniarias o no dinerarias.

Artículo 6.1.10: *Negativa a recibir el cumplimiento*

1. **El acreedor no puede rechazar el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones en las condiciones fijadas en el contrato y, en su defecto, conforme a las reglas previstas en estos Principios.**
2. **Si el acreedor rechaza el cumplimiento de una obligación dineraria por parte del deudor, este podrá liberarse mediante la consignación de los fondos, siempre que sea posible, de conformidad con la ley del lugar del pago.**
3. **Si el acreedor rechaza el cumplimiento de una obligación no dineraria por parte del deudor, este adoptará las medidas razonables para mitigar las consecuencias de dicha negativa. En particular, si el acreedor rechaza el cumplimiento de la obligación de entrega de un bien por parte del deudor, este tendrá la opción de cumplir mediante la consignación, siempre que sea posible, de conformidad con la ley del lugar de entrega.**

COMENTARIO:

1. La obligación de las partes de recibir las obligaciones

Este precepto establece la obligación de las partes no solo de cumplir sus obligaciones, sino de recibir y no obstaculizar la ejecución de las obligaciones de la contraparte. En consecuencia, la negativa a recibir o la obstaculización de la ejecución de la contraprestación constituye un supuesto de incumplimiento de contrato que tendrá las consecuencias previstas en el capítulo siguiente. La regla presupone el cumplimiento por parte del deudor; no prejuzga, pues, las situaciones en que la negativa a recibir el cumplimiento se encuentren justificadas, por ejemplo, por falta de conformidad de la mercancía o por un cumplimiento defectuoso, pues en tales casos existe un “incumplimiento” por parte del deudor, cuyas consecuencias respecto del

cumplimiento por el acreedor se determinarán conforme a las reglas previstas en el capítulo siguiente o las que sean aplicables en razón de la naturaleza peculiar del contrato y las reglas y usos comerciales específicamente aplicables según el tipo de contrato (*ad ex.* art. 86.2º CV).

2. Negativa a recibir obligaciones dinerarias

La regla establece una distinción según que la obligación no recibida sea dineraria o no pecuniaria. Respecto de las obligaciones dinerarias, los sistemas romano-germánicos suelen ofrecer dos instituciones que permiten al deudor cumplir su obligación, y que suelen actuar de forma vinculada: el ofrecimiento de pago, seguido de la consignación, si bien en algunos sistemas únicamente se contempla la consignación [arts. 1.656-1.665 CC colombiano; arts. 797-802 y 1.084 CC costarricense; art. 254 CC cubano; arts. 1.408-1.415 y 1.830 CC guatemalteco; arts. 1.257-1.264 y 1.961 CC francés y dominicano (arts. 205-207 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013); arts. 1.043-1.050 CC haitiano; arts. 1.454-1.459 CC hondureño; arts. 6:66 a 6:71 CC holandés y surinamés; arts. 2.097-2.103 CC mexicano; arts. 2.055-2.068 y 2.670 CC nicaragüense; arts. 1.063-1.067 CC panameño; arts. 1.130-1.135 CC portorriqueño; arts. 1.093-1.099 CC santaluciano; arts. 1.306-1.313 CC venezolano].

Por el contrario, los países de *common law* no disponen de una institución equivalente. El ofrecimiento de pago (*tender of performance*) constituye un *attempted performance*. El deudor puede demostrar que ha intentando cumplir el contrato [*Startup v Macdonald* (1843), 134 ER 1029], lo que le confiere la posibilidad de solicitar al acreedor daños y perjuicios. Pero si el ofrecimiento es de una cantidad de dinero y el acreedor ha rechazado la oferta de pago, dicho ofrecimiento no libera al deudor de su obligación de pagar la deuda, de forma que debe permanecer dispuesto a pagarlo a requerimiento del acreedor. La consignación judicial se contempla como un mecanismo únicamente posible para la obligación del pago en caso de reclamación judicial (*ad ex.* Parte 36 de las *Civil Procedural Rules* de Jamaica de 2002).

El apartado 2 del art. 6.1.10 de estos Principios parte de esta diversidad de soluciones y adopta un criterio abierto, de forma que la posibilidad de cumplimiento alternativo por ofrecimiento de pago y/o consignación únicamente se produce si es una fórmula de liberación en el sistema jurídico del lugar de pago [art. 7:111 PECL; art. III-2:112 (1) DCFR]. La regla se acomoda por lo demás al principio clásico del Derecho internacional privado, generalmente admitido, de que las modalidades de ejecución de una obligación se rigen por lo dispuesto en la ley del lugar de ejecución, y no en la ley que rige el contrato.

3. Negativa a recibir obligaciones no dinerarias

Los supuestos de negativa a recibir el cumplimiento de prestaciones no dinerarias plantean mayores problemas y alternativas. La negativa a recibir una obligación de hacer o una prestación de servicios impide al deudor la ejecución de su obligación por culpa o mora del acreedor, lo que implica un doble efecto: en primer lugar, el deudor no es responsable por el incumplimiento y tiene derecho a suspender la ejecución de su obligación; en segundo lugar, el acreedor incumple su obligación de recibir el cumplimiento, por lo que incurre en responsabilidad por incumplimiento, con las consecuencias que se derivan conforme a lo dispuesto en el capítulo siguiente. Otras consecuencias adicionales para el acreedor en mora se derivan, por ejemplo, de la imposibilidad de ampararse en la resolución del contrato por fuerza mayor si la prestación deviene imposible por un hecho sobrevenido posteriormente a su negativa injustificada a recibir la prestación.

Los supuestos que generan más diversidad de soluciones se refieren a la negativa a recibir una obligación de dar, esto es, a recibir un bien material o tangible. Cuando dicha negativa es injustificada, algunos sistemas, particularmente a la hora de regular el régimen de la compraventa, imponen al vendedor una obligación de conservación razonable de los bienes (art. 253 CC cubano; sección 20 *Sale of Goods Act* inglesa de 1979; sección 22 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 22 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 22 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 22 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 22 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 21 de la *Sale of Goods Act* de 1895 de Jamaica; art. 85 CV). En una línea parecida, otros sistemas precisan más este deber, estableciendo la posibilidad de que el deudor proceda a vender el bien si fuera perecedero o su conservación implicara gastos excesivos, transfiriendo en su caso el valor de realización en reemplazo a la obligación de entrega del bien (art. 6:90 CC holandés y surinamés). Los PECL prevén asimismo esta solución en su art. 7:110, que contempla además la posibilidad genérica de liberarse de la obligación mediante el depósito en manos de un tercero con notificación al acreedor, regla que se deduce asimismo del art. 6:66 CC holandés y surinamés. Una reglamentación similar se contiene en el art. III-2:101 (1) DCFR y en el art. 97 CESL. Con todo, otros sistemas se limitan a establecer una responsabilidad limitada del deudor únicamente si media dolo o culpa grave (*ad ex.* art. 1.883 CC colombiano y art. 2.292 CC mexicano) o la mera transmisión de los riesgos al acreedor (art. 106 del anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones francés de 2013). En los sistemas del *common law*, la regla general es que la negativa a recibir la prestación por el acreedor implica un incumplimiento que habilita al deudor para resolver el contrato conforme a las reglas generales sobre incumplimiento [*Stein, Forbes & Co Ltd v County Tailoring Co Ltd* (1916), 86 LJKB 448 (KB)]. De hecho, la

reventa del bien por el vendedor en caso de negativa del comprador a recibirlo implica de suyo la resolución del contrato conforme a las condiciones previstas en la sección 48 de la *Sale of Goods Act* de 1979; sección 48 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 48 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 48 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 48 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 49 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 47 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica; *RV Ward Ltd v Bignall* (1967), 1 QB 534 (CA)].

La solución propuesta en el apartado tercero de este precepto es conscientemente abierta, procura facilitar al intérprete la adopción de soluciones conforme con las circunstancias y se muestra atenta a la variedad de soluciones que proporciona un análisis comparativo. La mora del acreedor implica incumplimiento por su parte, y el deudor, a la luz de las circunstancias, deberá adoptar las medidas razonables para mitigar las consecuencias de este incumplimiento del acreedor, lo que permite considerar adecuadas tanto las medidas de conservación de los bienes que se estimen razonables, como las de su enajenación si los costes de conservación son excesivos.

Al igual que ocurre con la consignación del pago, en muchos sistemas romano-germánicos se admite la posibilidad de cumplimiento alternativo de las obligaciones de dar mediante la consignación o depósito de los bienes [arts. 1.656-1.665 CC colombiano; arts. 797-802 y 1.084 CC costarricense; art. 477 CCom costarricense; art. 254 CC cubano; art. 332 CCom cubano; arts. 1.408-1.415 y 1.830 CC guatemalteco; arts. 1.257-1.264 y 1.961 CC francés y dominicano (art. 205-207 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones); arts. 1.043-1.050 CC haitiano; arts. 1.454-1.459 CC hondureño; arts. 2.097-2.103 CC mexicano; arts. 2.055-2.068 y 2.670 CC nicaragüense; arts. 1.063-1.067 CC panameño; art. 768 CCom panameño; arts. 1.130-1.135 CC portorriqueño; arts. 1.093-1.099 CC santaluciano; arts. 1.306-1.313 CC venezolano; art. 146 CCom venezolano]. Semejante posibilidad no es característica, sin embargo, en los sistemas del *common law,* en los que la consignación judicial se contempla como un mecanismo únicamente posible para la obligación del pago en caso de reclamación judicial (*ad ex.* Parte 36 de las *Civil Procedural Rules* de Jamaica de 2002). Siguiendo la misma línea que en el caso de la consignación del pago, parece razonable dejar abierta dicha posibilidad únicamente si es admitida como medio de liberación o entrega de los bienes en el sistema jurídico del lugar de entrega. La regla final del apartado tercero se acomoda, además, al principio clásico del Derecho internacional privado, generalmente admitido, de que las modalidades de ejecución de una obligación se rigen por lo dispuesto en la ley del lugar de ejecución, y no en la ley que rige el contrato.

Dado que la negativa a recibir la prestación entraña un incumplimiento contractual del acreedor, debe tenerse en cuenta que los gastos derivados de dicha negativa para el deudor implican daños indemnizables que, finalmente, serán de cuenta del acreedor, conforme a las reglas generales sobre incumplimiento contenidas en el capítulo siguiente; de ahí que no se haya considerado necesario incluir una regla específica como la contenida en el apartado (4) del artículo 7:110 PECL o en el art. 1.883 CC colombiano; art. 1.084 CC costarricense; art. 255 CC cubano; art. 1.830 CC guatemalteco; art. 2.292 CC mexicano; art. 2.670 CC nicaragüense; art. 308 CCom santaluciano; sección 37 *Sale of Goods Act* inglesa de 1979; sección 38 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 38 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 38 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 38 *Sale of Goods Act* de Trinidad y Tobago; sección 39 de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 37 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica. En consecuencia, la diligencia del deudor a la hora de conservar los bienes o, en su caso, de enajenarlos para evitar su pérdida o minimizar los costes de almacenamiento es, en realidad, una manifestación del deber de mitigación del daño que constituye un principio general de la doctrina del incumplimiento. Del mismo modo, los daños derivados del depósito o consignación se producen como consecuencia de la negativa del acreedor a recibir la prestación y justificarán el resarcimiento al deudor.

Artículo 6.1.11: *Autorizaciones públicas*

1. **La obligación de solicitar y gestionar las licencias y autorizaciones públicas requeridas como condición de validez o ejecución del contrato o de sus obligaciones se determinará de conformidad con lo establecido en las normas imperativas del país afectado y, en su defecto, conforme a lo establecido por las partes.**
2. **En defecto de pacto, se presume que la obligación de solicitar y gestionar las licencias y autorizaciones públicas corresponde a la parte del contrato que se encuentra establecida en el Estado en cuestión, salvo que se estime irrazonable en razón de las circunstancias. En su defecto, corresponderá a la parte a quien corresponda la ejecución de la prestación que requiera dicha licencia o autorización.**
3. **La obligación de solicitar y gestionar las licencias y autorizaciones a que hace referencia el apartado**

anterior requiere por parte del obligado una diligencia razonable, la asunción de los gastos derivados y la notificación diligente a la otra parte de la concesión o de la denegación.

COMMENTARIO:

El precepto, inspirado en la reglamentación contenida en los artículos 6.1.14 a 6.1.17 de los PU, se refiere únicamente al cumplimiento de la obligación de obtener las autorizaciones y licencias públicas que son necesarias para la validez o eficacia del contrato, y en especial a su régimen de imputación y gastos. No determina las consecuencias de la falta de obtención de dichas autorizaciones y licencias cuando son condición de validez del contrato o de alguna de sus disposiciones o de alguna manera limitan su eficacia. Estas cuestiones se regirán por las reglas generales que afectan a la licitud, y especialmente las relativas a la imposibilidad o fuerza mayor. En particular, si la licencia es denegada o su concesión se demora de forma excesiva e irrazonable, las partes podrán invocar la resolución del contrato por fuerza mayor o imposibilidad legal. Según el alcance de la exigencia de autorización sobre la validez o eficacia del contrato, serán en su caso aplicables las reglas relativas a imposibilidad temporal o parcial. No se estima, en consecuencia, que sea necesario un régimen específico de estas cuestiones, como el contenido en los artículos 6.1.16 y 6.1.17 PU.

Teniendo en cuenta que la obtención de una licencia o autorización pública es un requisito imperativo o de orden público exigido por un determinado Derecho nacional, singularmente el correspondiente al país de ejecución, en aplicación de la regla general contenida en el parágrafo III del Preámbulo de estos Principios corresponde aplicar en primer término el régimen establecido para la imputación a una de las partes de las obligaciones de solicitud y gestión de la licencia por parte de la legislación implicada. En defecto de reglas específicas, o si estas reglas se formulan con carácter dispositivo, se estará al régimen de imputación de la solicitud y gestión previsto por las partes en el propio contrato, tal y como indica el apartado primero del precepto.

En defecto de acuerdo por las partes, el apartado segundo incorpora una presunción *iuris tantum* que atiende, en primer lugar, a un principio de economía. Si únicamente una de las partes tiene su establecimiento en el país que requiere la autorización, se estima que dicha parte es la mejor situada para asumir la responsabilidad de la solicitud y de la gestión, tanto por lo que se refiere a su mejor conocimiento del medio como por razones de minimización del gasto. No debe interpretarse dicha presunción en términos rígidos, pues conforme a las reglas generales de interpretación del

contrato, según las circunstancias el intérprete puede estimar que esta regla es irrazonable. Así ocurrirá, en particular, cuando la parte establecida en el país en que la licencia debe obtenerse no sea el prestador característico del contrato y carezca, en consecuencia, de la experiencia y *know how* del prestador característico establecido en otro Estado y más familiarizado con los procesos administrativos vinculados al contrato en cuestión.

> Ejemplo 1: Dos sociedades de explotación minera acuerdan celebrar una *joint venture* para explotar conjuntamente una mina de diamantes en el país X. Una de las sociedades está establecida en el país X, mientras otra lo está en el país Y. La constitución de la *joint venture* requiere la obtención de licencias de exploración y explotación por parte de las autoridades del país X. La solicitud y gestión de dichas licencias corresponden al socio situado en el país X.
>
> Ejemplo 2: El propietario de una extensa propiedad rústica en el país X celebra un contrato con una firma petrolífera extranjera para la explotación de sus terrenos. El contrato requiere la obtención de licencias públicas de diversa índole por parte de diferentes departamentos ministeriales del país X (industria, agricultura, medioambiente, etc.). Aunque en principio la regla impone al propietario la obtención de tales licencias, no parece razonable imputarle dicha responsabilidad, que corresponderá a la empresa petrolífera, como prestadora característica, que dispone de la experiencia y el *know how* necesario para la gestión de las licencias en este caso.

La obligación de solicitud y gestión de las autorizaciones por parte del prestador de la obligación contractual sometida a autorización se contempla con carácter subsidiario. En principio, esta regla vincula la obtención de la licencia a la prestación característica. Tal presunción procederá cuando ninguna de las partes se encuentre situada en el país que requiere la licencia o, al contrario, también cuando no solo una de las partes esté establecida en dicho Estado. Del mismo modo, se seguirá este criterio residual cuando no se estime razonable imponer la solicitud y gestión de la licencia a la parte establecida en dicho Estado.

La responsabilidad de solicitar y gestionar la licencia conlleva, según el apartado tercero, la realización de las gestiones necesarias para el buen éxito de la solicitud conforme a una diligencia razonable consistente con la regla de los mayores esfuerzos. Esta es una exigencia especialmente relevante, por cuanto la denegación o no obtención de la licencia implica el derecho a resolver el contrato por cualquiera de las partes en virtud de imposibilidad legal. Mientras que la parte que no tiene a su cargo la solicitud y la gestión de la licencia no encontrará obstáculos para demostrar la ajenidad y exterioridad del evento legal que imposibilita o implica fuerza mayor,

siempre que haya prestado a la otra parte la debida colaboración en el proceso, particularmente por lo que se refiere al suministro de información, la parte que tiene a su cargo dichas tareas debe acreditar que realizó sus mejores esfuerzos y empleó una diligencia razonable para poder invocar la resolución del contrato por razón de imposibilidad legal. En este sentido, la exigencia de una notificación diligente se acomoda igualmente a las condiciones que requiere el derecho a la justificación del incumplimiento y a la resolución por imposibilidad o fuerza mayor.

Adicionalmente, la obligación de solicitar y gestionar las autorizaciones lleva aparejada la obligación de asumir los gastos que se deriven del procedimiento en cuestión. Se trata de una simple aplicación del principio general de que el cumplimiento de una obligación conlleva la asunción de los gastos derivados de dicho cumplimiento por la parte del contrato en quien recae dicha obligación, tal y como se establece en el artículo siguiente.

Artículo 6.1.12: *Gastos derivados del cumplimiento*

En defecto de pacto, cada parte soportará los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones.

COMENTARIO:

Los gastos generados por el cumplimiento de las obligaciones pueden estipularse en el contrato de forma explícita o implícita. En muchas ocasiones la asunción de gastos puede venir determinada por los términos comerciales uniformes utilizados (Incoterms) o en virtud de los usos del comercio internacional. En defecto de criterios que puedan inducirse del contrato, la regla generalmente aceptada en el comercio internacional es que cada parte debe asumir los gastos implícitos en el cumplimiento de sus obligaciones [art. 1.629 CC colombiano; art. 909 CCom colombiano; art. 784 CC costarricense; art. 337 CC cubano; art. 1.248 CC francés y dominicano (art. 192 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013); art. 1.399 CC guatemalteco; art. 1.034 CC haitiano; art. 6:47.1 CC holandés y surinamés; 1.433 CC hondureño; art. 2.086 CC mexicano; art. 382 CCom mexicano; art. 2.009 CC nicaragüense; art. 1.055 CC panameño; art. 1.122 CC portorriqueño; art. 256 CCom portorriqueño; art. 1.084 y 1.405 CC santaluciano; art. 330 (5) CCom santaluciano; art. 1.297 CC venezolano; sección 29.6 *Sale of Goods Act* inglesa 1979; sección 30.5 *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda; sección 30.5 *Sale of Goods Act* de Montserrat; sección 30.5 *Sale of Goods Act* de Bahamas; sección 30.5 *Sale of Goods Act* de Trinidad

y Tobago; sección 31.5º de la *Sale of Goods Act* de Belice; sección 29.5 de la *Sale of Goods Act* de Jamaica; art. 6.1.11 PU; art. 7.112 PECL; art. III-2:113 (1) DFCR].

Sección 2. Compensación

Artículo 6.2.1: *Indicación y efectos de la compensación*

1. Cuando dos personas son, recíprocamente y a título principal, deudoras la una de la otra, cualquiera de ellas puede declarar la compensación de sus obligaciones. Ambas partes han de poder disponer de su derecho para la finalidad de la compensación.

2. La compensación tiene por efecto la extinción de ambas obligaciones a partir del día de su notificación.

3. Si las deudas difieren en su importe, la compensación las extingue en la cantidad concurrente por referencia a la deuda de menor importe.

COMENTARIO:

1. Sistemas comparados de compensación

La sección segunda del presente capítulo, fiel a la naturaleza opcional de los Principios OHADAC, incorpora una regulación convencional de la compensación. Aunque no presenta el carácter exhaustivo de un régimen legal de compensación, como el que inspira algunos otros textos internacionales, las reglas incluidas en esta sección se inspiran en una aproximación comparativa a los sistemas legales de compensación presentes en los sistemas jurídicos caribeños y tiene por objeto garantizar la transparencia y la agilidad en el tráfico jurídico.

En los países tributarios del modelo romano-germánico, la compensación tiene naturaleza material, mientras que en los sistemas del *common law* la compensación se concibió originariamente como una institución de naturaleza estrictamente procesal (*independent set-off*). En este último caso, la simultánea extinción de las obligaciones de los sujetos implicados se producirá solo a partir de la declaración judicial. Hasta ese momento cabe recurrir sin limitación a los remedios previstos legal y contractualmente para lograr el cumplimiento, sin que el deudor pueda reaccionar alegando o declarando compensación.

Esta brecha entre ambas familias jurídicas es, sin embargo, menor de lo que parece. Por un lado, en los ordenamientos anglosajones aparece posteriormente el llamado *transactional set-off*, cuya naturaleza material ha sido ratificada por doctrina y jurisprudencia [*Hanak v Green* [1958], 2 QB 9, 29; *BICC plc v Burndy Corp* [1985], RPC 273, 315; *Federal Commerce & Navigation Co Ltd v Molena Alpha Inc (The Nanfri)* (1978), 1 QB 927, 981F; *Aectra Refining and Manufacturing Inc v Exmar NV* (1994), 1 WLR 1634, 1649; *Eller v Grovecrest Investments Ltd* (1995) 1 QB 272; *Modern Engineering (Bristol) Ltd v Gilbert-Ash Northern Ltd* (1974), AC 689, 717; el *transaction set-off* se considera medio de pago en *Burton v Mellham* (2006), UKHL 6, 23]. Por otro lado, en los ordenamientos romano-germánicos es posible que el juez declare la compensación incluso cuando no se cumplen los requisitos establecidos por el respectivo ordenamiento para la compensación legal y tampoco se haya pactado contractualmente un régimen de compensación.

2. El requisito de la reciprocidad

La reciprocidad de los créditos es el requisito imprescindible para la compensación legal, de modo que los demás requisitos solamente servirían para posibilitar el efecto automático de la misma. Se trata de evitar que el crédito de una persona sea usado sin su consentimiento para satisfacer la deuda de otro. Por tanto, en principio no se puede compensar con un crédito ajeno una deuda propia, ni una deuda ajena con un crédito propio.

Como regla general, en muchos sistemas se recoge legalmente la reciprocidad como condición para la compensación. El art. 1.289 CC francés y dominicano establece simplemente que dos personas deben ser deudoras la una de la otra. De modo parecido se expresan el art. 1.714 CC colombiano; art. 1.073 CC haitiano; art. 2.141 CC nicaragüense; art. 13:101 PECL; art. III-6:102 DCFR; art. 8.1 PU. El art. 218 del Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones francés de 2013 ya no se refiere a deudas sino a "obligaciones recíprocas". Otros códigos (art. 806 CC costarricense; art. 1.469 CC guatemalteco; art. 1.473 CC hondureño; art. 2.185 CC mexicano; art. 1.081 CC panameño; art. 1.149 CC portorriqueño) recogen la formulación más concreta del art. 1.195 CC español, que especifica que las dos personas deben ser acreedoras y deudoras la una de la otra por derecho propio. De ello se deriva directamente que en casos en que determinadas personas (representantes, agentes, herederos, socios, etc.) tienen un vínculo especial con patrimonios ajenos no pueden compensar sus deudas con un crédito perteneciente a dicho patrimonio, ya que no lo estarían haciendo por derecho propio. En esta línea, el apartado tercero del art. 6:127 CC holandés y surinamés establece que el derecho de compensar no existe cuando el crédito y la obligación del deudor o de la otra parte pertenecen a patrimonios separados. Los

arts. 1.474 CC hondureño, 1.082-1 CC panameño y art. 1.150-1 CC portorriqueño establecen además, a imagen y semejanza del art. 1.196 CC español, que cada uno de los obligados deberá estarlo principalmente y ha de ser a la vez acreedor principal del otro. De esta norma se deriva la imposibilidad del deudor de compensar con un crédito del que es titular un deudor accesorio (como el fiador), o de hacerlo este mientras aún sea obligado con carácter accesorio.

También en los sistemas del *common law* se considera fundamental el requisito de la reciprocidad de las posiciones deudora y acreedora (*mutuality*). En el marco del *independent set-off*, las leyes no permiten la compensación cuando, en interés del beneficiario del *trust*, el fiduciario compensa una deuda del beneficiario con un crédito del que es titular este último. La consideración del titular del crédito (*see through*) es sin embargo posible en equidad [*Bankes v Jarvis* (1903) 1 KB 549, 552). Es posible que el beneficiario compense con un contracrédito que el fiduciario tiene en su nombre [*Cochrane v Green* (1860) 9 LB (n.s.) 448, 464, con dudas en este sentido *Middleton v Pollock, ex parte Nugee* (1875), LR 20 Eq 29]. En el *transactional set-off* existe (discutida) jurisprudencia que plantea la posibilidad de una relajación del requisito de la mutualidad al permitirse la compensación por parte del inquilino de una vivienda con un contracrédito dirigido al anterior propietario [*Smith v Muscat* (2003), EWCA Civ. 962]. También se considera que debe relajarse el requisito de la mutualidad cuando por ejemplo un tercero vende bienes al fiduciario en una transacción autorizada por el trust y el fiduciario paga el precio con su propio patrimonio. En este caso, debería poder compensar los daños causados por defectos en los bienes con el precio.

Al margen de la regla general, algunos códigos civiles del entorno OHADAC han regulado ejemplos específicos de falta de reciprocidad. Así, los arts. 1.716 CC colombiano y 2.141 CC nicaragüense coinciden en afirmar que no puede el deudor principal oponer a su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador, ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él. Ambos códigos regulan acto seguido la compensación con un crédito del codeudor solidario de forma divergente: de acuerdo con el art. 1.716 CC colombiano la compensación no está permitida salvo si lo permite el codeudor titular del contracrédito, mientras que de acuerdo con el art. 2.142 CC nicaragüense se permite sin necesidad de intervención alguna del codeudor titular del contracrédito. Otro supuesto particular se trata de forma específica en el art. 1.474 CC guatemalteco, que no permite que el corredor o cualquier otra persona intermediaria compense las sumas que reciba para comprar objetos determinados ni el precio que se le entregue por las cosas que vende con las cantidades que le deba el comitente. Por último, según el art. 2.143 CC nicaragüense,

tratándose de títulos pagaderos a la orden no podrá el deudor compensar con el endosatario lo que le debieren los endosadores precedentes.

Además de algunas reglas especiales, existen excepciones propiamente dichas a la regla general. Las tres más importantes son la posibilidad de compensar tras haberse producido una cesión del crédito principal, la posibilidad de invocar la compensación con un contracrédito que otro de los deudores solidarios ostenta frente al acreedor, y la posibilidad de que el fiador oponga la compensación respecto de lo que el acreedor debe a su deudor principal. Las dos primeras excepciones al requisito de la reciprocidad son objeto de regulación en la sección 1 del capítulo 8 y en la sección 4 del capítulo 4 de estos Principios.

La tercera excepción mencionada, relativa al fiador, que se contrarresta con la imposibilidad del deudor de oponer la compensación con un crédito del fiador, está expresamente reconocida en los arts. 1.294 CC francés y dominicano (mantenido en el art. 225 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013), 1.475 CC guatemalteco, 1.078 CC haitiano, 2.145 CC nicaragüense, 1.083 CC panameño, 1.151 CC portorriqueño, 1.121 CC santaluciano y 1.336 CC venezolano. El art. 2.198 CC mexicano permite expresamente al fiador que haya sido demandado por el acreedor oponer la compensación con un crédito propio en beneficio del deudor principal. El art. 6:139 del CC holandés y surinamés tratan del fiador y en general de la persona cuyos bienes sirven de garantía para la deuda de otro, pero no les atribuyen la prerrogativa a la que se está haciendo referencia. Solamente pueden invocar la suspensión de su responsabilidad mientras el acreedor pueda declarar la compensación con un crédito del deudor. Se trata, pues, de una excepción dilatoria en el sentido del § 770 CC alemán o del art. 121 del CC suizo, ordenamientos en que la compensación también opera por declaración. El fiador y la persona cuyos bienes sirven de garantía para la deuda de otro también pueden alegar que están liberados de su responsabilidad si el acreedor ha perdido su derecho de compensar, a no ser que tuviese motivos razonables para renunciar a este derecho o que no sea responsable por su pérdida.

El art. 1.717 CC colombiano prevé por último una excepción particular: el mandatario puede compensar con un crédito propio el crédito de un tercero contra el mandante, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación. Pero no puede compensar un crédito que un tercero tiene contra él con un crédito de su mandante, a no ser que el mismo mandante lo quiera.

En el ámbito del *common law* debe hacerse referencia a la figura de los *interveners.* Se trata de determinados sujetos (cesionarios del crédito, titulares de una *floating*

charge, acreedor que cuenta con una *Mareva injunction*, el principal cuyo representante había concluido un contrato sin especificar que actuaba en su nombre, etc.) cuya intervención hace cesar la situación de reciprocidad. Deberá verse en cada caso si debe darse prioridad a la función de garantía de la compensación o al interés del tercero interviniente. También deberá tenerse en cuenta el tipo de *set-off*. La regla general en estos casos es que el deudor podrá compensar frente al interviniente del mismo modo en que lo hubiese hecho frente a su acreedor si el crédito y el contracrédito se habían generado o habían resultado de una transacción llevada a cabo antes del momento en que el deudor tuvo noticia de la intervención. En el ámbito del *independent set-off* rigen requisitos adicionales.

De acuerdo con los Principios OHADAC tampoco puede compensarse una deuda propia con un crédito ajeno ni una deuda ajena con un crédito propio. De un lado, la concepción común del requisito de la reciprocidad hace que no se estén violentando por las demás tradiciones jurídicas de la zona. De otro, se tiene en cuenta que se trata de reglas de compensación que no vienen impuestas por la ley, sino por la voluntaria sujeción de las partes a los presentes Principios, aconseja siempre que sea posible una restricción de su régimen al ámbito de las relaciones entre las partes contratantes.

Se ha adoptado también la formulación del art. III–6:102 (c) DCFR, que se considera muy adecuada ya que de ella puede derivarse no solo la imposibilidad de que mandatarios, *trustees*, etc. compensen una deuda propia con un crédito del mandante, beneficiario etc., sino también la imposibilidad de compensar con o contra un crédito embargado.

La tradicional excepción al requisito de la reciprocidad en beneficio del fiador no se ha incluido. Como se ha visto, esta solución se explica bajo la asunción del efecto automático de la compensación y no se prevé en aquellos ordenamientos en que la compensación opera por declaración.

3. Régimen de efectos de la compensación

La calificación material o procesal puede incidir esencialmente en el régimen de efectos de la compensación. En aquellos ordenamientos del entorno OHADAC que son herederos de la tradición francesa y española se considera que la compensación legal se produce de forma automática, incluso cuando las partes ignoran que concurren las condiciones fijadas legalmente para ello (art. 1.715 CC colombiano; art. 809 CC costarricense; art. 1.290 CC dominicano y francés, mantenido en el artículo 223 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 1.074 CC haitiano; art. 1.480 CC hondureño; art. 2.186 CC mexicano; art. 2.140 CC nicaragüense; art. 1.088 CC panameño; art. 1.156 CC portorriqueño; art. 1.118 CC santaluciano;

art. 1.332 CC venezolano). El efecto automático de la compensación es poco satisfactorio desde el punto de vista de la seguridad jurídica, puesto que la existencia o no del crédito en el patrimonio del acreedor dependerá exclusivamente de la existencia de las condiciones legales, que en ocasiones resultan difíciles de determinar. No obstante, las consecuencias del efecto automático de la compensación legal en estos ordenamientos se ven notablemente influenciadas por el hecho de que el juez no puede apreciar de oficio la compensación, sino que la compensación acontecida debe hacerse constar por una de las partes en el proceso. Debido a esta corrección en el plano procesal, la solución franco-hispana se aproxima a la mantenida por los ordenamientos civiles continentales de influencia alemana, según los cuales la compensación se produce exclusivamente a raíz de una declaración, teniendo lugar entonces sus efectos de forma retroactiva desde el momento en que concurrieron las condiciones legalmente previstas (situación de compensabilidad). Esta es la solución mantenida en los arts. 6:127 y 6:129 del CC holandés y surinamés; art. 302 CC cubano; y art. 1.471 CC guatemalteco.

La opción por una variante o la otra no está sin embargo exenta de consecuencias. En primer lugar, en los ordenamientos en que la compensación opera automáticamente, el pago realizado cuando se cumplen las condiciones para la compensación se considera una renuncia a la compensación (*ad. ex* art. 1.299 CC francés y dominicano; art. 1.084 CC haitiano). Al existir una renuncia voluntaria a extinguir el propio crédito, se entiende que los terceros no deberían verse perjudicados por esta decisión, a menos que el acreedor hubiese ignorado su posibilidad de compensar, caso en el que procedería una *condictio indebiti*. En los ordenamientos que requieren una declaración, si esta no se produce no hay compensación a la que renunciar, por lo que no existe la posibilidad de ejercer una *condictio indebiti* para recobrar lo que se había pagado. Ahora bien, en ambos supuestos cesa el devengo de intereses de demora y tampoco tiene ya razón de ser la ejecución de lo previsto en posibles cláusulas penales. Quien ponga de manifiesto o declare la compensación tendrá derecho a la devolución de los intereses o cantidades pagadas en este concepto a partir del momento de la producción de la compensación o de la situación de compensabilidad.

En segundo lugar, en los ordenamientos en que la compensación opera automáticamente, en principio los deudores solidarios que no son titulares del contracrédito podrían alegar la compensación acontecida cuando el acreedor se dirigiese contra cualquiera de ellos. En los ordenamientos en que la compensación requiere una declaración del titular del contracrédito, en principio los demás deudores solidarios no pueden sustituirle y declarar ellos la compensación. La compensación tendría pues el carácter de una excepción personal.

En tercer lugar, si la compensación opera automáticamente, desde el momento en que se dan las condiciones legales la cesión de cualquiera de los créditos objeto de compensación recaería en realidad sobre un crédito ya extinguido. Por tanto, en los ordenamientos que prevén esta solución, el cesionario en principio solamente puede hacer valer su crédito cuando haya una renuncia a la compensación por parte del deudor, expresada implícitamente al aceptar la cesión. En los ordenamientos en que es necesaria una declaración para que la compensación pueda operar, el cese de la reciprocidad de las posiciones deudora y acreedora debido a una cesión de crédito supondría la imposibilidad de declarar la compensación con posterioridad a esta fecha. Sin embargo, en estos ordenamientos se permite excepcionalmente la declaración de compensación, aunque con determinadas cautelas destinadas a proteger al cesionario.

Finalmente, si los créditos recíprocos se extinguen automáticamente en el momento en que se den las condiciones de compensabilidad, la posterior prescripción de uno de los créditos es irrelevante. Si es necesaria la situación de compensabilidad en el momento de la declaración, en principio la compensación no procede cuando dicha situación de compensabilidad hubiese decaído previamente, por ejemplo por prescripción de uno de los créditos. Como consecuencia, en los ordenamientos en que la compensación tiene efectos retroactivos tras la declaración, la posibilidad de compensar con un crédito prescrito ha de preverse expresamente (*ad ex.* art. 6:131 CC holandés y surinamés; art. 1.472 CC guatemalteco]. Esta posibilidad es relevante por lo que respecta al contracrédito. Si el crédito principal ya está prescrito, al deudor le bastaría con alegar su prescripción.

En los ordenamientos del *common law* la compensación tiene por regla general efectos *ex nunc.* Este efecto es claro en el *independent set-off*, para el que no es relevante que crédito y contracrédito emanen de una misma relación jurídica o de relaciones jurídicas estrechamente relacionadas. Tampoco presenta efectos retroactivos la compensación contractual, aunque se considera que si se ha pactado contractualmente la posibilidad de compensar esta posibilidad continúa existiendo pese a una cesión del crédito principal mientras no se haya informado de ello al deudor. Sin embargo, no existe certeza absoluta sobre los efectos del *transactional set-off*, justificado en base a la conexidad existente entre crédito y contracrédito. Se ha afirmado que el *transactional set-off* tendría que tener carácter retroactivo a efectos de mora en el momento en que venció el contracrédito. También se ha considerado que si la compensación se hace valer antes de que el acreedor haya recurrido a remedios extrajudiciales (*self-help remedies*), el acreedor ya no podrá recurrir a ellos en el caso en que la compensación extinga completamente su crédito [*Eller v Grovecrest Investments Ltd* (1995), 1 QB 272, 278E; *Fuller v Happy Shopper Markets Ltd*

(2001) 1 WLR 1681, 1690D]. Pero el acreedor ha de poder recurrir a estos remedios mientras el deudor no declare la compensación. Si por el contrario la compensación se alega como defensa ante un crédito litigioso, se considera que sí debería tener efecto retroactivo. Según otra tendencia, se considera que el *transactional set-off* no extingue legalmente el crédito, pero que sería abusivo por parte del acreedor ejercer sus remedios contractuales.

La regulación contenida tanto en los PU (art. 8.5) como en los PECL (art. 13:106) y el DCFR (art. III–6:107) adopta una solución que es propia de los países nórdicos: la compensación con efectos *ex nunc* tras la correspondiente notificación de una parte a la otra. Esta es una solución óptima desde el punto de vista de la seguridad jurídica y que facilita además el tráfico jurídico, ya que la existencia de la situación de compensabilidad importa solamente en el momento de realizarse la declaración.

A la vista de las soluciones existentes, parecería a primera vista que en los Principios OHADAC se podría optar por concebir una compensación automática o *ipso iure*, con efectos *ex tunc* a partir de su declaración o con efectos *ex nunc*. La primera de estas tres soluciones es la que predomina en los ordenamientos del entorno OHADAC. No obstante, no se trata de una solución adecuada para una reglamentación destinada a agilizar el tráfico jurídico transfronterizo en la región. Al contrario, parece que hacer depender la producción de la compensación de la realización de una declaración es una mejor solución desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Sin embargo, no resulta recomendable atribuir a esta declaración efecto retroactivo. Por un lado, en los ordenamientos del *common law* el efecto retroactivo de la compensación solo se acepta, y aun con matices, en el ámbito del *transactional set-off*. Además, esta solución puede servir de incentivo al deudor, que estará interesado en declarar la compensación tan pronto como sea posible para evitar que se devenguen intereses de demora o que se puedan hacer valer remedios contractuales o extracontractuales por incumplimiento. Si el deudor quiere declarar la compensación con efecto retroactivo o quiere hacer valer su efecto automático siempre le queda el recurso al ordenamiento estatal que rija como sistema de cierre. También cabe plantear la posibilidad del pacto de compensación con efectos retroactivos.

Finalmente, la compensación tiene por efecto extinguir las obligaciones compensadas, totalmente si son coincidentes en importe o valor, y parcialmente si difieren en su cuantía, en cuyo caso la compensación produce el efecto de reducir la obligación mayor en el importe de la obligación de menor cuantía, que será propiamente la única que sea completamente extinguida.

Artículo 6.2.2: ***Deudas compensables***

1. **La compensación puede declararse cuando ambas obligaciones consistan en una cantidad de dinero o en cosas fungibles de la misma especie y calidad, si estas se han indicado.**
2. **Cuando las deudas dinerarias deben pagarse en distintas monedas, la compensación solo puede declararse si ambas monedas son libremente convertibles y si no se ha pactado el cumplimiento de la deuda de quien declara la compensación en una moneda determinada.**
3. **La compensación únicamente puede declararse si ambas deudas están vencidas y son exigibles.**
4. **No es posible oponer la compensación con un crédito cuya existencia o cuantía no están determinados, salvo que no perjudique los intereses del acreedor. Cuando los derechos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica, se presume que no se verá perjudicado el interés del acreedor.**

COMENTARIO:

1. Deudas compensables en los sistemas jurídicos nacionales de OHADAC

En todos los ordenamientos del entorno OHADAC la compensación es posible con deudas dinerarias. La mayoría de sistemas romano-germánicos prevén además que la compensación pueda tener lugar cuando ambas deudas tengan por objeto cosas fungibles que sean intercambiables, es decir que sean de la misma especie (art. 1.715 CC colombiano; art. 1.291 CC francés y dominicano; art. 1.075 CC haitiano) y de la misma calidad (art. 806 CC costarricense; art. 1.470 CC guatemalteco; art. 1.474.2º CC hondureño; art. 2.187 CC mexicano; art. 2.140.1º CC nicaragüense; art. 1.082 CC panameño; art. 1.150 CC portorriqueño; art. 1.118 CC santaluciano; art. 1.333 CC venezolano). En el art. 2.151 del CC nicaragüense se indica, a mayor abundamiento, que no son compensables las obligaciones de ejecutar algún hecho. En el art. 1.723 CC colombiano y en el art. 2.156 CC nicaragüense se excepciona parcialmente esta regla: si las deudas son pagaderas en lugares distintos, la compensación solamente se permite si ambas deudas son en dinero. En este caso rige la regla general según la cual

quien haga valer la compensación deberá tomar en cuenta los costos de la remesa (art. 6.2.3 de estos Principios). El requisito de la calidad coincidente no se contempla expresamente en el art. 1.291 CC francés y dominicano (a diferencia del art. 219 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013, que es más expreso al respecto) ni en el art. 1.075 CC haitiano, pero en estos códigos se incluye la posibilidad de compensar con una deuda monetaria una deuda en grano o en especie no controvertida cuyo valor sea fijado por los corrientes del mercado. El CC holandés y surinamés no hace referencia a estos requisitos. Por otro lado, en el ámbito del *common law* existe consenso en permitir la compensación de deudas monetarias, pero no de deudas que tienen por objeto bienes fungibles.

En general, se considera que la compensación de deudas expresadas en distinta moneda es posible siempre que no se haya pactado el cumplimiento exclusivamente con una divisa concreta y que ambas monedas sean libremente convertibles. Ahora bien, teniendo en cuenta las fluctuaciones del precio del dinero, podría considerarse la posibilidad de no permitir la compensación en moneda extranjera. Así, la jurisprudencia francesa ha considerado que una deuda en moneda extranjera no es líquida. Esta solución se critica unánimemente por su rigidez y se considera que debería ser posible la compensación cuando la convertibilidad externa es completa. En los códigos del entorno OHADAC pertenecientes al ámbito romano-germánico no se menciona expresamente la posibilidad de la compensación con moneda extranjera. No obstante, esta se contempla en el art. 8.2 PU, el art. 13:103 PECL y en el art. III-6:104 DCFR, siempre que no se haya pactado el cumplimiento de la deuda solamente con una divisa. También en los ordenamientos del *common law* está permitida la compensación con diferente moneda, aunque existe considerable incertidumbre sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para realizar la conversión. Si la compensación es contractual, la fecha de la conversión será la que pacten las partes. Si la compensación se había ejercido extrajudicialmente, se considera que la fecha que el juez ha de tener en cuenta para realizar la conversión de la moneda es la fecha en que se declaró la compensación o, en el caso de posibles efectos retroactivos de la misma, desde el momento en que se dieron las condiciones para la compensación. Si se trata de un *transaction set-off* que se ejerce por primera vez en sede judicial, puede apreciarse como fecha relevante para efectuar la conversión aquella en que el contracrédito liquidó o disminuyó el crédito principal, pero si la relación entre ambos créditos es tenue puede considerarse la posibilidad de tomar como fecha relevante la fecha de la sentencia. Si por el contrario se dan los requisitos del *independent set-off*, se considera que se debería tener en cuenta la fecha de la sentencia. La alternativa de excluir la

posibilidad de la compensación en estos casos, realizando la conversión en el momento de la respectiva ejecución, se considera insatisfactoria.

Por otra parte, la compensación legal solamente es posible por deudas cuyo cumplimiento se pueda exigir. Ello requiere que se hayan cumplido posibles condiciones o términos (vencimiento) y que se trate en general de deudas exigibles. Por tanto no son compensables las obligaciones nulas ni las obligaciones naturales. Aunque en algunos ordenamientos del entorno OHADAC que siguen el modelo del art. 1.196 CC español se pide expresamente que se trate de una deuda vencida y exigible (art. 1.474.3º CC hondureño; art. 1082.3º y 4º CC panameño; art. 1150.3º y 4º CC portorriqueño), la mayoría de ordenamientos no consideran necesario especificar el requisito del vencimiento. El segundo apartado del art. 6:127 CC holandés y surinamés emplea unos términos más difusos: quien compensa ha de estar legitimado para cumplir su propia obligación y para pedir el cumplimiento a la otra parte. En el *common law* se exige que los créditos sean "*mature"*, es decir "*due and payable*". Un crédito es "*due*" cuando se puede ejercer una acción que tenga por objeto la deuda. Si un crédito es "*payable*" dependerá del momento fijado para el pago en el contrato. Se puede pedir judicialmente la compensación con un contracrédito que haya vencido después del crédito principal, pero solo si el contracrédito venció antes del inicio del procedimiento.

Por regla general, se considera asimismo que para que sea posible la compensación ha de estar determinada la existencia y la cuantía de la deuda. La rigidez del requisito de la liquidez, recogido expresamente en la mayoría de códigos civiles del entorno OHADAC (art. 1.715.2º CC colombiano; art. 806 CC costarricense; art. 301 CC cubano; art. 1.291.1º CC francés y dominicano, mantenido en el artículo 219 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones; art. 1.470 CC guatemalteco; art. 1.075 CC haitiano; art. 1.474.4º CC hondureño; art. 2.188 CC mexicano; art. 2.140.2º CC nicaragüense; art. 1.082.4º CC panameño; art. 1.150.4º CC portorriqueño; art. 1.118 CC santaluciano; art. 1.333 CC venezolano), se ha contrarrestado en ocasiones en el plano procesal. Especial mención merece el art. 2.189 del CC mexicano, según el cual se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o pueda determinarse en el plazo de nueve días. Debe citarse también el art. 2.146 CC nicaragüense, según el cual para oponerse la compensación no es necesario el crédito al cual se refiere se tenga por reconocido. Si la compensación no fuere admitida, podrá el deudor alegar todas las defensas que tuviere. En el ámbito del *common law* debe distinguirse de nuevo según los tipos de compensación. En el *transactional set-off*, el deudor puede hacer valer su contracrédito aun cuando no sea aún líquido. Este privilegio se le concede debido a la estrecha relación entre crédito y contracrédito.

Ahora bien, el *transactional set-off* tampoco se permite cuando el contracrédito del deudor es tan incierto que su establecimiento requeriría investigación extensiva [*Rawson v Samuel* (1840), Cr. Fh. 161, 183]. Esta posibilidad parece que también existe en Santa Lucía, ya que el art. 1.127A CC santaluciano establece que la compensación será posible en todos los casos en que se puede hacer valer de acuerdo con la ley de Inglaterra. Por otro lado, en el *independent set-off* los créditos recíprocos han de ser líquidos o rápida y fácilmente liquidables en sede judicial. El deudor solamente puede hacer valer su contracrédito como reconvención, si cumple los requisitos para ello [*Bennett v White* (1910), 2 QB 643, 648; *Stooke v Taylor* (1880) 5 QB D 569, 575].

De modo parecido, según el 6:136 CC holandés y surinamés, si el juez no puede determinar fácilmente si el contracrédito se hace valer de forma justificada, puede simplemente ignorar la compensación que se ha alegado. También en los PECL (art. 13:102) y en el DCFR (art. III-6:103) se recurre a la discrecionalidad del juez a la vista de los intereses en juego. El juez puede permitir la compensación con un crédito ilíquido si considera que no vulnera los intereses del acreedor, por ejemplo porque la determinación de la cuantía del mismo no supone una prolongación relevante de la duración del proceso, existiendo la presunción de que no habrá perjuicio del acreedor si se trata de créditos conexos. Esto último tiene sentido, puesto que precisamente debido al hecho de que crédito y contracrédito derivan de la misma relación jurídica puede presumirse que la determinación de su cuantía va a tener lugar simultáneamente. Se trata de una presunción *iuris tantum*, pero debe reconocerse que en la gran mayoría de los casos no va a haber perjuicio de los intereses del acreedor de mediar conexidad. Según esta solución, por tanto, la liquidez no es requisito imprescindible, pero sí el derecho del acreedor a no verse perjudicado por la falta de la misma. Una solución más tosca se prevé en el art. 8.1 (2) de los PU, donde se afirma simplemente el requisito de la existencia y liquidez excepto en créditos conexos.

2. Créditos compensables en los Principios OHADAC

En los Principios OHADAC se han considerado compensables no solo los créditos que tienen por objeto una cantidad de dinero, sino que se ha permitido también la compensación de objetos fungibles de la misma especie y calidad, si esta se hubiese indicado. La limitación existente en el ámbito del *independent set-off* y del *transactional set-off* no es obstáculo a esta solución, enmarcada en la compensación contractual.

Por otro lado, la orientación de los Principios OHADAC al tráfico transfronterizo hace recomendable la inclusión de una regla específica sobre la compensación de deudas

expresadas en distinta moneda. Más allá de permitirla siempre que no se haya pactado el cumplimiento en una moneda concreta y que ambas monedas resulten convertibles, para la determinación de la conversión se aplicarán *mutatis* mutandis las reglas previstas en el párrafo tercero el artículo 6.1.8 de los Principios, de forma que el tipo de cambio será normalmente el previsto en el momento en que la declaración es notificada en el lugar en que debe pagarse la deuda del compensante.

La falta de liquidez del contracrédito representa un obstáculo importante, ya que comporta la imposibilidad de determinar si la extinción del crédito principal va a ser (o ha sido) total o parcial. Por un lado parece poco razonable que el deudor no tenga la posibilidad de oponer la compensación cuando su contracrédito no es líquido, quedándole cerrada esta vía para el cumplimiento de la obligación y teniendo que hacer frente, en consecuencia, a los posibles remedios por mora o incumplimiento a disposición del titular del crédito principal. Pero, por otra parte, la determinación del montante del contracrédito en el proceso puede tener como consecuencia un aumento considerable de la duración del mismo, que podría ser aprovechada por el deudor para retrasar fraudulentamente el cumplimiento, al menos por el montante en que el crédito principal superase al contracrédito. En el marco de los Principios OHADAC es aconsejable encontrar una solución que haga innecesario el recurso a los respectivos derechos procesales nacionales. Se ha considerado que la atribución de una cierta discrecionalidad al juez según el modelo de los arts. 13:102 PECL y III-6:103 DCFR es una solución adecuada.

Artículo 6.2.3: *Deudas pagaderas en distintos lugares*

Si la compensación se refiere a deudas pagaderas en distintos lugares, deben compensarse los daños sufridos por una parte como consecuencia de que el cumplimiento no se efectúe en el lugar previsto.

COMENTARIO:

1. Deudas pagaderas en los sistemas jurídicos nacionales de OHADAC

En la mayoría de los códigos civiles de los Estados del entorno OHADAC existe una regla sobre la compensación en el caso en que las deudas objeto de la misma sean pagaderas en distintos lugares. Su origen se encuentra en el Art. 1.296 CC francés, según el cual en este supuesto quien hace valer la compensación ha de tener en cuenta los gastos de la remesa. Con esta misma formulación se recoge en los arts.

1.296 CC dominicano; 1.081 CC haitiano y 1.123 CC santaluciano; así como en los arts. 1.723 CC colombiano y 2.156 CC nicaragüense, que en este supuesto, como se ha visto, permiten solamente la compensación de deudas dinerarias. Los arts. 1.477 CC hondureño, 2.204 CC mexicano, 1.085 CC panameño, 1.153 CC portorriqueño y 1.338 CC venezolano especifican que deberán indemnizarse los gastos de transporte o cambio al lugar del pago. Por gastos de cambio deben entenderse los que se ocasionan por la remisión de cantidades de dinero de una plaza a otra o por comisiones. Sin embargo, el art. 1.476 CC guatemalteco no recoge la referencia a los gastos de cambio. Una regla parecida se contiene en el art. 6:138 CC holandés y surinamés, según el cual cuando los lugares de cumplimiento son distintos la parte que declara la compensación tiene que compensar el daño que la parte opuesta sufre debido al hecho de que las partes no cumplieron sus obligaciones en los respectivos lugares de cumplimiento. Además se concede al acreedor la posibilidad de oponerse a la compensación. En los sistemas del *common law* no se ha previsto una regla específica para este supuesto.

2. Deudas pagaderas en distintos lugares en los Principios OHADAC

La inclusión de este supuesto en los Principios OHADAC es especialmente acertada teniendo en cuenta que los mismos están pensados para el tráfico transfronterizo y que por tanto previsiblemente van a ser muchos los supuestos en que va a interesar a las partes la producción de una compensación, pese a estar situados los efectos o el dinero a entregar en lugares de cumplimiento distintos en el momento del vencimiento de la obligación. La formulación adoptada por su mayor claridad es la contenida en el primer apartado del art. 6:138 CC holandés y surinamés. La posibilidad de oponerse a la compensación allí prevista se ha considerado una solución difícil de extender a todo el entorno OHADAC.

Artículo 6.2.4: *Pluralidad de deudas*

En caso de pluralidad de deudas, el deudor podrá designar el crédito contra el que pretende compensar. En su defecto, se aplicarán las reglas sobre imputación de pagos previstas en el art. 6.1.9 de estos Principios.

COMENTARIO:

1. Compensación en caso de pluralidad de deudas en los sistemas jurídicos nacionales de OHADAC

En caso de existir varios créditos de un mismo acreedor contra los que se podría compensar, tendrá que determinarse contra cuál de ellos se dirige la compensación. En los ordenamientos en los que la compensación opera por declaración, será posible que el deudor determine, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, cuál de los créditos que el acreedor ostenta contra él y que cumplen las condiciones exigidas para que sea posible la compensación desea satisfacer en todo o en parte con su contracrédito. Así se prevé en el art. 2.196 CC mexicano. En algunos ordenamientos (art. 6:137 CC holandés y surinamés) el titular del crédito principal puede oponerse a la determinación realizada por el titular del contracrédito, ya que se entiende que la imputación no puede hacerse depender de quién opuso primero la compensación. En caso de no mediar ninguna declaración se acude a las normas relativas a la imputación del pago. El recurso a la autonomía de la voluntad no está previsto en aquellos ordenamientos que parten del efecto automático de la compensación, y como consecuencia esta cuestión se resuelve exclusivamente con recurso a las normas de imputación de pagos (art. 1.722 CC colombiano; art. 810 CC costarricense; art. 1.927 CC francés y dominicano; art. 1.477.1º CC guatemalteco; art. 1082 CC haitiano; art. 1.479 CC hondureño; art. 2.155 CC nicaragüense; art. 1.087 CC panameño; art. 1.155 CC portorriqueño; art. 1.125 CC santaluciano; art. 1.339 CC venezolano).

En los PECL y el DCFR también se establece que en este caso se aplicarán las normas relativas a la imputación de pagos con “apropiadas adaptaciones” [arts.13:105 (2) PECL y III–6:106 (2) DCFR] cuando la parte que declara la compensación tiene que cumplir dos o más obligaciones con respecto a la otra parte. Si la parte que declara la compensación tiene dos o más derechos de crédito contra la otra parte, la declaración de compensación ha identificar los derechos los que se refiere, El art. 8.4 (2) de los Principios de UNIDROIT se aparta parcialmente de estas soluciones y establece que en ausencia de especificación de las obligaciones a las que se refiere la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación va a referirse a todas las obligaciones proporcionalmente.

2. Compensación en caso de pluralidad de deudas en los Principios OHADAC

Teniendo en cuenta que en los Principios OHADAC se ha optado porque la compensación opere exclusivamente por declaración, es conveniente dar también en este punto la primacía a la autonomía de la voluntad. En el supuesto en que no medie declaración o cuando a través de la misma no pueda determinarse cuál es el crédito contra el que se pretende compensar se estará a las reglas sobre imputación de pagos contenidas en el art. 6.1.9 de estos Principios.

Sección 3. Hardship

Artículo 6.3.1: *Hardship*

1. Las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, incluso si en virtud de cualesquiera hechos su ejecución se ha vuelto más onerosa de lo que razonablemente habrían podido considerar las partes en el momento de celebrarse el contrato.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado primero, cualquiera de las partes puede resolver el contrato si prueba que:

a) La ejecución de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente onerosa debido a un hecho ajeno a su control razonable, que no podía haber sido razonablemente previsto o tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato; y que

b) no podía razonablemente haber evitado o atenuado el hecho o sus consecuencias; y que

c) no asumió el riesgo de tal hecho.

3. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

4. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra

parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

COMENTARIO:

1. El *hardship* en los sistemas nacionales de OHADAC

Las reglas sobre *hardship* tratan de regular la incidencia en el cumplimiento del contrato de los mismos acontecimientos imprevistos que justifican la resolución del contrato por fuerza mayor, cuando la prestación no deviene imposible, pero sí excesivamente onerosa para una de las partes. Se trata, pues, de garantizar el equilibrio contractual o repartir entre las partes el riesgo económico de un hecho impredecible y ajeno al control de las partes, cuando no impide el cumplimiento y este puede aún interesar a las partes.

El régimen legal del *hardship* es particularmente necesario en los contratos internacionales de cierta duración o que puedan estar expuestos a un cambio de circunstancias que desequilibre las prestaciones contractuales (construcción, explotación mineral o agrícola, transporte, suministro, leasing, alquiler, etc.). También en los contratos instantáneos en que las prestaciones, incluso pecuniarias, estén diferidas respecto del momento de celebración del contrato.

En buena parte de los sistemas nacionales de los países que conforman OHADAC no se reconoce legalmente efecto alguno a los supuestos de excesiva onerosidad, por lo que la parte afectada por el hecho imprevisible sobrevenido deberá cumplir el contrato o incurrirá en responsabilidad contractual en caso de incumplimiento. Esta es la situación característica de los territorios OHADAC que tributan o están sujetos directamente tanto a la influencia del Derecho francés, así como del Derecho inglés o norteamericano, lo que obliga a las partes en estos sistemas a introducir una detallada reglamentación contractual del *hardship.*

En los sistemas tributarios del Derecho francés, conforme a la jurisprudencia dominante en ese país, la llamada "teoría de la imprevisión" solo es aplicable con claridad a los contratos públicos o de interés público, como el suministro de gas o electricidad, aunque existe una corriente a favor de la obligación general de las partes de renegociar el contrato de buena fe (sentencias de la *Cour de Cassation* de 3 de noviembre de 1992, 24 de noviembre de 1998, 13 de marzo de 2004 y 29 de junio de 2010). En la órbita del *common law,* los efectos de la excesiva onerosidad deben ser regulados mediante cláusulas específicas (*Suez* y *Saloon cases* en el Reino Unido y en

EE.UU.), si bien en términos de análisis económico hay una proximidad notable entre la resolución del contrato por *hardship* y por frustración de la causa.

La solución es diferente en algunos sistemas jurídicos de habla hispana, que han recogido un tratamiento legal específico de la excesiva onerosidad. Entre los que contemplan normas específicas en materia de *hardship*, algunos establecen como único efecto el derecho a la resolución o terminación del contrato, en la línea propuesta en los Principios OHADAC. Es el caso del art. 80 del CC cubano y del art. 688 CCom guatemalteco. En sentido opuesto, el art. 1.330 CC guatemalteco únicamente prevé la posibilidad de revisión judicial. Como sistema mixto aparece el art. 868 del CCom colombiano que indica como primera opción la revisión o adaptación del contrato por el juez y, subsidiariamente, si dicha adaptación no es posible, la resolución del contrato. En sentido inverso se pronuncia el art. 1.161-A CC panameño, abiertamente inspirado en el CC italiano, que establece como primera opción el derecho de terminación, si bien el acreedor podrá oponer a la resolución una adaptación equitativa. Otros sistemas jurídicos no contienen normas específicas sobre *hardship*, si bien a menudo la jurisprudencia apunta a utilizar cláusulas generales como el principio *rebus sic stantitibus* para alcanzar soluciones de justicia material del caso concreto, particularmente propiciadas en supuestos de adaptación de contratos por fluctuaciones monetarias. El panorama comparado en estos países es, pues, claramente diverso, a pesar de todo, y suscita abiertamente una grave inseguridad jurídica.

También los territorios tributarios del Derecho holandés cuentan con una reglamentación asimismo expresa, derivada del art. 6:258 CC holandés y surinamés, que habilita al juez para optar por la adaptación o la resolución del contrato.

La conveniencia de un régimen legal del tratamiento *hardship* ha sido puesta de manifiesto incluso en los sistemas que solo reconocen sus efectos a través de específicas cláusulas contractuales. En los sucesivos proyectos de reforma del Código civil francés aparece invariablemente un tratamiento de esta cuestión; el artículo 104 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 finalmente contempla la posibilidad de una adaptación por común acuerdo entre las partes y, en su defecto, la resolución del contrato. Del mismo modo, todos los textos internacionales de unificación del Derecho contractual han previsto un régimen específico de la excesiva onerosidad.

2. El *hardship* en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual

Existen fundadas dudas acerca de si el art. 79 CV es extensible a supuestos de *hardship* más allá de los casos habituales de imposibilidad o fuerza mayor. Debe tenerse en

cuenta que el Convenio ha sido ratificado por países como Países Bajos, Colombia, Honduras o México, pero también por países cuyos sistemas nacionales no reconocen el tratamiento legal del *hardship* (EE.UU., Francia, San Vicente y Granadinas), lo que afecta a varios territorios de OHADAC. En todo caso, la inseguridad acerca de la interpretación de este precepto y su limitada eficacia en el ámbito geográfico de OHADAC son argumentos adicionales para incorporar en los Principios OHADAC un tratamiento específico de esta cuestión.

En los arts. 6.2.1 a 6.2.3 PU se contiene una reglamentación del *hardship*, que será aplicable si el contrato se rige por tales Principios. Debe destacarse que el art. 6.2.2 PU admite la posibilidad de considerar eventos acontecidos o simplemente conocidos después de la celebración del contrato. Por una parte, el art. 6.2.3 PU establece que la parte afectada debe, en primer término, reclamar la renegociación, sin poder suspender por ello el cumplimiento de sus obligaciones durante el proceso de negociación. Este efecto puede resultar especialmente gravoso según la naturaleza del contrato. Asimismo, en caso de que la negociación no llegue a buen fin, las partes pueden acudir a un tribunal, quien tendría la facultad de decidir la resolución o bien la propia adaptación del contrato. Parece claro que muchos contratantes no querrán asumir el riesgo de que un tribunal vuelva a escribir su contrato, particularmente si se mueven en la órbita de la cultura jurídica angloamericana.

Los PECL contemplan en el art. 6:111 los efectos de un *change of circumstances.* Presentan la diferencia respecto de los PU que únicamente se admite el *hardship* respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato. La solución, sin embargo, es muy similar y plantea las mismas reservas: las partes tienen obligación de negociar de buena fe, so pena de sufrir una condena por daños, pero si no llegan a un acuerdo será el juez quien decida resolver o adaptar el contrato. Con leves matices, la reglamentación prevista en el art. III-1:110 DCFR es similar.

3. La reglamentación del *hardship* propuesta en los Principios OHADAC

La normativa propuesta en los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales responde a la concepción o núcleo común en los países que conforman OHADAC. Al igual que en los Principios UNIDROIT se ha considerado conveniente configurar las condiciones de admisibilidad del *hardship* sobre la base de hechos razonablemente imprevisibles para las partes, con independencia de que sean sobrevenidos o desconocidos en el momento de la celebración del contrato, y que comporten riesgos no asumidos por ellas. En la interpretación de este artículo deberá tenerse en cuenta el contenido y los comentarios al artículo 7.1.8 en materia de fuerza mayor.

La excesiva onerosidad proporciona a las partes un derecho a resolver el contrato, previo cumplimiento de determinadas condiciones relativas a la notificación y acreditación del hecho imprevisto y a la adopción de las medidas pertinentes para minimizar sus consecuencias, cuya omisión puede implicar responsabilidad por los daños causados al acreedor. La resolución del contrato implicará la devolución de las prestaciones ya realizadas por el acreedor y, en su caso, la compensación por los beneficios ya obtenidos por una de las partes.

A diferencia de otras propuestas reguladoras (CC panameño, Principios UNIDROIT, PECL y DCFR), no se contempla expresamente la obligación de renegociar el contrato con carácter previo a la resolución. Se estima que si las partes tienen interés en conservar el contrato, dicha negociación tendrá lugar en virtud del ejercicio de su autonomía de la voluntad. No parece aconsejable, sin embargo, imponer un deber de negociación que resulta extraño en los modelos tributarios del *common law* y en todo caso genera muchas dudas sobre las consecuencias de la pasividad o mala fe durante la negociación y la eventual responsabilidad derivada. Por otra parte, el establecimiento de una obligación genérica de renegociar implica inseguridad jurídica en cuanto al alcance temporal y sustancial de dicha obligación. Por todo ello, se considera más conveniente dejar a las partes la libertad para establecer el régimen de renegociación del contrato, garantizando la seguridad jurídica a través de un derecho a la terminación no condicionado en otro caso.

De igual modo, se ha considerado improcedente seguir la línea marcada en algunos Derechos nacionales (códigos civiles holandés y surinamés, guatemalteco, colombiano o panameño) y en la mayoría de los textos internacionales en orden a facultar al juez a una adaptación del contrato, alternativa o no a la resolución, al margen de la voluntad de las partes. Esta posibilidad legal es fuente de inseguridad en las transacciones comerciales internacionales, y choca frontalmente con la cultura jurídica de los países tributarios del *common law*, cuyas jurisdicciones encontrarían problemas difíciles de superar para aplicar una obligación legal de este tipo, por lo que es previsible que en dichos foros la única alternativa auténtica fuera la resolución del contrato. Los Principios OHADAC pretenden ofrecer un régimen legal válido y admisible en todos los territorios OHADAC, que no impide que quepa proceder a la adaptación del contrato por un tercero. Al igual que se propone para la adaptación por las partes a través de la renegociación, se estima que la adaptación por un juez o por un árbitro no puede venir dada por una imposición legal, sino en virtud de la propia autonomía de la voluntad de las partes, mediante los términos expresamente pactados en el contrato.

Por las razones expuestas, la reglamentación legal contenida en los Principios, fiel a su carácter de mínimos, respetuosa con la tradición legal común en todos los territorios

OHADAC, debe observarse por las partes bajo la posibilidad abierta de modificar su régimen mediante cláusulas contractuales complementarias.

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DE *HARDSHIP*

Aun cuando las partes hayan sometido su contrato a los Principios OHADAC sobre contratos comerciales internacionales y, en su defecto, a un Derecho nacional, tanto los Principios como los Derechos nacionales reconocerán en este punto la primacía de las cláusulas establecidas por las partes para regir eventuales supuestos de excesiva onerosidad. En el comercio internacional existen conocidas cláusulas-tipo de *hardship,* como la *ICC Hardship Clause 2003.* La Cámara de Comercio Internacional ha elaborado esta cláusula-tipo de *hardship* que puede ser incorporada al contrato por mera referencia. Su contenido, sin embargo, es mucho más elemental que el previsto en el propio régimen legal de los Principios OHADAC.

La cláusula sigue abiertamente el modelo de reglamentación de textos internacionales como los Principios UNIDROIT o los PECL. Parece, sin embargo, que es una opción discutible, pues según la naturaleza del contrato o los intereses de las partes es factible que prefieran establecer el derecho a la terminación en lugar de una obligación de negociación previa que está concebida con excesiva vaguedad y que producirá una demora que puede ser indeseable según el tipo de operación contractual de que se trate. Por lo demás, si la opción por la terminación se establece como opción única o principal, u opera en cualquier caso con carácter subsidiario, es preciso establecer las condiciones de ejercicio de la terminación, el efecto de la devolución o compensación de prestaciones, al igual que ocurre con los supuestos de fuerza mayor. La propuesta de la CCI, sin embargo, no tiene en cuenta estas circunstancias en la cláusula de *hardship.*

En consecuencia, OHADAC desaconseja, en su caso, complementar el régimen legal de los Principios OHADAC con la cláusula modelo de la ICC. A la hora de redactar una cláusula complementaria de los Principios OHADAC, las partes deben tener en cuenta la utilidad adicional de estas cláusulas, que pueden ser interesantes para corregir o precisar la regulación propuesta en varios sentidos:

1. Precisión de los hechos generadores de excesiva onerosidad

La regulación de los Principios OHADAC sobre *hardship* puede generar alguna dificultad interpretativa, en particular si el asunto se resuelve ante una jurisdicción angloamericana o el contrato se somete subsidiariamente al Derecho inglés. En la práctica comercial del *common law*, la exigencia genérica de precisión del contrato

puede aconsejar la introducción de una cláusula de *hardship*, incluso incorporando en parte, de forma literal, el artículo de los Principios OHADAC. En esta cláusula podrían fijarse con precisión los hechos susceptibles de considerarse generadores de *hardship,* de forma que sus dos primeros apartados se redactaran de una forma parecida a la siguiente propuesta:

Cláusula A: Opción resolutiva

"1. Las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, incluso si en virtud de cualesquiera hechos su ejecución se hubiera vuelto más onerosa de lo que razonablemente habrían podido considerar las partes en el momento de celebrarse el contrato.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado primero de esta cláusula, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato si prueba que:

a) La ejecución de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente onerosa debido a un hecho ajeno a su control razonable que no podía haber sido razonablemente previsto o tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato, tales como los mencionados a continuación y cualesquiera otros de naturaleza similar:

a') guerra (declarada o no), conflicto armado o seria amenaza de conflicto armado (que incluye, no exhaustivamente, ataque, bloqueo, embargo militar, hostilidades, invasión, actos de enemigos exteriores, amplia movilización militar);

b') guerra civil, revolución y rebelión, usurpación o militarización del poder, insurrección, desorden o disturbios civiles, violencia callejera, actos de desobediencia civil;

c') actos de terrorismo, sabotaje o piratería;

d') actos públicos legales o ilegales, conforme a cualquier ley u orden gubernamental, disposición, reglamentación o

decreto, restricción o toque de queda, expropiación, incautación, confiscación, decomiso, nacionalización;

e') catástrofe, plaga, epidemia, desastres naturales tales como tormenta violenta, tifón, ciclón, huracán, tornado, tormenta de nieve, terremoto, erupción volcánica, desprendimiento, gran marea, maremotos, tsunami, inundación, daño o destrucción por rayos, sequía;

f') explosión, incendio, destrucción de máquinas, factorías y todo tipo de instalaciones, avería prolongada de medios de transporte, telecomunicaciones o corriente eléctrica;

g') conflicto laboral colectivo, tal como boicot, huelga o cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábrica o instalaciones;

y que

b) no podía razonablemente haber evitado o atenuado el hecho o sus consecuencias; y que

c) no asumió el riesgo de tales hechos.

3. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

4. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido".

2. Regulación del proceso de negociación

La reglamentación de los Principios OHADAC no ha previsto una obligación legal de renegociar el contrato. Las partes gozan, pues, de un derecho a terminar el contrato en las condiciones previstas en los Principios, que requieren por parte del deudor una

notificación acompañada de una acreditación suficiente del hecho generador de excesiva onerosidad. Ciertamente la parte contraria puede discrepar acerca del cumplimiento de las condiciones exigidas para resolver el contrato o de los efectos de la resolución sobre la compensación por los beneficios obtenidos, teniendo en su mano la posibilidad de reclamar el cumplimiento específico o la indemnización por daños y perjuicios.

Los Principios, como se ha expuesto, no han establecido una obligación legal de renegociar el contrato, por estimar que puede ser especialmente gravosa e indefinida. Por otra parte, resulta difícil establecer un régimen legal genérico para una eventual renegociación, que no siempre resulta factible según el contrato de que se trate, y cuyos plazos y procedimiento pueden ser cuestiones delicadas según la naturaleza y finalidad del contrato, generando inseguridad y riesgo de abusos. Por lo demás, tampoco parece factible establecer un régimen satisfactorio de la responsabilidad de una parte que obstaculice o lleve a cabo las negociaciones de mala fe. De ahí que, si el interés de las partes y la finalidad del contrato lo aconsejan, los Principios OHADAC hayan preferido reservar a las partes la opción por un régimen de negociación entre las partes, a cuyo fin pueden completar la sumisión a los Principios OHADAC con una cláusula específica.

En la práctica, es aconsejable que las partes establezcan cláusulas de mediación a través de los mecanismos de ADR implementados o por sujeción al Reglamento de Arbitraje elaborado por OHADAC, para llevar a buen término su negociación. Por otra parte, puede ser conveniente fijar un plazo máximo para la renegociación y especificar si durante tal plazo queda suspendida la ejecución del contrato para una o ambas partes, circunstancia que depende en buena medida de la naturaleza del contrato. A tal efecto, las partes considerarán la conveniencia de incluir en el contrato una cláusula semejante a la siguiente:

Cláusula B: Opción con renegociación y mediación

"1. Las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, incluso si en virtud de cualesquiera hechos su ejecución se hubiera vuelto más onerosa de lo que razonablemente habrían podido considerar las partes en el momento de celebrarse el contrato.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado primero de esta cláusula, si cualquiera de las partes prueba que:

a) La ejecución de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente onerosa debido a un hecho ajeno a su control razonable que no podía haber sido razonablemente previsto o tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato, tales como los mencionados a continuación y cualesquiera otros de naturaleza similar:

a') guerra (declarada o no), conflicto armado o seria amenaza de conflicto armado (que incluye, no exhaustivamente, ataque, bloqueo, embargo militar, hostilidades, invasión, actos de enemigos exteriores, amplia movilización militar;

b') guerra civil, revolución y rebelión, usurpación o militarización del poder, insurrección, desorden o disturbios civiles, violencia callejera, actos de desobediencia civil;

c') actos de terrorismo, sabotaje o piratería;

d') actos públicos legales o ilegales, conforme a cualquier ley u orden gubernamental, disposición, reglamentación o decreto, restricción o toque de queda, expropiación, incautación, confiscación, decomiso, nacionalización;

e') catástrofe, plaga, epidemia, desastres naturales tales como tormenta violenta, tifón, ciclón, huracán, tornado, tormenta de nieve, terremoto, erupción volcánica, desprendimiento, gran marea, maremotos, tsunami, inundación, daño o destrucción por rayos, sequía;

f') explosión, incendio, destrucción de máquinas, factorías y todo tipo de instalaciones, avería prolongada de medios de transporte, telecomunicaciones o corriente eléctrica;

g') conflicto laboral colectivo, tal como boicot, huelga o cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábrica o instalaciones;

y que

b) no podía razonablemente haber evitado o atenuado el hecho o sus consecuencias; y que

c) no asumió el riesgo de tales hechos;

las partes entablarán un proceso de renegociación del contrato, teniendo en cuenta razonablemente las consecuencias del hecho invocado, durante un plazo de (días/meses). Durante dicho plazo (no) quedará suspendida para ambas partes la ejecución de las obligaciones contractuales. (Las partes someterán la negociación a la mediación, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje y Conciliación OHADAC).

3. Si las partes no alcanzaran un acuerdo durante el plazo establecido para la renegociación del contrato, cualquiera de ellas podrá dar por terminado el contrato, mediante notificación a la otra parte.

4. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

5. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido".

3. Regulación de la adaptación por un tercero

La sumisión de la adaptación del contrato a un tercero es una opción que puede funcionar alternativa o cumulativamente a la renegociación del contrato. En el primer caso, tiene la ventaja de la mayor rapidez, dejando en manos de un experto neutral la decisión de adaptar equitativamente el contrato o estimar su resolución, fijando además los efectos económicos de dicha decisión. A tal efecto, resulta aconsejable el recurso a un perito o árbitro, a quien competería determinar la existencia del supuesto de excesiva onerosidad, adaptar en su caso los términos del contrato, decidir en su

defecto la resolución del contrato y fijar en este último caso las compensaciones que pudieran resultar procedentes. Con este fin, la cláusula propuesta quedaría redactada de la forma siguiente:

Cláusula C: Opción con adaptación por tercero

"1. Las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, incluso si en virtud de cualesquiera hechos su ejecución se hubiera vuelto más onerosa de lo que razonablemente habrían podido considerar las partes en el momento de celebrarse el contrato.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado primero de esta cláusula, si cualquiera de las partes prueba que:

a) La ejecución de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente onerosa debido a un hecho ajeno a su control razonable que no podía haber sido razonablemente previsto o tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato, tales como los mencionados a continuación y cualesquiera otros de naturaleza similar:

a') guerra (declarada o no), conflicto armado o seria amenaza de conflicto armado (que incluye, no exhaustivamente, ataque, bloqueo, embargo militar, hostilidades, invasión, actos de enemigos exteriores, amplia movilización militar;

b') guerra civil, revolución y rebelión, usurpación o militarización del poder, insurrección, desorden o disturbios civiles, violencia callejera, actos de desobediencia civil;

c') actos de terrorismo, sabotaje o piratería;

d') actos públicos legales o ilegales, conforme a cualquier ley u orden gubernamental, disposición, reglamentación o decreto, restricción o toque de queda, expropiación, incautación, confiscación, decomiso, nacionalización;

e') catástrofe, plaga, epidemia, desastres naturales tales como tormenta violenta, tifón, ciclón, huracán, tornado, tormenta de nieve, terremoto, erupción volcánica, desprendimiento, gran marea, maremotos, tsunami, inundación, daño o destrucción por rayos, sequía;

f') explosión, incendio, destrucción de máquinas, factorías y todo tipo de instalaciones, avería prolongada de medios de transporte, telecomunicaciones o corriente eléctrica;

g') conflicto laboral colectivo, tal como boicot, huelga o cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábrica o instalaciones;

y que

b) no podía razonablemente haber evitado o atenuado el hecho o sus consecuencias; y que

c) no asumió el riesgo de tales hechos;

las partes someterán la adaptación del contrato a la decisión de un árbitro único conforme al Reglamento de Arbitraje y Conciliación OHADAC.

3. El árbitro tendrá el mandato de las partes para determinar la concurrencia efectiva de un hecho generador de excesiva onerosidad en las condiciones previstas en el apartado 2 de esta cláusula. Decidirá la adaptación de los términos del contrato, habida cuenta de la naturaleza del hecho y del contenido del contrato, conforme a criterios de equidad. Si estimara imposible o inadecuada la adaptación del contrato, el árbitro podrá determinar la resolución del contrato. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, el árbitro fijará la debida compensación a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

4. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento debe

notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales".

La adaptación del contrato por un tercero no es incompatible con la posibilidad de que las partes traten previamente de renegociar el contrato, de forma que el recurso a dicho tercero pretende maximizar las posibilidades de conservación del negocio, si bien con el inconveniente de una indudable demora. Si, dadas las circunstancias del contrato, las partes estiman conveniente este régimen, se aconseja una combinación de las cláusulas B y C, conforme a la siguiente cláusula-tipo:

Cláusula D: Opción con renegociación y adaptación por tercero

"1. Las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, incluso si en virtud de cualesquiera hechos su ejecución se hubiera vuelto más onerosa de lo que razonablemente habrían podido considerar las partes en el momento de celebrarse el contrato.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado primero de esta cláusula, si cualquiera de las partes prueba que:

a) La ejecución de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente onerosa debido a un hecho ajeno a su control razonable que no podía haber sido razonablemente previsto o tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato, tales como los mencionados a continuación y cualesquiera otros de naturaleza similar:

a') guerra (declarada o no), conflicto armado o seria amenaza de conflicto armado (que incluye, no exhaustivamente, ataque, bloqueo, embargo militar, hostilidades, invasión, actos de enemigos exteriores, amplia movilización militar;

b') guerra civil, revolución y rebelión, usurpación o militarización del poder, insurrección, desorden o disturbios civiles, violencia callejera, actos de desobediencia civil;

c') actos de terrorismo, sabotaje o piratería;

d') actos públicos legales o ilegales, conforme a cualquier ley u orden gubernamental, disposición, reglamentación o decreto, restricción o toque de queda, expropiación, incautación, confiscación, decomiso, nacionalización;

e') catástrofe, plaga, epidemia, desastres naturales tales como tormenta violenta, tifón, ciclón, huracán, tornado, tormenta de nieve, terremoto, erupción volcánica, desprendimiento, gran marea, maremotos, tsunami, inundación, daño o destrucción por rayos, sequía;

f') explosión, incendio, destrucción de máquinas, factorías y todo tipo de instalaciones, avería prolongada de medios de transporte, telecomunicaciones o corriente eléctrica;

g') conflicto laboral colectivo, tal como boicot, huelga o cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábrica o instalaciones;

y que

b) no podía razonablemente haber evitado o atenuado el hecho o sus consecuencias; y que

c) no asumió el riesgo de tales hechos;

las partes entablarán un proceso de renegociación del contrato, teniendo en cuenta razonablemente las consecuencias del hecho invocado, durante un plazo de (días/meses). Durante dicho plazo (no) quedará suspendida para ambas partes la ejecución de las obligaciones contractuales. (Las partes someterán la negociación a la mediación, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje y Conciliación OHADAC).

3. Si las partes no alcanzaran un acuerdo durante el plazo establecido para la renegociación del contrato, las partes someterán la adaptación del contrato a la decisión de un árbitro único conforme al Reglamento de Arbitraje y Conciliación OHADAC.

4. El árbitro tendrá el mandato de las partes para determinar la concurrencia efectiva de un hecho generador de excesiva onerosidad en las condiciones previstas en el apartado 2 de esta cláusula. Decidirá la adaptación de los términos del contrato, habida cuenta de la naturaleza del hecho y del contenido del contrato, conforme a criterios de equidad. Si estimara imposible o inadecuada la adaptación del contrato, el árbitro podrá determinar la resolución del contrato. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, el árbitro fijará la debida compensación a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

5. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales".

6.3.2: *Frustración de la finalidad del contrato*

Lo dispuesto en el artículo anterior será igualmente aplicable en aquellos casos en que los hechos referidos produzcan una frustración sustancial de la finalidad del contrato asumida por ambas partes.

COMENTARIO:

La figura de la frustración de la causa, propósito o finalidad del contrato, cuenta con una formulación original en el Derecho angloamericano. La doctrina se conforma a partir de los denominados *coronation cases* a principios del siglo XX y en el Derecho norteamericano se ha recogido expresamente en la section 265 del *Second Restatement of Contracts.* La doctrina inglesa tiene su reflejo en la jurisprudencia de los territorios caribeños tributarios del *common law* (*ad ex.* sentencia de la *Supreme*

Court de Jamaica de 2010 en el asunto *Clacken v Causwell,* Carilaw M 2010 SC 101; sentencia de la *Court of Appeal* de Bermudas de 1981 el caso *Benevides v Minister of Public Works and Agriculture*, Carilaw BM 1981 CA 22). Al igual que en los supuestos de fuerza mayor o de *hardship*, la frustración del contrato se produce cuando una circunstancia ajena e imprevisible para las partes frustra el interés o expectativas legítimas del contrato, privándole de sentido o finalidad para una de las partes. En los casos relativos a la coronación del rey Eduardo VII, la frustración provino de la enfermedad del rey, que frustró la finalidad de los alquileres de balcones desde los que se hubiera podido disfrutar de la procesión prevista. La frustración altera las bases negociales del contrato y priva de valor o causa desde la perspectiva de una de las partes.

Dado que la frustración de la finalidad del contrato no implica una imposibilidad material de cumplimiento, al igual que ocurre con el *hardship,* en los sistemas tributarios del sistema francés no se le reconoce efecto alguno. Sin embargo, existe una tendencia clara a incorporarlo en los sistemas romano-germánicos, cuya jurisprudencia se sirve del principio *rebus sic stantibus* o de la doctrina alemana del *Wegfall der Geschäftsgrundlage.* Así lo acredita el artículo 104 del anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013. Por lo demás, la frustración de la causa provoca de hecho, al igual que el *hardship*, la pérdida de expectativa económica para una de las partes, es decir, una onerosidad extrema sobrevenida, por lo que en buena medida podría considerarse un supuesto de *hardship* abocado a la resolución.

Para que la frustración de la finalidad del contrato pueda ser considerada es fundamental que dicha finalidad o propósito sea compartido o asumido por ambas partes. En el caso de los *coronation cases* resultaba evidente que el arrendador conocía o debía razonablemente conocer que la finalidad del arrendamiento del balcón, y su alto precio por añadidura, era asistir a la procesión con motivo de la coronación real. Pero en otros casos, una de las partes no podrá invocar la resolución del contrato por frustración de la finalidad si su propósito o finalidad no eran conocidos o no tenían por qué ser conocidos razonablemente por la otra parte.

> Ejemplo: un fabricante de armamento adquiere un suministro de materias primas (níquel y acero) para producir componentes de armas con destino a un país del Golfo Pérsico. Pocos días después, las exportaciones de dicho material al país en cuestión resultan prohibidas en razón al bloqueo decretado por las Naciones Unidas. El fabricante pretende invocar frente al suministrador la frustración del propósito del contrato y resolverlo. El suministrador ignoraba y no tenía por qué conocer el destino

final del producto transformado por el fabricante de armamento a partir de la materia prima suministrada, por lo que no cabe invocar frustración de la finalidad del contrato.

CAPÍTULO 7
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Sección 1: Disposiciones generales

Art. 7.1.1: *Concepto de incumplimiento*

Hay incumplimiento cuando una parte no lleva a cabo en la forma pactada todas sus obligaciones contractuales, cualquiera que sea la causa.

COMENTARIO:

1. Carácter unitario del concepto de incumplimiento

Este precepto define el concepto de incumplimiento a los efectos de estos Principios OHADAC, configurándolo de acuerdo a dos características o elementos fundamentales: su carácter unitario y su carácter objetivo. Según este artículo, hay incumplimiento en todos los supuestos de falta de ejecución por una de las partes de las obligaciones contractuales que le incumben, ya sea su obligación principal o cualquiera de los deberes accesorios, tanto si incumple definitivamente, como si ha cumplido con retraso o ha realizado la prestación de forma defectuosa o no conforme. Este concepto omnicomprensivo de todas las hipótesis del incumplimiento responde a la tradición anglo-americana, en la que el incumplimiento (*breach of contract*) es una categoría única.

En los códigos de los sistemas caribeños romano-germánicos no encontramos una definición legal de incumplimiento; sin embargo, la jurisprudencia lo construye a partir de las normas que definen el cumplimiento o los distintos supuestos de incumplimiento (mora del deudor, prestación defectuosa…), así como de la regulación de los derechos del acreedor frente al incumplimiento (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación civil, de 4 julio de 2002). No obstante, en estos sistemas la regulación específica del saneamiento por vicios para la compraventa dificulta la adopción de un concepto de carácter unitario.

Con la única excepción de la CV, que en sus arts. 45 y 61 ofrece solo un concepto implícito de incumplimiento, los demás textos internacionales de armonización del Derecho contractual acogen un criterio omnicomprensivo al modo inglés. Así, los arts. 7.1.1 PU; 1:301 (4) PECL; III-1:102 (3) DCFR; y 87 CESL condensan en la categoría

jurídica del incumplimiento todas aquellas situaciones en que cualquiera de los contratantes no ajusta su conducta al programa pactado, pudiendo observarse en la técnica legislativa de todos ellos una tendencia a la enumeración de supuestos, después de establecer la cláusula general de incumplimiento. Esta ha sido la solución adoptada por los Principios OHADAC, aunque a diferencia de las definiciones de los textos uniformes se ha considerado más adecuado no aludir a los tipos de incumplimiento, prefiriendo la construcción general en lugar de la casuística, a fin de que pueda aplicarse a todo tipo de contratos.

La opción por este concepto único no es meramente teórica o estética, sino que está demostrada su eficacia, al permitir la elaboración de un cuadro de remedios (*remedies*) también armónico, que configuran la responsabilidad contractual y están disponibles ante cualquier incumplimiento, cualquiera que sea también el tipo de contrato, con las excepciones que se especifican en esta sección (arts. 7.1.3 y 7.1.8 de estos Principios).

La no ejecución de la obligación (incumplimiento total y definitivo) es el primer supuesto de incumplimiento englobado en el art. 7.1.1.

> Ejemplo 1: A, empresa de consultoría informática del país X, se ha obligado a entregar a B, compañía farmacéutica del país Y, un software diseñado a medida, el día 9 de julio. A mitad de junio, cuando el software ya estaba elaborado, A decide venderlo a C, farmacéutica de la competencia, que le ha ofrecido un precio mayor.

El segundo tipo de incumplimiento es el cumplimiento retrasado o extemporáneo de la obligación. Los sistemas tributarios del modelo romano-germánico configuran el cumplimiento tardío como una institución específica, ya que el mero retraso no entraña por sí mismo responsabilidad para el deudor, pues es precisa la "constitución en mora" (art. 1.608 CC colombiano; art. 1.084 CC costarricense; art. 295 CC cubano; art. 1.139 CC dominicano y francés; art. 1.428 CC guatemalteco; art. 1.355 CC hondureño; art. 2.080 CC mexicano; art. 1.859 CC nicaragüense; art. 985 CC panameño; art. 1.053 CC portorriqueño; art. 999 CC santaluciano; art. 1.269 CC venezolano), siempre que concurran determinados requisitos, siendo los principales la intimación del deudor (requerimiento para que cumpla su obligación) y la imputabilidad del retraso.

Esta rigidez de los sistemas de base romanista se ve corregida en muchos casos por el por el juego de las excepciones legales o jurisprudenciales a la exigencia de intimación o *interpellatio*. Además, para las obligaciones mercantiles algunos códigos de comercio prescinden también del requerimiento de cumplimiento (*ad ex.* art. 418 CCom costarricense; arts. 677 CCom guatemalteco; art. 232 CCom panameño; art. 94 CCom portorriqueño). Ello permite aproximar las soluciones de orientación romano-

germánica a las seguidas en los sistemas angloamericanos o en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual, mucho más sensibles a las necesidades del comercio internacional. En efecto, en el ámbito de la codificación internacional, se prescinde del acto formal de constitución en mora del deudor para poder ejercer los derechos y acciones previstos en casos de incumplimiento [arts. 45 a 52 y 61 a 65 CV; art. 7.1.1 PU; art. 1:301 (4) PECL; art. III-1:102 (3) DCFR].

En la línea de los textos internacionales, en el sistema de los Principios OHADAC el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación constituye una forma de incumplimiento y genera responsabilidad contractual, sin necesidad de ninguna notificación o requerimiento de pago.

Este tipo de incumplimiento presupone la posibilidad de la prestación y que su cumplimiento, aun tardío, sea todavía satisfactorio para el acreedor: si la obligación ha devenido imposible definitivamente o ya no satisface el interés del acreedor, no existirá una situación de retraso, sino que se estará ante el supuesto anterior, esto es, ante un incumplimiento definitivo y absoluto, de consecuencias jurídicas diferentes. Ocurre así en todos los supuestos en los que el incumplimiento de la obligación ha sido sometido a un término esencial, en cuyo caso nos hallamos ante un incumplimiento esencial equivalente al *fundamental breach* anglosajón [sentencia de la *Supreme Court* de Bahamas en *Canadian Imperial Bank of Commerce v Ownes of MV "New Ligth"* (1997), N. 1217 de 1994 (Carilaw BS 1997 SC 87)].

> Ejemplo 2: Los hechos de partida son los mismos que en el ejemplo 1, pero ahora la empresa de consultoría informática incumple con su obligación de entrega el día 9 de julio, debido a que los trabajos de solución de problemas técnicos han resultado más arduos de lo previsto. No obstante, la entrega sigue siendo posible, aunque un mes más tarde, y a la compañía farmacéutica B le sigue interesando el software. Estamos ante un supuesto de cumplimiento tardío de la prestación.

En tercer lugar, implica incumplimiento el cumplimiento anticipado de la obligación, cuando el plazo se hubiera pactado en beneficio del acreedor o en beneficio de ambas partes. En los Principios OHADAC se admite el cumplimiento anticipado siempre que no perjudique al acreedor ni se vulneren sus intereses legítimos, supuestos estos últimos en que el cumplimiento anticipado comportará incumplimiento (art. 6.1.3).

En cuarto lugar, supone incumplimiento el cumplimiento defectuoso. Se engloban bajo esta denominación una amplia variedad de hipótesis en los que la prestación realizada por el deudor no responde a lo establecido en el programa pactado. Mientras que los códigos de tradición española y francesa no contemplan más que las faltas de identidad y de integridad de la prestación (cumplimiento parcial regulado en el art.

6.1.5 de estos Principios), y regulan un régimen especial de los saneamientos en el contrato de compraventa, los Principios OHADAC siguen la línea de los ordenamientos anglosajones y los textos internacionales de referencia, unificando todos los supuestos de defectos en la prestación, ya sean de calidad, cantidad o funcionalidad, incluido también el *aliud pro alio*.

> Ejemplo 3: En los hechos del ejemplo 1, la empresa A entrega el sofware el día 9 de julio, tal y como se había pactado, pero al subirlo a las máquinas de la farmacéutica B, el sistema no ofrece el rendimiento que se había pactado en el contrato.
>
> Ejemplo 4: A, empresa de transporte, compra a B unos frigoríficos de alta potencia para el transporte de pescado ultracongelado. Sin embargo, una vez entregados, observa que los frigoríficos no poseen las características que se habían anunciado en la publicidad y que precisamente le habían movido a la compra.
>
> Ejemplo 5: A empresa constructora del país X, construye para un club de fútbol del país Y la cubierta de la tribuna del estadio. Entregada la obra, con las primeras lluvias se comprueba que dicha cubierta presenta filtraciones.

Finalmente, la falta de cooperación de cualquiera de las partes para que el contrato alcance plena efectividad supone asimismo incumplimiento. Se incluyen aquí, de modo amplio, los incumplimientos de los llamados deberes de colaboración que, en algunos contratos (como por ejemplo, en el de obra) son muy importantes. En los sistemas de tradición hispano-francesa se alude a estos supuestos con el nombre genérico de *mora credendi*, y podemos encontrar en ellos dos modelos diferentes de tratamiento. El primer modelo se corresponde con aquellos ordenamientos que adolecen de una falta de disciplina general de la mora del acreedor, pero que realizan múltiples aplicaciones, con carácter fragmentario, de los principios en los cuales se inspira esta institución (arts. 1.257 a 1.264 CC francés y dominicano; art. 1.044 CC haitiano; art. 1.351 CC hondureño; art. 1.130 CC portorriqueño; art. 2.098 CC mexicano; art. 2.057 CC nicaragüense). En segundo lugar se sitúan los ordenamientos que contienen una regulación específica de la *mora creditoris (*art. 252 y ss. CC cubano; art. 1.429 CC guatemalteco; art. 695 y ss. CCom hondureño; art. 6:58 y ss. CC holandés y surinamés).

Por su parte, los sistemas del *common law*, en virtud de la unidad de su concepto de incumplimiento, desconocen la *mora creditoris* como institución jurídica autónoma, pues el acreedor es responsable, en igual medida que el deudor, por *breach of contract*. Sin embargo, sí se encuentran referencias en estos sistemas al deber de cooperación del acreedor (sección 37.1º *Sale of Goods Act* inglesa; sección 38.1º *Sale of Goods Act* de Bahamas, Montserrat, Antigua y Barbuda, y Trinidad y Tobago; sección 39.1º *Sale of Goods Act* de Belice y sección 37.1º *Sale of Goods Act* de Jamaica),

presupuesto de la institución romanista de la *mora credendi* [*Seubert Excavators Inc v Eucon Corp* (1994), 871 P.2d 826, 831 Idaho], y a la oferta real de cumplimiento y el consiguiente rechazo sin justificación por parte del acreedor como forma de incumplimiento [*Lea v Exelby* (1608), 78 English Reports (ER) 1112; *Ball v Peake* (1660), 82 ER 941].

Tampoco los PU dedican un precepto a la regulación de la *mora creditoris*, si bien sus efectos pueden reconocerse al amparo de lo dispuesto en el art. 7.1.2 (interferencia de la otra parte), que se corresponde con el deber de colaboración que recogen los arts. 1:202 PECL y III-1:104 DCFR.

> Ejemplo 6: En los hechos del ejemplo 1, según contrato la farmacéutica B debía proporcionar a la empresa de consultoría A determinada información que resultaba absolutamente necesaria para la confección del software a medida. B, temiendo la divulgación de importante información estratégica, evita proporcionar a A determinados datos.

2. Carácter objetivo del concepto de incumplimiento

Además de unitario, el concepto de incumplimiento en los Principios OHADAC es de carácter objetivo o neutro, pues hay incumplimiento cualquiera que sea la causa por la que el deudor no ha cumplido su obligación conforme al programa contractual, esto es, con independencia de si el incumplimiento está o no justificado conforme al art. 7.1.8 de los Principios OHADAC. La presencia de fuerza mayor determinará la no disponibilidad de alguno de los remedios del cuadro de responsabilidad contractual, pero no conlleva la inexistencia de incumplimiento, pues realmente se ha producido una lesión del derecho de crédito, aunque la lesión esté cubierta por una causa de justificación.

> Ejemplo: La empresa A compró para su explotación como hotel un edificio de apartamentos con una concreta ubicación conforme al proyecto arquitectónico, de forma que la finca adquirida quedaba situada en la posición más occidental de todos los edificios proyectados en el complejo residencial, sin ningún bloque a su frente y con vistas directas al mar. La entidad vendedora B, al realizar la construcción de los edificios, tuvo que variar el proyecto original por exigencia de la autoridad administrativa, que modificó la licencia, imponiendo la ubicación de una zona verde. Como consecuencia, se distribuyó de otra forma el conjunto urbanizado, alterándose el número de bloques y resultando que la finca vendida ya no estaba situada en el lugar proyectado, sino más al este, teniendo delante un edificio que ocultaba parcialmente las vistas de que originariamente gozaba. Existe incumplimiento por parte de la vendedora, aunque está cubierto por una causa de justificación conforme

al art. 7.1.8 Principios OHADAC. Por consiguiente, A no tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, pero la empresa B es responsable contractualmente y A podrá hacer uso del derecho a terminar el contrato, a no ser que la parte incumplidora ofrezca y a A le interese un *commodum raepresentationis* (por ejemplo, la entrega de otro edificio, situado en otro lugar, pero con características similares a las requeridas en el contrato inicial).

En los sistemas de cuño francés o español no se recoge técnicamente un concepto subjetivo del incumplimiento, al exigirse solo la culpa para el remedio indemnizatorio (comentario al art. 7.4.1 de estos Principios); sin embargo, el peso de la tradición ha colocado la culpa como elemento central del incumplimiento, desplazando los supuestos de falta de culpa a la doctrina de los riesgos (comentario al art. 7.3.1 Principios OHADAC). Por el contrario, la concepción objetivista es clásica del sistema de *common law*, donde la noción de incumplimiento se elabora 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 cuanto a un resultado; y esta es la línea seguida asimismo por los códigos holandés y surinamés.

En el Derecho armonizado ha triunfado también la tendencia objetiva. Así, en los arts. 45 y 61 CV el incumplimiento se determina con independencia de la culpa en el contratante incumplidor o de si existe una de las llamadas "causas de exoneración" del art. 79, cuya concurrencia no conlleva la ausencia de responsabilidad contractual, sino simplemente la reducción del abanico de remedios frente al incumplimiento. Con mayor claridad todavía, los PECL y DCFR definen el incumplimiento en sus arts. 1:301 (4) y III-1:102 (3), respectivamente, de modo neutro, regulando en los 8:108 PECL y III-3:104 DCFR lo que con buena técnica denominan "*excuse due to an impediment*" (justificación debida a un impedimento); con ello dejan patente que existe incumplimiento y que el deudor no se exonera, aunque por estar justificado el acreedor no dispondrá de la pretensión de cumplimiento ni del remedio indemnizatorio [art. 8:101 (2) PECL; art. III-3:101 (2) DCFR]. Similar regulación encontramos en los PU (arts. 7.1.1 y 7.1.7 relativo a la fuerza mayor). E igualmente, en el artículo 87 CESL se define el incumplimiento de una obligación como "cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada", regulándose las causas de justificación en el art. 88 CESL.

Art. 7.1.2: *Incumplimiento esencial*

El incumplimiento de la obligación es esencial si:

a) la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato; o

b) el incumplimiento priva sustancialmente a la otra parte contratante de aquello que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que en el momento de la conclusión del contrato no se hubiera previsto ni podido razonablemente prever ese resultado; o

c) el incumplimiento es de tal naturaleza que permite a la parte perjudicada creer que, en atención a las circunstancias, no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte.

COMENTARIO:

En orden a la articulación del cuadro de mecanismos de defensa o remedios que el acreedor tiene disponibles frente a la lesión de su derecho de crédito, es importante el concepto de incumplimiento grave o esencial.

Los sistemas de tradición francesa o española no delimitan legalmente qué es el incumplimiento esencial; este papel se ha dejado a la jurisprudencia, que ha exigido la existencia de un incumplimiento de entidad para abrir la vía del remedio resolutorio (comentario al art. 7.3.1 de estos Principios). Asimismo, algunos códigos de comercio, al regular los contratos en particular, requieren que el incumplimiento sea de importancia como justa causa para la resolución del contrato (*ad ex.* art. 973 CCom colombiano para el contrato de suministro y art. 1.325 CCom colombiano para la agencia; art. 711 CCom guatemalteco para el contrato de suministro; o art. 773 CC hondureño para la compraventa). Por su parte, el Derecho de cuño holandés desconoce tanto el concepto como su aplicación.

En los sistemas angloamericanos, sin embargo, existe una amplia elaboración del llamado *substantial failure in performance*, tanto jurisprudencial como legislativa [*Boone v Eyre* (1789), 1H Black 273; *Glaholm v Hays* (1841), 2 Man & G 25; *Universal Cargo Carrier Corp v Citati* (1957), 2 QB 401; *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisa Ltd* (1962), 2 QB 26; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd (*1980), UKHL 2; *Thomson v Corroon* (1993), *Privy Council Appeal* Antigua y Barbuda 42 WIR

157; secciones 241 y 242 *Second Restatement of Contracts;* sección 2-612 (2) UCC; secs. 31 (2) *Sale of Goods Act* inglesa y jamaicana; secs. 32 (2) *Sale of Goods Act* de Bahamas, Montserrat, Barbuda, y Trinidad y Tobago; y sección 32 (2) *Sale of Goods Act* de Belice].

En el Derecho uniforme, el art. 25 CV establece el concepto de incumplimiento esencial utilizando los *tests* de "perjuicio sustancial" y "previsibilidad del resultado", que determinan un concepto objetivo de incumplimiento esencial, y del que serán deudores todos los demás textos. Partiendo de estos criterios, los arts. 7.3.1 (2) PU, 8:103 PECL y III-3:502 DCFR añaden otros que reclaman, por un lado, al acuerdo de las partes y, por otro, al elemento intencional o subjetivo (de difícil prueba). El artículo 87.2º CESL vuelve al patrón objetivo estableciendo que el incumplimiento será esencial si "a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto tal resultado; o b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora".

En el artículo propuesto en los Principios OHADAC se opta también por un concepto objetivo de incumplimiento esencial, al estilo inglés y de los textos uniformes sobre la compraventa, estableciéndose una lista de parámetros que permiten determinar cuándo se está ante este tipo de incumplimiento. A pesar de la generalidad de los criterios fijados, no es inimaginable que determinadas hipótesis que para las partes supondrían incumplimiento grave queden fuera de la lista, por lo que en ocasiones será recomendable agregar una cláusula contractual que complete la norma.

El primero de los criterios deriva de la naturaleza de la obligación contractual, que por acuerdo entre las partes, o porque así resulte del propio contrato y de las circunstancias en que ha de realizarse la prestación, adquiere carácter esencial para la satisfacción del interés del acreedor.

> Ejemplo 1: Las partes han pactado que la cosa sea entregada necesariamente en un determinado momento, después del cual el acreedor ya no está interesado en el cumplimiento. La falta de cumplimiento en este término esencial determina un incumplimiento grave.

El segundo de los factores se refiere a la sustancial privación al acreedor de algo que tenía derecho razonablemente a esperar según la naturaleza y los términos del contrato. Cuándo la privación es "sustancial" es una cuestión que habrá de analizarse caso por caso, según las circunstancias concurrentes. Además, no habrá incumplimiento sustancial si la lesión grave del derecho crédito derivada del

incumplimiento no era razonablemente previsible en el momento de la perfección del contrato; dicha previsibilidad resultará también de las manifestaciones de las partes al realizar el acuerdo, del propio contrato y de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de contratar (información revelada por las partes, tratos preliminares…).

> Ejemplo 2: A y B han acordado que A construirá para B un garaje para aparcar maquinaria pesada. Se acuerda un proyecto, concediéndose a A, sin embargo, la facultad de realizar en él modificaciones menores. Comenzadas las obras, A decide variar el proyecto por razones económicas; esta modificación comporta disminuir el vano de la puerta de entrada en 5 cm por cada lado. Entregada la obra, se descubre que determinados vehículos pesados que debían guardarse en ese garaje exceden las medidas de la puerta. La grave privación de la funcionalidad de la cosa no era previsible para A, dado que en ningún momento de la negociación B puso en su conocimiento el tamaño de las máquinas que habría de albergar el edificio.

Por último, el tercero de los criterios alude a un incumplimiento que, por las circunstancias en que se produce, brinda motivos suficientes al acreedor para creer de forma razonable que la otra parte ya no cumplirá en el futuro. En la redacción de este tercer parámetro de medida del incumplimiento grave, se ha prescindido de la valoración del elemento subjetivo que sí utilizan los PU, PECL y DCFR, que se refieren a un incumplimiento "intencional". Ello no impide que esta intencionalidad pueda y deba tenerse en cuenta a la hora de valorar esas circunstancias que llevan a la parte a la convicción razonable de que ya no habrá cumplimiento, pero una mención rígida acerca de la intención del contratante puede suscitar dificultades de aplicación especialmente, pero no solo, en los sistemas del *common law.*

> Ejemplo 3: En los hechos del ejemplo 2, la empresa constructora A paraliza las obras apenas comenzadas ante la propuesta de C de llevar a cabo la construcción de otra obra que le reporta un mayor beneficio económico. Al no poder asumir con solvencia ambos proyectos, A decide incumplir el contrato que ha realizado con B. Las circunstancias concurrentes en el caso permiten calificar el incumplimiento como esencial, por lo que B tendrá derecho a resolver el contrato sin necesidad de conceder un periodo adicional de cumplimiento [art. 7.3.1 (1) Principios OHADAC].

CLÁUSULA ESPECÍFICA DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

La amplitud de las hipótesis que caracterizan el incumplimiento esencial en este precepto, aconsejará que en determinados contratos se introduzca una cláusula que especifique qué deberá considerarse incumplimiento grave o esencial a los fines de ese contrato concreto.

"Se considerará incumplimiento grave la vulneración de las obligaciones establecidas en las cláusulas (…) de este contrato".

7.1.3. *Remedios frente al incumplimiento*

1. **En caso de incumplimiento, el acreedor, sin perjuicio del derecho de subsanación por el deudor, podrá utilizar las medidas reguladas en este capítulo, pero no podrá solicitar indemnización de daños y perjuicios si el incumplimiento está justificado conforme al artículo 7.1.8 de estos Principios.**
2. **Los remedios frente al incumplimiento serán acumulables mientras no sean incompatibles.**
3. **El acreedor que ejercite el derecho al cumplimiento específico podrá cambiar de remedio si no obtiene oportuna satisfacción de su derecho.**

COMENTARIO:

1. Remedios disponibles y posibilidad de su acumulación

La opción por un concepto unitario de incumplimiento permite presentar en estos Principios un cuadro armónico de medidas, acciones o remedios, que se desarrolla en las secciones 2, 3 y 4 de este capítulo, y está constituido por el derecho al cumplimiento específico, la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. A ellos hay que añadir la suspensión del propio cumplimiento, regulado en el art. 7.1.4.

Los Derechos tributarios de las tradiciones francesa y española no han elaborado positivamente un sistema de incumplimiento y remedios, sino que regulan la materia de modo fragmentario, desplazando, por ejemplo, la resolución del contrato a la sede de las obligaciones condicionales, por entender que el derecho a resolver constituye una condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas (comentario al art. 7.3.1). Por el contrario, en el Derecho angloamericano, pese a la costumbre anglosajona de huir de categorías y clasificaciones, sí se articula un sistema único de

remedios, al igual que en los textos de Derecho uniforme y en el art. 125 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013.

El punto de partida de la aplicación de todos estos remedios que conforman la responsabilidad contractual en los Principios OHADAC es el incumplimiento de una parte contratante, si bien en ocasiones la disponibilidad de alguno de los remedios exige requisitos específicos. Así, por ejemplo, para poder acudir directamente a la resolución, el incumplimiento deberá ser grave [art. 7.3.1 (1) Principios OHADAC]; y el acreedor no tendrá derecho a ser indemnizado de los daños que la falta de ejecución le haya ocasionado si el incumplimiento está cubierto por una causa de justificación según el art. 7.1.8 de los Principios OHADAC.

A pesar de la declaración general realizada en el apartado primero del precepto, el abanico de remedios no estará disponible para el acreedor cuando el incumplimiento haya sido causado exclusivamente por su acción u omisión [art. 7.1.2 PU; art. 8:101 (3) PECL; art. III- 3:101 (3) DCFR; art. 106.5º y 131.4º CESL]. Cosa distinta es que el acreedor haya participado en la causación del incumplimiento o sus efectos, cuestión que se trata en el art. 7.4.4 de estos Principios.

En el segundo apartado se prevé la posibilidad de acumulación de los remedios que configuran la responsabilidad contractual, en tanto no sean incompatibles. En particular, el remedio indemnizatorio es compatible con el cumplimiento específico y con la resolución del contrato (arts. 7.3.5 y 7.4.1 y sus respectivos comentarios). El derecho al cumplimiento y el derecho a resolver el contrato son incompatibles en buena lógica, pues nadie puede pretender al mismo tiempo la extinción del contrato y la conservación del mismo.

2. *Ius variandi* entre remedios

En el apartado tercero de este artículo se regula el *ius variandi* entre remedios, presente en algunos sistemas nacionales de la zona caribeña.

En el Derecho francés, a pesar de que el CC no lo prevé expresamente, la jurisprudencia admite el libre cambio de remedio en curso del procedimiento judicial (incluso en apelación). Esto es, la opción por la resolución no impide demandar a continuación el cumplimiento específico o viceversa, ya que la Corte francesa de Casación considera que una y otra acción constituyen “dos formas diferentes del ejercicio de un mismo derecho” (Cass. 3ª civ., 26 abril 1989). En la mayoría de los demás sistemas, sin embargo, el *ius variandi* no es libre, sino que está sometido a restricciones que tienen su justificación en la protección del otro contratante y en su derecho a confiar en que la declaración del acreedor no va a ser modificada, pudiendo organizar sus intereses conforme a ella. Así, los arts. 1.386 CC hondureño, 747 CCom

hondureño, 1.949 CC mexicano, 1.536 CC guatemalteco, 1.009 CC panameño y 1.077 CC portorriqueño propician el cambio de pretensión desde la medida de tutela específica al remedio resolutorio, y no al contrario. Además, la posibilidad de variar el remedio viene marcada en la mayor parte de los ordenamientos por la imposibilidad de cumplimiento en forma específica.

En los sistemas angloamericanos la cuestión no se ha planteado, al no ser el cumplimiento específico un remedio normal. No obstante, en la medida en que estos ordenamientos permiten la resolución del contrato a través de una simple comunicación sin necesidad de previo aviso, se han articulado reglas que evitan los cambios repentinos de opinión por parte del perjudicado, de manera que si este renuncia a su derecho de resolución, únicamente podrá revocar su decisión mediante una comunicación razonable [*Charles Rickards Ltd v Oppenhaim* (1950), 1 KB 616].

En las propuestas de armonización del Derecho privado, mientras que los PU contemplan expresamente la posibilidad de cambiar de mecanismo (art. 7.2.5), los PECL y el DCFR no resuelven directamente la cuestión, aunque en los comentarios a los arts. 8:102 PECL y III-3:102 DCFR sí se establecen una serie de criterios para la modificación de la pretensión inicial.

En la línea de estos textos de referencia y en consonancia con los ordenamientos caribeños de Derecho civil, los Principios OHADAC permiten el cambio de remedio desde la medida del cumplimiento específico a la resolución del contrato, cuando mediante la opción inicial el acreedor no hubiera obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho, siempre que el *ius variandi* no se ejercite extemporáneamente ni cause perjuicio al deudor. En consecuencia, si el acreedor ha optado por el cumplimiento específico y así lo ha comunicado al deudor y este, confiando en esa decisión, ha tomado medidas de preparación del cumplimiento, no puede el acreedor variar caprichosamente su pretensión. La lealtad negocial y la seguridad jurídica son los límites al *ius variandi*. Sí podrá cambiar el acreedor de remedio cuando, habiendo optado por el cumplimiento, este se hace imposible o la nueva pretensión obtenida tras el ejercicio del cumplimiento específico tampoco es conforme a contrato.

> Ejemplo: la empresa A, del país X, ha encargado a la empresa de marketing B del país Y un proyecto de campaña publicitaria para la promoción de un determinado producto, conforme a unas directrices de calidad indicadas en el contrato. Entregado el proyecto inicial, este no se adecúa a lo establecido en el contrato y presenta graves errores. Aun así, la empresa A decide optar por el cumplimiento específico, concediendo nuevo

plazo a B para que corrija la prestación defectuosa. Ante la repetición de errores en el nuevo proyecto entregado, A se inclina finalmente por resolver.

7.1.4: *Suspensión del cumplimiento*

1. **La parte que debe cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte puede suspender el cumplimiento de su obligación hasta que la otra parte haya cumplido la suya u ofrezca cumplirla.**
2. **La parte que debe cumplir su obligación con posterioridad a la otra parte puede suspender el cumplimiento de su obligación hasta que la otra parte haya cumplido la suya.**
3. **En todo caso, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá la suya llegado su vencimiento.**

COMENTARIO:

La regla propuesta recoge la institución de la *exceptio non adimpleti contractus,* 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 la otra parte no cumpla o no se allane a cumplir la contraprestación a la que está obligado.

En los sistemas que siguen la tradición romanista, la justificación de la *exceptio* se encuentra en la teoría general de la causa: la idea subyacente a este remedio frente al incumplimiento es que, en las obligaciones recíprocas, la causa de la obligación de una de las partes desaparece cuando su contraparte no cumple con lo que le corresponde. Así, en los países OHADAC que siguen esta tradición, el ejercicio de la *exceptio* se basa en los preceptos referidos al carácter sinalagmático de las obligaciones recíprocas y en el principio de cumplimiento simultáneo que subyace a este tipo de obligaciones (art. 1.609 CC colombiano; art. 692 CC costarricense; art. 295 CC cubano; arts. 1.146 y 1.184 CC francés y dominicano; 1.432 CC guatemalteco; art. 974 CC haitiano 1.356; art. 1.356 CC hondureño; 1.949 CC mexicano; art. 1.860 CC nicaragüense; art. 985 CC panameño; art. 1.053 CC portorriqueño). Más explícito resulta el art. 1.168 CC venezolano, que recoge expresamente la posibilidad de que cada contratante se niegue a ejecutar su

prestación, si el otro no ejecuta la suya. Por su parte, los arts. 262 y 263 del CC holandés, literalmente reproducidos por los mismos preceptos del nuevo CC surinamés, regulan expresamente esta excepción al cumplimiento, permitiendo su aplicación incluso ante un incumplimiento previsible del deudor. De esta tendencia a la regulación expresa de la suspensión del cumplimiento se hace eco también el art. 160 de la Propuesta de reforma del Derecho de obligaciones francés de 2008, que reconoce expresamente el derecho a la suspensión del cumplimiento en las obligaciones recíprocas, y exceptúa su ejercicio en los casos en que sea contrario a la buena fe; se trata de un límite que obliga a que el propio cumplimiento se suspenda en una medida equivalente al incumplimiento ajeno. También los arts. 125 y 127 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013 recogen expresamente esta excepción.

El contenido de este remedio tampoco resulta ajeno a los sistemas angloamericanos, que admiten esta excepción de incumplimiento, al permitir al acreedor retener su propia prestación hasta que no se cumpla la recíproca [*Bollech v Charles County* (2003), MD, 166 F. Supp 2d 443; *SMR Technologies Inc v Aircraft Parts international Combs Inc* (2001) WD Ten. 141 F. Supp. 2d 923, 932; *Pack v Case* (2001), Ut. CA, 30 P. 3d 436, 441; *Universal Cargo Carriers Corporation v Citati* (1957), 2 QB 401.450]. Sin embargo, en los países del *common law*, este derecho a suspender el cumplimiento de la obligación se limita a los casos de incumplimiento esencial y a aquellos supuestos en que el contrato, de manera implícita o explícita, condicione el cumplimiento de una determinada obligación al cumplimiento de otra prestación [sección 53 (1) (a) *Sale of Goods Act* inglesa; de Montserrat, Antigua y Barbuda, Bahamas y Trinidad y Tobago; sección 52 (1) (a) *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 54 (1) (a) *Sale of Goods Act* de Belice y sección 2-609 UCC]. En los demás supuestos, el acreedor debe cumplir por completo su obligación, aunque puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios cuando estemos ante un incumplimiento imputable (*breach of contract*).

Los textos internacionales de armonización del Derecho de los contratos también regulan expresamente este remedio frente al incumplimiento en las obligaciones recíprocas. Así, los PU se refieren a la suspensión del cumplimiento con carácter general en el art. 7.1.3 y se faculta a la parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial por la otra parte a reclamar garantías adecuadas de cumplimiento y a suspender mientras tanto el cumplimiento de sus propias obligaciones (art. 7.3.4). Por su parte, el art. 9:201 PECL permite utilizar la suspensión del cumplimiento de la obligación como un medio para presionar a la parte que ha incumplido, incluso en aquellos casos en que el incumplimiento reviste escasa importancia, siempre que el importe de la obligación cuyo cumplimiento se suspende

no sea desproporcionado respecto de la obligación que no se ha cumplido y que la parte que suspende la obligación actúe de buena fe. Se permite también suspender el cumplimiento de las propias obligaciones ante un incumplimiento previsible, aun cuando este no sea esencial. También el DCFR regula expresamente el derecho a la suspensión del cumplimiento en las obligaciones recíprocas (art. III-3:401), incluso frente a un incumplimiento previsible, y vincula su ejercicio con el principio de *good faith and fair dealing* (art. I-1:103). En el sistema del CV, la suspensión del cumplimiento se reconoce frente al incumplimiento previsible del deudor (art. 71), sin que sea preciso que dicho incumplimiento sea esencial, aunque sí se requiere que afecte a una parte sustancial de las obligaciones contraídas y que se comunique a la otra parte, quien puede evitar la suspensión ofreciendo garantías suficientes de que cumplirá sus obligaciones. Con el mismo alcance se reconoce este derecho a suspender el cumplimiento en los arts. 113 y 115 CESL.

En los apartados primero y segundo del artículo de los Principios OHADAC comentado se consagra expresamente la *exceptio non adimpleti contractus,* como remedio frente al incumplimiento, distinguiendo según que la prestación del acreedor deba realizarse de forma simultánea o posterior a la obligación del deudor. Reconocida de uno u otro modo en todos los territorios OHADAC, esta medida permite al acreedor reaccionar frente al incumplimiento de la otra parte y presionarla para lograr el cumplimiento. Para que el acreedor pueda hacer uso de la *exceptio* no se precisa que el incumplimiento sea esencial; es más, en los casos de incumplimiento esencial del art. 7.1.2, el acreedor acudirá normalmente al remedio resolutorio (art. 7.3.1). Por consiguiente, el ámbito lógico de aplicación del remedio de suspensión del propio cumplimiento será aquel en que la falta de ejecución de la prestación revele una quiebra básica respecto de la exactitud del programa obligacional, que por lo general seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente. La solución, pues, es distinta a la de la dinámica resolutoria, en cuyo ámbito la gravedad del incumplimiento debe proyectarse o generar una situación de quiebra de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor.

> Ejemplo: Una empresa de informática firma un contrato por el que se obliga al mantenimiento y asistencia técnica de los ordenadores de su cliente, que se compromete a pagar una determinada cantidad mensual como contraprestación, dentro de los 5 primeros días de cada mes. Pasados dos meses desde que se inició la relación contractual, el cliente aún no ha hecho efectivo el pago mensual acordado, por lo que la empresa informática no está obligada a atender las solicitudes de reparación de sus equipos informáticos.

En el apartado tercero se permite a una parte suspender el cumplimiento de su propia obligación ante un supuesto de incumplimiento previsible de la otra parte. Esta posibilidad se reconoce tanto en los sistemas que siguen la tradición de *common law* [sección 41 (1) *Sale of Goods* inglesa, de Montserrat, Antigua y Barbuda, Bahamas y Trinidad y Tobago; sección 42 (1) *Sale of Goods* de Belice; sección 40 (1) *Sale of Goods* de Jamaica] como en los sistemas de tradición romanista (art. 336 CCom costarricense; arts. 1.653 CC francés y dominicano; art. 1.828 CC guatemalteco; art. 6:263 CC holandés y surinamés; art. 752 CCom hondureño; art. 384 CCom nicaragüense). Del mismo modo, la CESL contiene reglas especiales para la situación en que, antes de la fecha en que debía ser cumplido, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones o cometerá un incumplimiento esencial (art. 71). También en el sistema de los PECL, cuando una parte tiene la obligación de cumplir en primer lugar debe tener derecho a diferir su prestación si resulta claro que la otra parte dejará de cumplir su obligación llegado su vencimiento. En este caso, la parte que ha de cumplir en primer lugar tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento previsible (*ex* art. 9:304).

7.1.5: *Subsanación del incumplimiento*

1. El deudor puede tomar a su costa cualquier medida destinada a subsanar el incumplimiento, siempre que:

a) notifique dicha medida al acreedor sin demora injustificada, indicando la forma y el momento de la subsanación; y

b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias; y

c) el acreedor carezca de interés legítimo para rechazar la subsanación; y

d) la medida sea adoptada sin demora.

2. Mientras no tenga lugar la subsanación, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su propia prestación.

3. Sin perjuicio de la subsanación, el acreedor conserva su derecho a reclamar la indemnización por el retraso y por cualquier daño causado que la subsanación no resarza. Sin embargo, los derechos del acreedor que

sean incompatibles con el cumplimiento de las obligaciones del deudor se suspenderán desde el momento de la notificación efectiva de la voluntad de subsanar hasta el vencimiento del plazo de subsanación.

4. **La notificación de la resolución del contrato no afecta al derecho del deudor a la subsanación.**

COMENTARIO:

La posibilidad de subsanar el incumplimiento pretende favorecer la conservación del contrato así como atenuar los daños causados por el incumplimiento. La disposición propuesta se corresponde con las soluciones de los textos internacionales de armonización del Derecho contractual, en los que expresamente se regula este derecho, ampliamente reconocido tanto en los sistemas angloamericanos como en la jurisprudencia de los países de tradición romano-germánica.

El derecho a subsanar el incumplimiento aparece expresamente regulado en la sección 2-508 UCC y ha sido objeto de reconocimiento por la jurisprudencia inglesa [*Borrowman Philips & Co v Free & Hollis (*1878), 4 Q.B.D. 500 CA]. También en el nuevo CC surinamés, que reproduce las soluciones del CC holandés sobre esta materia, se reconoce expresamente el derecho de subsanación de un incumplimiento, al disponer que el acreedor puede rechazar la prestación del deudor si no ofrece al mismo tiempo la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes y el abono de los gastos causados (art. 6:86 CC). En ambos casos se establece que el derecho de subsanación concluye en el momento en que el acreedor notifique al deudor que opta por la reclamación de daños y perjuicios en el lugar del cumplimiento o que resuelve el contrato (art.6:87 CC).

En los sistemas de los demás países que conforman la OHADAC no se encuentra un precepto que recoja expresamente este derecho del deudor, pues tampoco en los ordenamientos francés y español, de los que son tributarios o a los que están directamente sujetos dichos sistemas, existe una disposición que regule expresamente este derecho, si bien la posibilidad de subsanar el incumplimiento ha sido reconocida por los tribunales [sentencia de la *Cour de Cassation (Civ)* de 24 de febrero de 1970]. No obstante, si el demandado hace una oferta para subsanar el incumplimiento tras ejercitar una acción resolutoria, la subsanación puede ser rechazada [sentencia de la *Cour de Cassation (Civ)* de 15 de febrero de 1967]. El derecho de subsanación puede también inferirse de lo dispuesto en los arts. 1.609 y 1.546 CC colombiano; 295 y 306

CC cubano; 1.138 CC dominicano y francés; 937 CC haitiano; 1.386 CC hondureño; 1.949 CC mexicano; 1.859 y 1.885 CC nicaragüense; 985 y 1.009 CC panameño; 1.053 y 1.077 CC portorriqueño; y 1.269 y 1.167 CC venezolano.

Los Principios optan por una regulación expresa de este derecho, cuyo ejercicio se reconoce en todos los países OHADAC, siguiendo el modelo de los textos de codificación internacional en materia de contratos (art. 48 CV; art. 7.1.4. PU; art. 8:104 PECL; arts. III-3:201 a 3:204 DCFR). En la disposición propuesta se regulan detalladamente las condiciones para el ejercicio de este derecho de que goza el deudor, particularmente referidas a la notificación y alcance de la subsanación, y a los derechos del acreedor.

El precepto exige que la intención de subsanar el incumplimiento sea efectivamente notificada por el deudor al acreedor, sin demora injustificada, y que tampoco se retrase injustificadamente la subsanación, que deberá llevarse a cabo inmediatamente después de haber sido notificada la voluntad de subsanar. Más aun, el momento para el ejercicio del derecho a la subsanación es fundamental, pues el deudor no puede obligar al acreedor a un prolongado periodo de espera para el cumplimiento de la prestación debida, sin que la falta de perjuicio al acreedor justifique la demora de quien incumple. En la notificación deberá indicarse, exactamente, cómo y cuándo se efectuará la subsanación, que puede incluir la reparación y/o la sustitución, así como cualquier otra actividad destinada a reparar el incumplimiento y otorgar acreedor todo lo que tiene derecho a esperar conforme al contrato.

Se exige también la adecuación de la subsanación a las circunstancias del contrato, de manera que sea razonable permitir que el deudor intente de nuevo realizar la prestación. Entre los factores a tener en cuenta para valorar lo apropiado de la subsanación, se incluye la determinación de si esta reparación supone un cumplimiento efectivo del contrato y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial, lo que no significa que la subsanación se vea impedida por el solo hecho de que el incumplimiento sea considerado esencial. En cualquier caso, el derecho a la subsanación no quedará menoscabado por el hecho de que el acreedor cambie de postura con posterioridad a su notificación.

> Ejemplo: La sociedad A firma con la sociedad B un contrato en virtud del cual se compromete a instalar una planta de tratamiento de residuos de la construcción. La sociedad A asume la responsabilidad de la planificación, diseño y ejecución del proyecto, así como el montaje de la planta de áridos, y se compromete a entregarla equipada por completo y lista para ser utilizada con la finalidad de tratar los residuos

de la construcción, de manera que puedan ser comercializados como áridos reciclados antes del 1 de enero. Sin embargo, llegada esta fecha, aún faltan por ser entregadas y puestas en funcionamiento una tolva con alimentador y cinco de las diez bandas transportadoras necesarias para realizar la actividad de reciclaje. El mismo día, la sociedad A comunica por escrito a su cliente que entregará todas las mercancías y pondrá en funcionamiento la instalación el día 10 de enero.

Finalmente, deberá tenerse en cuenta el interés del acreedor en rechazar la subsanación del incumplimiento, interés que deberá ser legítimo, sin que la mera voluntad de no continuar con la relación contractual pueda impedir el ejercicio de este derecho del deudor. Este límite al derecho de subsanación se corresponde con la idea de incumplimiento esencial, pero también con la de incumplimiento anticipado, pues debe entenderse que el acreedor podrá rechazar la subsanación legítimamente si tiene razones para creer que el deudor no podrá reparar su incumplimiento.

Una vez que el deudor ha notificado efectivamente la intención de subsanar el incumplimiento de su obligación, y siempre que se cumplan los anteriores requisitos, el acreedor podrá suspender la ejecución de su prestación hasta el momento de la reparación efectiva del incumplimiento. Sin embargo, el acreedor no podrá ejercitar ninguna pretensión que sea incompatible con el cumplimiento efectivo del contrato, lo que justifica que la notificación de la resolución del contrato no excluya el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento.

Si el acreedor ha resuelto el contrato correctamente (de acuerdo con el art. 7.3.1), los efectos de la resolución quedarán suspendidos por una notificación efectiva de subsanación, y solamente se desplegarán una vez que ha expirado el plazo de la subsanación y no ha quedado sanado el incumplimiento esencial.

El deudor es responsable por el daño derivado del incumplimiento, aunque tenga éxito en la subsanación. También es responsable por todo daño adicional causado por la subsanación misma, por la mora o retraso en el cumplimiento, o por cualquier tipo de daño que no haya podido ser evitado mediante la subsanación (principio de reparación integral).

Si el acreedor recibe una notificación efectiva de subsanación del incumplimiento, debe aceptar esta reparación y cooperar con el deudor, permitiendo, por ejemplo, cualquier inspección que sea razonablemente necesaria para que el deudor pueda llevar a cabo la subsanación. Si el acreedor se niega a permitir la subsanación cuando le es requerida, la notificación de resolver el contrato carece de efecto y no podrá perseguir el resarcimiento del daño que podría haberse evitado mediante la subsanación.

Art. 7.1.6: ***Periodo suplementario para el cumplimiento***

1. **En caso de incumplimiento, el acreedor podrá conceder al deudor, mediante notificación, un periodo suplementario para que cumpla sus obligaciones.**
2. **Durante el periodo suplementario, el acreedor podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones y reclamar el pago de daños y perjuicios, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio por incumplimiento, salvo que el deudor le comunique que no cumplirá dentro del periodo suplementario.**
3. **Si el retraso en la ejecución no constituye un incumplimiento esencial, el acreedor que ha notificado al deudor el otorgamiento de un periodo suplementario para el cumplimiento, de duración razonable, podrá resolver el contrato al final de dicho periodo. Un periodo suplementario de duración irrazonable se entenderá extendido a una duración razonable.**
4. **En todo caso, el acreedor podrá, en su notificación, disponer que el contrato quedará resuelto automáticamente si el deudor no cumple en el plazo fijado.**

COMENTARIO:

La institución que inspira este precepto de los Principios es el *Nachfrist* del Derecho alemán (§ 323 BGB). El reconocimiento de este periodo suplementario se basa en el concepto omnicomprensivo de incumplimiento que manejan los Principios OHADAC, en cuyo marco no es necesaria la intimación del perjudicado para que exista formalmente un incumplimiento de la otra parte, y en el hecho de que, conforme a los Principios, la resolución del contrato es un acto del acreedor, no un acto de los

tribunales o de un árbitro, de manera que siempre que se produzca un incumplimiento esencial o se den las demás condiciones para la resolución del contrato (arts. 7.3.2 y 7.3.3 de estos Principios) el acreedor puede poner fin al contrato comunicando este hecho al deudor.

En la tradición romano-germánica, la concesión de un periodo suplementario para el cumplimiento se puede fundamentar en aquellas disposiciones que permiten al juez, si existen causas justificadas, señalar al deudor un plazo para cumplir antes de decretar la resolución del contrato (art. 1.184 del CC francés y dominicano; art. 974 CC haitiano; arts. 1.386 CC hondureño; art. 1.009 CC panameño; art. 1.077 CC portorriqueño). Más explícito resulta el art. 134 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013, que permite al acreedor resolver el contrato mediante notificación al deudor que no cumpla en un plazo razonable después de haber sido constituido en mora. Por su parte, el art. 748 CCom hondureño impone al acreedor el deber de requerir al incumplidor para que cumpla su obligación en un plazo conveniente, no inferior a quince días, a no ser que la naturaleza del contrato, los usos o el pacto permitieran un plazo menor. Transcurrido el plazo sin que el contrato haya sido cumplido, este quedará resuelto de pleno derecho.

Pueden establecerse ciertas analogías entre la técnica del *"Nachfrist"* y determinadas instituciones de *common law.* Por ejemplo, cuando en un contrato de arrendamiento se ha pactado que el arrendador podrá resolverlo por impago del arrendatario, aun de una sola renta, el art. 146 *Law of Property Act* inglesa establece la concesión de un tiempo extra de cumplimiento, e incluso el tribunal puede otorgar un nuevo plazo de gracia (*relief against forfeiture).* En materia de consumo también se exige la concesión de un plazo adicional para cumplir (arts. 87 y 88 *Consumer Credit Act* 1974, para el Reino Unido; y secciones 5-110 y 5-111 *Uniform Consumer Credit Code* para EE.UU.).

La posibilidad de otorgar al deudor un plazo suplementario para que cumpla se recoge también de manera expresa en los textos internacionales de armonización del Derecho de los contratos. Así los arts. 47 (1) y 63 (1) CV reconocen, respectivamente al comprador y al vendedor, la posibilidad de fijar un plazo suplementario de duración razonable para que la otra parte cumpla con las obligaciones que le incumben. Del mismo modo, el art. 7.1.5 PU permite al acreedor otorgar al deudor un periodo suplementario, de duración razonable, para el cumplimiento de su propia obligación, al final del cual podrá resolver el contrato *ex* art. 7.3.1 (3). También el art. 8:106 (3) PECL se refiere a la comunicación por el acreedor de un plazo adicional para el cumplimiento, durante el cual el acreedor puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones y demandar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El mismo beneficio se reconoce al deudor en el art. III-3:503 DCFR. Por su

parte, los arts. 115 y 135 CESL regulan la resolución por demora tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento.

Los presentes Principios recogen este remedio frente al incumplimiento con el mismo alcance que tiene en el marco de los instrumentos internacionales, precisando que durante el periodo adicional para el cumplimiento fijado por el acreedor, este no puede llevar a cabo ninguna acción contra el deudor; sí podrá dejar en suspenso el cumplimiento de su propia prestación y reclamar daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento u otras pérdidas provocadas por dicho incumplimiento, pero no pretender el cumplimiento específico o la resolución del contrato durante el tiempo otorgado en la comunicación.

En el sistema de los Principios, la introducción de este precepto implica que la resolución del contrato solo es posible en dos hipótesis: cuando el incumplimiento es esencial y cuando no se cumplen los presupuestos para el reconocimiento del periodo suplementario para el cumplimiento. Por ello, mediante la concesión de este plazo razonable para cumplir, la parte que con posterioridad desee ejercitar la acción por resolución del contrato se habrá asegurado de que el incumplimiento inicial (sea o no esencial) posibilitará el ejercicio de esta acción. Sobre esta base, el precepto propuesto distingue dos situaciones diferentes que reciben un tratamiento distinto. En aquellos casos en que la parte perjudicada tiene un derecho inmediato para resolver el contrato como consecuencia del incumplimiento de la otra parte (incumplimiento esencial), si ha indicado que todavía está dispuesta a aceptar la prestación, no puede cambiar de opinión sin advertirlo al deudor. Por su parte, en los casos en que haya habido un retraso en el cumplimiento que no pueda considerarse esencial (porque el plazo no formaba parte de la esencia del contrato y porque el retraso todavía no ha supuesto consecuencias graves para la parte perjudicada), la parte perjudicada puede resolver el contrato tras comunicarlo en un tiempo razonable a la parte que haya incumplido.

En el primer caso, la concesión de un plazo suplementario para el cumplimiento no concede al perjudicado derecho añadido alguno, aunque no deja de ser útil. Incluso cuando el retraso u otro tipo de incumplimiento es esencial y el perjudicado, en consecuencia, tiene derecho a resolver el contrato de forma inmediata, es posible que no desee hacerlo, pues puede estar dispuesto a aceptar el correcto cumplimiento del deudor siempre que se lleve a cabo dentro de un plazo razonable. El procedimiento establecido en este caso permite conceder al deudor una última oportunidad de cumplir o de corregir un cumplimiento defectuoso, sin que el acreedor pierda el derecho de reclamar el cumplimiento específico o de resolver el contrato si el deudor no hubiere cumplido llegado el final del plazo. Por otra parte, el hecho de que el acreedor no pueda utilizar estos remedios durante el plazo adicional protege al deudor

de un repentino cambio de opinión del acreedor. En estos casos, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente renace al vencimiento del periodo suplementario otorgado para el cumplimiento.

Sin embargo, en el segundo caso, cuando el retraso en el cumplimiento no constituye un incumplimiento esencial, el acreedor no gozará del derecho de resolución inmediata simplemente por el mero transcurso del plazo de cumplimiento; ahora bien, una vez transcurrido el plazo adicional de duración razonable fijado por el acreedor para que el deudor cumpla, aquel podrá resolver el contrato. El plazo fijado por el acreedor tiene que ser razonable, puesto que en los casos de retraso no esencial se está confiriendo un derecho más al acreedor. La determinación de qué plazo de tiempo es razonable se debe dejar, en última instancia, a los tribunales o árbitros, que deberán tener en cuenta factores como el plazo fijado inicialmente para llevar a cabo la prestación; la necesidad de la parte perjudicada de que la prestación sea rápida, siempre que se trate de una necesidad evidente para la parte que ha cumplido; la naturaleza de los bienes; los servicios o derechos que hayan de prestarse; o la situación que provocó el retraso (si una parte no ha podido cumplir debido al mal tiempo, debería concedérsele una prórroga o aplazamiento mayor que a la parte que simplemente hubiera olvidado sus obligaciones).

> Ejemplo: Una empresa textil celebra un contrato de compraventa en virtud del cual se compromete a entregar a su cliente 100.000 pantalones *denim,* de las tallas 38 a 44, antes del 1 de marzo, con el fin de venderlos durante la campaña de primavera. Sin embargo, llegada esta fecha, la empresa vendedora solo entrega 25.000 pantalones, con un tallaje equivocado y de una calidad inferior a la pactada. El comprador concede al fabricante un plazo de 30 días para que entregue toda la mercancía en las condiciones acordadas, pasado el cual, la empresa textil continúa sin cumplir con su obligación. Ante esta situación, el comprador puede resolver el contrato.

El último apartado del precepto permite, tanto si el incumplimiento ha sido esencial como no esencial, que el acreedor que notifica un plazo suplementario disponga que el contrato se entenderá automáticamente resuelto si el deudor no cumple en el plazo fijado. De esta manera, una vez transcurrido el plazo, el contrato se entiende resuelto, como especifica asimismo el apartado segundo del artículo 7.3.3.

7.1.7: *Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad*

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar

una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera no puede ser invocada cuando sea manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato y las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento.

COMENTARIO:

1. Definición de cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad contractual y necesidad de su reglamentación

En el ámbito internacional es frecuente añadir a los contratos cláusulas destinadas a imponer a las partes, o a una de ellas, una responsabilidad mayor o menor de la que legalmente está prevista en caso de incumplimiento. Esta fórmula permite ajustar el régimen de responsabilidad de los contratantes cuando concurren las circunstancias pactadas, lo que resulta adecuado en ciertas operaciones desarrolladas en sectores económicos sometidos a situaciones de inseguridad, o con socios de países cuyos sistemas financieros aún no han alcanzado un nivel de estabilidad.

En la mayoría de los sistemas jurídicos presentes en la zona caribeña existe un reconocimiento a favor de las partes para organizar libremente su responsabilidad, aunque se aprecian diferencias en cuanto a la regulación y sus límites.

En los territorios caribeños romano-germánicos las cláusulas restrictivas de responsabilidad carecen de una normativa que las regule de manera integral, aunque basan su solución en la auto-integración del sistema. Sin menosprecio de la rica producción jurisprudencial existente en la materia, la ausencia de una normativa particular, precisa y transparente que otorgue validez a dichas cláusulas causa ciertas incertidumbres a la hora de la pretendida armonización.

Así en los sistemas de tradición romanista, las cláusulas limitativas de la responsabilidad son jurídicamente posibles gracias a la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, aunque se establecen como límites a las mismas el respeto a la ley, al orden público y a las buenas costumbres (art. 1.616 en relación con el art. 1.604 CC colombiano; art. 312 CC cubano; art. 1.547 CC hondureño; art. 702 CCom hondureño; art. 2.437 CC nicaragüense; 1.106 CC panameño; art. 1.207 CC portorriqueño). Por su parte, en los CC costarricense (art. 1.092) y venezolano (art. 1.505) las cláusulas limitativas se regulan en el ámbito del contrato de compraventa. En el Derecho francés, la falta de previsión legal origina un debate sobre la validez de tales cláusulas. El argumento principal para su defensa consiste en vincularlas a la

libertad contractual del art. 1.134 CC francés y dominicano o del art. 925 del CC haitiano, aunque lo cierto es que en el sistema galo existen preceptos puntuales que proscriben las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en determinados contratos o en circunstancias especiales. Los sucesivos proyectos de reforma del CC sí tratan específicamente la cuestión (art. 76 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones 2013), considerando no escritas las cláusulas que privan a la obligación esencial de su sustancia. Y los sistemas tributarios del Derecho holandés tampoco cuentan con una reglamentación expresa. La validez de estos pactos limitativos se deriva del art. 6:248 CC holandés y surinamés.

En el Reino Unido, la *Unfair Contract Terms Act* (UCTA) de 1977 contiene un sistema de control que presenta el inconveniente de no abarcar a todos los contratos ni a todas las cláusulas, al ser una norma de propósitos limitados. Regula las cláusulas de exclusión y limitación (*exemption* y *exclusion clauses*) de la responsabilidad del empresario en determinados contratos no negociados individualmente (sección 3), ya que es una ley dirigida a proteger al contratante débil, aunque abarca contratos entre empresarios y contratos de consumo. Con los límites establecidos en la UCTA, el art. 55 de la *Sale of Goods Act* inglesa permite la exclusión y modificación de los derechos, obligaciones y responsabilidades que derivan legalmente del contrato, mediante pacto expreso o tácito. Idéntica disposición se recoge en la sección 55 de las respectivas *Sale of Goods Act* de Montserrat, Barbuda, Bahamas y Trinidad y Tobago; sección 54 *Sale of Goods Act* de Jamaica; y en la sección 56 *Sale of Goods Act* de Belice. Y en el Derecho estadounidense, la sección 2-719 UCC contempla la modificación o limitación de la responsabilidad contractual, por ejemplo acordando expresamente que las partes dispondrán de un único remedio. No obstante, se establece como límite que si las circunstancias concurrentes en el caso concreto conducen a que el remedio exclusivo fracase en su finalidad esencial, se podrá acudir a los remedios legales. Por otra parte, la sección 2-316 UCC matiza que, si las partes quieren acogerse a una cláusula de exoneración, tienen que hacerlo visible y manifestarlo de forma clara en el contrato.

En los textos internacionales de armonización del Derecho contractual, el art. 7.1.6 PU establece que una parte no podrá invocar "una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento, o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra parte podría razonablemente esperar, si fuera manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato". La fórmula acuñada en dicho precepto, de influencia anglosajona, es suficientemente amplia como para englobar todas las modalidades de pactos sobre la restricción de la responsabilidad contractual; incluso comprende la distinción entre limitación directa o indirecta de responsabilidad por incumplimiento. Por su parte, el

art. 8:109 PECL se formula en términos muy generales para amparar a todas las cláusulas que, en la práctica, impidan que el perjudicado obtenga el remedio normal, no distinguiendo entre las que limitan o excluyen la responsabilidad. Y en el mismo sentido se pronuncia el párrafo segundo del art. III-3:105 DCFR, sin llegar a diferenciar y sin imponer un régimen jurídico particular a ambos pactos.

En la norma propuesta en los Principios OHADAC se apuesta por un régimen positivado de las cláusulas de limitación o exoneración, similar al establecido en los textos de Derecho uniforme, lo que mermaría los interrogantes y dificultades comunes, como la ubicación conceptual de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, la tipología, la forma de controlarlas, los límites de validez que se deberían respetar y los criterios que determinan su sanción. Con un régimen fragmentario no resulta fácil interpretar e integrar los intereses del acreedor frente a los del potencial deudor, que pretende beneficiarse de un sistema de responsabilidad aligerado. La previsión legal de un régimen general para estas cláusulas permite equilibrar ambos intereses contrapuestos y beneficiar a la seguridad jurídica, disminuyendo los riesgos en la contratación internacional.

En la línea de los textos de referencia, se acoge un criterio amplio sobre la definición de las cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad contractual, que permita establecer una norma aplicable a todas ellas. Los términos "limitar" y "exonerar" deben entenderse en el sentido más extenso posible, ya que ambos se dirigen fundamentalmente a hacer recaer sobre el acreedor los riesgos que normalmente deberían pesar sobre el deudor. La cláusula más habitual consiste en convenir una exclusión o limitación que afecte a la responsabilidad por daños y perjuicios, vinculada al remedio de indemnizatorio, aunque nada impide que se aplique a otros remedios frente al incumplimiento (resolución, acción de cumplimiento o reducción del precio del contrato). Además, en este concepto amplio de cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad, también se ha de incluir el pacto que permite a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra podía esperar razonablemente.

> Ejemplo: A empresa del país X, dedicada a la exportación de cacao, celebra un contrato de venta con B del país Y, en el que convienen que si el cacao disponible en el momento de la entrega no es de primera categoría podrá cumplirse entregando uno de similares características, y se incluye una cláusula en el que se exonera de la responsabilidad en este último caso. Llegado el momento de la entrega, el cacao es de calidad inferior, por lo que no responde "razonablemente" a lo esperado. Por consiguiente, no será de aplicación la cláusula de exoneración.

2. Límites a la validez de los pactos sobre cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contractual

La mayor parte de los sistemas OHADAC de tradición romano-germánica establecen límites a los pactos limitativos de responsabilidad apelando a la ley, moral u orden público (art. 1.547 CC hondureño; art. 2.437 CC nicaragüense; art. 1.106 del CC panameño; art. 1.207 CC portorriqueño). De igual manera, existen reglas paralelas para declarar la invalidez de las cláusulas exonerativas en caso de dolo o culpa grave de uno de los estipulantes (arts. 63 y 1.522 CC colombiano; art. 1.150 CC francés y dominicano; art. 940 CC haitiano; art. 1.360 CC hondureño; arts. 987-988 CC panameño; arts. 1.054, 1.055 y 1.056 CC portorriqueño). Para estos sistemas, la responsabilidad derivada del dolo del deudor no puede ser limitada mediante un pacto entre partes; una cláusula de tal naturaleza sería contradictoria con la obligación misma, pues la voluntad de crear la obligación se vería contrariada, al facultar al deudor para un consciente y deliberado incumplimiento.

Con carácter general, en los ordenamientos de *common law* la validez de las cláusulas de limitación y exención se evalúa conforme al criterio de "razonabilidad", tal y como viene establecido en la *Unfair Contract Terms Act* de 1977. En efecto, se prohíben ciertos tipos de cláusulas que limiten o exoneren de responsabilidad cuando se aprecie que sus términos no son justos ni razonables, a través de un examen que se realiza teniendo en cuenta las circunstancias de cada contrato. Y cuando no es posible acudir a la Ley, por estar el contrato fuera de su ámbito de aplicación, se recurre a la doctrina del *fundamental breach of contract*. Esta técnica determina que el deudor que pretende alegar la eficacia de una cláusula de exclusión de responsabilidad no podrá beneficiarse de ella si su incumplimiento ha afectado a las obligaciones esenciales del contrato, ya que se considera particularmente grave.

Los CC holandés y surinamés apelan a la razón y a la equidad para otorgar validez a cualquier pacto que exonere la responsabilidad (arts. 6:2 y 6:248). Este principio permite que el juez, si concurren las circunstancias excepcionales, pueda sustituir los efectos previstos en lo estipulado en el contrato o en una norma jurídica, si con ello se alcanza una solución real equitativa.

En el sistema estadounidense, se establece un sistema de mínimos a los que se somete toda cláusula contractual restrictiva, según lo que contempla la sección 2-302 del UCC, que posibilita la supresión de la cláusula injusta, o incluso de todo el contrato, si fuese "no razonable" (*unconscionable)*. El precepto no determina claramente cuándo una cláusula puede considerarse "*unconscionable"*. Dicho término guarda una relación muy estrecha con la buena fe y desempeña en la práctica una función sustancialmente

coincidente. Y es que el calificativo “no razonable” puede identificarse con “demasiado oneroso” o “inmoral”. La doctrina de la *unconscionability* pretende evitar un proceso de negociación injusta. Por otra parte, un pacto de exoneración de la responsabilidad es contrario al orden público (*public policy*) cuando existe negligencia grave o conducta dolosa. Particularmente, el *Restatement Second of Contracts* se refiere a que la limitación de la responsabilidad no será aceptada si existe daño causado intencionalmente o descuido grave.

En el ámbito de los textos armonizadores, el art. 8:109 PECL, con fuerte influencia del Derecho europeo continental, dispone que los pactos de limitación o exclusión de la responsabilidad no deben ser contrarios a las exigencias de la buena fe y la lealtad. Y de modo similar se expresa el art. III-3:105 (2) DCFR, que se refiere a cualquier remedio, y entra en funcionamiento incluso si la exclusión o limitación fuese válida según la aplicación de las normas sobre cláusulas no negociadas individualmente, previendo una suerte de protección residual, lo que supone que la cláusula no podrá ser invocada si es contraria a la buena fe y a la lealtad contractual. En el primer párrafo del artículo se alude al remedio indemnizatorio, y se establece la nulidad de las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad por lesiones personales causadas intencionadamente o con negligencia grave. El concepto de buena fe, sin embargo, no ha sido trasladado formalmente al art. 7.1.6 PU, aunque puede colegirse que el enunciado “si fuere manifiestamente desleal hacerlo”, se está refiriendo a que las cláusulas de exoneración deben ser invocadas de acuerdo con la buena fe, pues se ha considerado que las normas establecidas en los PU vinculan la validez de las cláusulas de limitación a conceptos relacionados con la moral, buena fe y con la noción civilista de abuso de derecho.

En la norma propuesta, tanto las cláusulas de exoneración como las de limitación quedan sujetas a los mismos principios en cuanto a su admisibilidad. El régimen de control de estos pactos debe ser parejo, con independencia del nombre que se les otorgue, lo que permitirá que, en beneficio del equilibrio del contrato, una parte no logre una exoneración de responsabilidad por medio de una cláusula limitativa desmesurada. En este sentido, el precepto diseñado enmarca unos límites de validez acordes con los sistemas en presencia, adoptando conceptos amplios, pero guardando simetría con el espíritu de los ordenamientos caribeños OHADAC.

Como se ha visto, algunos sistemas normativos de la OHADAC se refieren a una prueba de la buena fe o un criterio equivalente como límites aplicables a estos pactos, frente a otros ordenamientos jurídicos anglosajones que utilizan un criterio de razonabilidad y el respeto de la obligación esencial del contrato. Aunque en la propuesta no se señalen expresamente estos límites, los pactos limitativos o exoneratorios que los vulneren

serán rechazados. Existen unas exigencias fundamentales de orden público, moral y buenas costumbres que abrazan al ámbito contractual, siendo acogidos por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en cuanto que se viola un una norma imperativa, lo que hace innecesario volver a enunciarlos en la propuesta sobre las cláusulas de limitación. De esta manera, se considera contrario a la buena fe y a la lealtad contractual o irrazonable que una parte invoque una cláusula de limitación de la responsabilidad en unas circunstancias no contempladas o diferentes a las que se tuvieron en cuenta a la perfección del contrato.

El calificativo “no razonable” o “irrazonable” del Derecho anglosajón *(unconscionable)* se determina con arreglo al criterio mixto, integrado por el elemento subjetivo-funcional, representado por las "circunstancias particulares en la que una o ambas partes operan", y/o por el elemento objetivo, de la "naturaleza atípica de la operación", de tal manera que si la cláusula resulta tan a favor de una de las partes contractuales que la haga irrazonable o excesiva, esta no podrá ser invocada. Cuando las cláusulas son manifiestamente injustas, cuando su aplicación genera un desequilibrio exagerado entre las prestaciones de las partes, o si producen resultados poco equitativos, la solución viene a alinearse con los sistemas que acogen el rechazo de las cláusulas de exoneración por la vía de la doctrina del incumplimiento esencial o por ser cláusulas no razonables.

Por último, para erradicar actitudes negligentes o abusivas del deudor, algunos sistemas romano-germánicos impiden ampararse en las cláusulas de limitación si media dolo o negligencia grave. La introducción de tal fórmula en la propuesta podría ser una decisión delicada, ya que esta previsión resulta extraña en la órbita del c*ommon law*. Con la idea de salvar el choque entre las tradiciones jurídicas presentes, la propuesta ha evitado formular los límites relacionados con la conducta subjetiva del deudor, utilizando categorías amplias para poder ampararlos, en la línea empleada por los PU. De esta manera, al tener que valorar “las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento”, si este fuese intencionado o existe culpa grave en la parte incumplidora la cláusula de exoneración podrá no ser considerada.

> Ejemplo: A, empresario del país X, posee un terreno donde quiere instalar una planta solar fotovoltaica. Para ello celebra un contrato con B, empresa del país Y dedicada a este tipo de instalaciones "llave en mano". El contrato incluye una cláusula que excluye la responsabilidad de B, si la instalación no queda terminada, legalizada y puesta en marcha antes de que se produzca un cambio de regulación en el sector (ya anunciado) que afecta a la citada instalación. B no lleva a cabo con diligencia la logística ni los trabajos en su terreno, demorando la obtención de documentación que permite

legalizar en fecha y forma. En este caso, el deliberado incumplimiento de la parte deudora impide la aplicación de la cláusula de limitación prevista.

Artículo 7.1.8: *Fuerza mayor*

1. **Una parte podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones cuando el cumplimiento resulte imposible por razones de fuerza mayor.**
2. **Se entenderá que existe fuerza mayor cuando la parte afectada acredite la concurrencia de un hecho:**
   a) **ajeno a su responsabilidad y fuera de su control razonable, y**
   b) **cuyo riesgo no ha asumido, y**
   c) **que no podía razonablemente haberse previsto o tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, y**
   d) **que imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones.**
3. **La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer imposible el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si la notificación no llega a la otra parte en un plazo razonable a partir del momento en que la parte que lo invoque ha tenido o debería haber tenido conocimiento del impedimento, la parte destinataria de la notificación tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta o tardanza en la notificación.**
4. **El contrato se entenderá resuelto desde que se produjo la notificación, a menos que la otra parte manifieste su voluntad en sentido contrario en un plazo razonable. Si cualquiera de las partes hubiese**

obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

5. **Si la imposibilidad de cumplimiento fuera temporal, la resolución del contrato únicamente se producirá si la demora en el cumplimiento priva sustancialmente a una de las partes de sus expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento una vez desaparecido el hecho impeditivo.**

6. **Si la imposibilidad de cumplimiento fuera parcial, la resolución del contrato únicamente se producirá si el cumplimiento parcial priva sustancialmente a una de las partes de sus expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento parcial, con el correspondiente ajuste en la contraprestación de la otra parte.**

COMENTARIO:

1. Definición de los supuestos de fuerza mayor

La justificación del incumplimiento cuando concurren circunstancias de fuerza mayor o imposibilidad es un lugar común en todos los sistemas de Derecho comparado y, en particular, de los que componen el territorio OHADAC. Los textos legales más clásicos recogen la figura respecto de las obligaciones de entregar una cosa determinada cuando esta resulta destruida (art. 1.302 CC francés y dominicano; art. 298 CC cubano; art. 1.729 CC colombiano; arts. 830-834 CC costarricense; 1.344 CC guatemalteco; art. 1.087 CC haitiano; art. 1.460 CC hondureño; art. 2.017 CC mexicano; arts. 2.165-2.168 CC nicaragüense; art. 1.068 CC panameño; art. 1.136 CC portorriqueño; art. 1.344 CC venezolano). Casi todos los códigos extienden la previsión legal a obligaciones de hacer o a cualquier obligación con carácter general, generalmente utilizando el concepto de fuerza mayor o de caso fortuito, o ambos a un tiempo (arts. 64 y 1.729-1.739 CC colombiano; art. 834 CC costarricense; art. 299.1 CC cubano; art. 1.148 CC francés y dominicano, mantenido en el art. 126 del Anteproyecto de Reforma del Derecho

francés de obligaciones de 2013; arts. 1.325 y 1.426 CC guatemalteco; arts. 937 y 1.087 CC haitiano; arts. 6:74 y 6:75 CC holandés y surinamés; arts. 1.363 y 1.462 CC hondureño; art. 2.111 CC mexicano; arts. 1.851, 1.864 y 2.164 CC nicaragüense; arts. 34-D, 990 y 1.070 CC panameño; arts. 1.058 y 1.138 CC portorriqueño; art. 1.272 CC venezolano). La institución aparece asimismo invariablemente contemplada en los textos internacionales que armonizan el Derecho contractual (art. 7.1.7 PU; art. 8:108 PECL; art. III-3:104 DCFR; art. 88 CESL), que al igual que los proyectos de reforma legal más recientes tienden a una figura única de la fuerza mayor o imposibilidad, abandonando la vieja figura del caso fortuito. Finalmente, la doctrina es recogida de forma similar en el *common law,* particularmente después del *leading case* de la jurisprudencia inglesa: *Taylor v. Caldwell* (1863, 3 B & S 826), que se refleja, por ejemplo, en la sentencia de la *High Court* de Barbados de 2004 en el asunto *Hulse v Knights Ltd* (*Carilaw* BB 2004 HC 29) o en la sentencia de la *Supreme Court* de Jamaica de 2002 en el asunto *Couttes Ltd v Barclays Bank plc* (*Carilaw* JM 2002 SC 84). Aparece asimismo expresamente recogida en la sección 2-613 del UCC y en los arts. 1.130-1.132 CC santaluciano.

La definición de los supuestos de fuerza mayor recogida en el apartado segundo permite incorporar las condiciones generalmente exigidas para que pueda exonerarse a la parte incumplidora.

En primer término, debe obedecer a la concurrencia de un hecho ajeno a la responsabilidad y al control de la parte afectada, y no imputable a su propia conducta. Ciertamente, se trata de una condición que puede dar lugar a ciertas oscilaciones y diferencias de criterios, pues en algunos sistemas, como el francés, la exterioridad o ajenidad del hecho es observada con sumo rigor, en comparación con otros sistemas, requiriendo que el hecho sea "exterior" e "irresistible" [sentencia de la *Cour de Cassation (plénière)* de 14 de abril de 2006]. Los supuestos en que un empresario alega fuerza mayor sobre la base de una huelga de sus trabajadores son particularmente ilustrativos. Parece razonable que una huelga sectorial o general es causa suficiente para excusar el incumplimiento contractual. Sin embargo, en el Derecho francés en ocasiones los tribunales han estimado que una huelga particular no sería suficiente para alegar fuerza mayor por sí misma, por el mero hecho de que estaría en mano del empresario finalizar o evitar la huelga accediendo a las demandas de sus trabajadores. Con más unanimidad se entiende que la causa de fuerza mayor es imputable a la parte que la invoca, y no puede ser alegada, si ha incurrido en mora, y el hecho impeditivo se produce después de haber incurrido en el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones.

En segundo término, el hecho o circunstancia sobrevenida o concurrente debe entrañar un riesgo no asumido por la parte incumplidora. La finalidad de este inciso en el apartado segundo es descartar la invocación de la fuerza mayor en aquellos contratos en que, por su objeto o finalidad, el *aleas* es consustancial (contratos de seguros o especulativos), o en los que el riesgo del acontecimiento había sido o debía haber sido asumido por una parte del contrato [*ad ex. E. Johnson & Co (Barbados Ltd) v NSR Ltd* (1997), AC 400].

En tercer término, debe tratarse de un acontecimiento o circunstancia que razonablemente las partes no pudieron prever o tener en cuenta en el momento de contratar. Con cierta unanimidad, la imprevisibilidad suele reconducirse en todos los sistemas a criterios más objetivos de improbabilidad razonable. Debe notarse que la norma propuesta no exige que la circunstancia o hecho impeditivo sean sobrevenidos o posteriores a la celebración del contrato. Basta con el hecho de que no se hubieran podido prever o tener en cuenta en el momento de celebrarse el contrato, aunque ya concurrieran en dicho momento. En muchos sistemas, si el hecho impeditivo concurre en el momento de celebrarse el contrato, pero las partes razonablemente ignoran tal hecho, se suele optar por decretar la ineficacia o nulidad del contrato por la vía del error o por la imposibilidad inicial del objeto del contrato, con efectos sustancialmente similares (*ad ex.* arts. 1.601 CC francés y dominicano; arts. 4:103 y 8:108 PECL; art. II-7:201; art. III-3:104 DCFR). Esta solución tiene, sin embargo, algunos inconvenientes. De un lado, la doctrina del error en el Derecho comparado presenta mayor complejidad e irreductibilidad. De otro, en la contratación moderna se tiende a considerar que un contrato donde una de las prestaciones sea inicialmente imposible no es necesariamente inválido, salvo error por las partes, pues las partes pueden confiar en que la prestación originariamente imposible pueda devenir posible en el momento de la ejecución (*ad ex.* art. 3.1.3 PU; art. 4:102 PECL; art. II-7:102 DCFR). De ahí que se considere que la justificación del incumplimiento en caso de fuerza mayor o imposibilidad presenta en realidad los mismos perfiles cuando la imposibilidad es sobrevenida e imprevisible que cuando es concurrente e incognoscible para las partes. Este es el criterio seguido en la sección 266 del *Second Restatement of Contracts* norteamericano, y según algunas opiniones cabría asimismo en el tenor de los arts. 79 CV, 7.1.7 PU y 88 CESL.

Finalmente, el hecho o acontecimiento alegado debe imposibilitar el cumplimiento de la obligación. La fuerza mayor puede ser invocada cuando exista una imposibilidad material (física), legal o personal de cumplimiento. No cabe invocarla si la prestación deviene simplemente más onerosa (en cuyo caso resultaría de aplicación la regla sobre *hardship* contenida en la sección tercera del capítulo 6 de estos Principios), o si se trata

de bienes genéricos u obligaciones de hacer que resultan reemplazables. En principio, los supuestos de imposibilidad económica tampoco podrían ser invocados sobre la base de este precepto. Si el hecho sobrevenido produce un encarecimiento exorbitante de una de las prestaciones, en particular de la obligación pecuniaria, el carácter genérico del dinero o la factibilidad material de la prestación hacen que la prestación sea materialmente posible, aunque económicamente absurda. Aunque la imposibilidad económica es recogida como un supuesto de imposibilidad o fuerza mayor en algunos sistemas caribeños, particularmente en los sistemas que siguen el Derecho norteamericano a través de la noción de *impracticability* (sección 2-615 UCC y sección 261 del *Second Restatement)*, no está reconocida en los sistemas tributarios del Derecho francés ni tampoco, según el pensar mayoritario, en los sistemas que siguen el Derecho inglés. No obstante, los supuestos de imposibilidad económica pueden reconducirse, según los casos y con efectos muy similares, a las figuras tanto del *hardship* como de la frustración de la finalidad del contrato, recogidos en la sección 3 del capítulo 6 de estos Principios.

2. Efectos de la acreditación de la fuerza mayor

El apartado cuarto del artículo, precisa *in fine* los efectos jurídicos de la justificación del incumplimiento en supuestos de fuerza mayor. Dicha justificación implica, de un lado, la improcedencia de la exigencia de daños y perjuicios y, de otro, la resolución del contrato *ipso iure* desde que se produce la notificación del hecho impeditivo. Se trata de un efecto que no es consustancial a la doctrina de la fuerza mayor en muchos sistemas (art. 79.5 CV; art. 7.1.7 PU), aunque se recoge expresamente en el art. 299.1º del CC cubano y en el art. 1.132 CC santaluciano. En el Derecho inglés, la resolución *ipso iure* se considera asimismo producida desde que se produce el hecho impeditivo, sin requerir ni siquiera la notificación del hecho, opción seguida en los PECL a la luz del comentario del artículo 9:303 (4), así como en el artículo 88 CESL y en el artículo III-3:104 DCFR. En la regulación contenida en estos Principios, la resolución se produce *ipso iure* desde la notificación por la parte afectada¸ pero la otra parte tiene derecho a conservar el contrato. Esta cautela tiene sentido en aquellos casos en que la imposibilidad sea parcial o temporal y, aun frustrando las expectativas o finalidad del contrato, su cumplimiento parcial o demorado, o incluso una solución de reemplazo pueda resultar de interés para la otra parte.

La notificación exigida por el punto tercero del artículo es una condición para fijar el momento en que el contrato se entiende resuelto por razones de fuerza mayor. La notificación es una obligación impuesta a la parte afectada por el hecho impeditivo por un doble motivo: por un lado, dicha parte tiene el deber de mitigar los efectos de la imposibilidad mediante una notificación a la otra parte suficientemente diligente. En

otro caso, será responsable por los daños ocasionados a la otra parte por la tardanza o falta de diligencia en la notificación. En segundo lugar, corresponde a la parte afectada por el hecho impeditivo acreditar los hechos que impiden el cumplimiento de sus obligaciones; dicha exigencia de la prueba del hecho impeditivo parece justificada y se concreta expresamente en algunos textos legales vigentes en los países caribeños (*ad. ex.* art. 1.733 CC colombiano; arts. 1.302 CC francés y dominicano; arts. 1.363 y 1.461 CC hondureño; art. 2.169 CC nicaragüense). En otros términos, recae en quien reclama la justificación del incumplimiento la carga de la prueba de los hechos impeditivos, resultando procedente que dicha prueba se aporte en la notificación a la otra parte siempre que fuera posible.

El incumplimiento de una parte dispensa a la otra parte del cumplimiento de su prestación, circunstancia que se justifica como un efecto natural de la resolución del contrato. No obstante, en aquellos casos en que una de las partes haya cumplido todo o parte de su obligación, procederá la devolución de las prestaciones y, si no fuera posible, una compensación por el beneficio obtenido por la otra parte en virtud de dicho cumplimiento. Se trata de una regla basada en un principio de elemental equilibrio contractual, que ha sido recogida expresamente en el art. 299.2º CC cubano; art. 1.325 CC guatemalteco; art. 1.851 CC nicaragüense; y art. 1.070 CC panameño. El Derecho inglés ha tenido mayores dificultades en articular este efecto: si bien la jurisprudencia lo ha reconocido en ocasiones sobre la base de la falta de *consideration* (Sentencia de la *House of Lords* de 1943 en el asunto *Fibrosa Spolka Akcjna v Fairbain Lawson Combe Barbour Ltd,* UKHL 4), al objeto de sortear el principio "*the loss lies where it falls*" se han dictado reglas escritas específicas para conseguir el mismo efecto. La *Law Reform – Frustrated Contracts Act* - de 1942 inglesa ha propiciado leyes idénticas en algunos territorios caribeños tributarios del *common law*: *Law Reform (Frustrated) Act* de Jamaica de 1968; Cap. 166 de la *Law of Contract Act* de Belice de 2000; Cap 202 de la *Frustrated Contracts Act* de Barbados de 1978; *Law Reform (Misrepresentation and Frustrated Contracts) Act* de 1977 en Bermudas; y art. 1.132 CC santaluciano. La solución en EE.UU. se ha obtenido por vía jurisprudencial y en algunos sistemas continentales por la vía de los cuasicontratos (enriquecimiento injusto). A pesar de la diversidad de vías, existe coincidencia sustancial en el efecto final, consistente en la devolución de las prestaciones o compensación por el beneficio obtenido.

3. Imposibilidad parcial y temporal

Los apartados quinto y sexto del artículo recogen los efectos atenuados de la imposibilidad meramente parcial y temporal. En estos casos, se estima que la resolución del contrato únicamente resulta razonable si un cumplimiento parcial o

demorado frustra las expectativas razonables y la finalidad del contrato para la otra parte, en esencia, si entraña un incumplimiento esencial o fundamental. La regla ha sido recogida expresamente en los artículos 1.376.3º CC guatemalteco; 6:74 CC holandés y surinamés; 1.132 CC santaluciano; 79.3 CV; 7.1.7 PU; 8:108 y 9:401 PECL; III-3:104 DCFR; y 88 CESL. La jurisprudencia inglesa apunta al mismo resultado [*Jackson v Union Maine Insurance Co* (1874), LR 10 CP; *Metropolitan Water Board v Dixk, Kerr & Co,* (1918), AC 1999; *Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co* (1919), AC 435] y asimismo la jurisprudencia francesa, si bien esta última se muestra más rígida a la hora de reconocer la frustración del contrato por imposibilidad temporal.

Conforme a la reglamentación propuesta en estos Principios, aun cuando se entienda que la imposibilidad temporal frustra el contrato, la otra parte podrá manifestar su voluntad de que el contrato no sea resuelto (apartado cuarto). En aquellos casos en que no frustra las expectativas de las partes ni la finalidad del contrato, implica que la parte afectada no incurre en mora y el contrato debe cumplirse por ambas partes.

> Ejemplo 1: Una sociedad dedicada al ramo de la venta al consumo de productos textiles contrata con una sociedad mayorista que produce y distribuye trajes de baño la adquisición de una partida de temporada para su cadena comercial. Los trajes de baños son producidos en las fábricas textiles de que dispone la empresa mayorista en un país asiático. Un ciclón de inusual violencia produce graves daños que retrasan la producción e impiden la entrega del producto en la fecha pactada, demorándola al menos dos meses. Aunque la imposibilidad sea temporal, el contrato debe entenderse resuelto a petición del vendedor, pues la entrega de los trajes de baño dos meses después frustra las expectativas razonables de la sociedad compradora, al tratarse de un producto de temporada que debe ponerse a la venta en un plazo concreto. No obstante, el comprador tiene la posibilidad de notificar la conservación del contrato a la parte que reclama la resolución.
>
> Ejemplo 2: Una empresa de construcción se ha comprometido a la construcción y entrega de una planta industrial en el plazo de dos años. Las distintas fases de la construcción se completan conforme al calendario previsto en el contrato. Un mes antes de la finalización del contrato, se produce una insurrección armada de un grupo revolucionario que afecta al transporte de suministros necesarios para concluir la obra. El constructor se ve imposibilitado para terminar la construcción en el plazo previsto, aunque se encuentra acabada en un 97%. Los desórdenes desaparecen en un breve plazo, se reanuda el transporte y la obra se ultima tres semanas después de la fecha prevista. El constructor no es responsable por la demora y el prestatario no tiene derecho a resolver el contrato.

En principio, la contraparte podrá suspender el cumplimiento de su obligación durante el tiempo en que se mantenga la imposibilidad de cumplimiento por la parte afectada por el hecho impeditivo, pero esta regla puede requerir excepciones según cómo se contemple el orden del cumplimiento y cuál sea la naturaleza de la prestación demorada, pues en ciertos casos la suspensión de su obligación podría implicar en realidad la frustración del contrato.

La imposibilidad parcial, por su parte, no frustra el contrato si la divisibilidad de las obligaciones es razonablemente admisible. En contrapartida, el contrato se considerará resuelto si un cumplimiento parcial frustra las expectativas razonables de la otra parte en relación al contrato considerado en su conjunto. Se trata de una regla prevista en los arts. 1.376.3ª CC guatemalteco; 51 CV; 9:302 (2) PECL; y III-3:506 DCFR. Se sigue asimismo la regla propuesta en la jurisprudencia francesa (Sentencia *Cour de Cassation* de 1 de junio de 1964), acorde con el principio establecido, por ejemplo, en el artículo 1.722 CC francés y dominicano. Esta regla puede encontrar algunas dificultades en los sistemas del *common law*, pues el Derecho inglés admite la resolución del contrato si se frustra su finalidad por una imposibilidad parcial, pero encuentra mayores dificultades para proceder a un ajuste o reducción proporcional de las prestaciones en caso de incumplimiento parcial, circunstancia que admite con mayor facilidad el Derecho norteamericano, como evidencian las sección 2-615 (b) UCC y la sección 270 del *Second Restatement of Contracts*.

> Ejemplo 3: Los organizadores de un congreso contratan con una cadena hotelera el alquiler de 100 habitaciones con el objeto de alojar a los asistentes a un congreso internacional que se celebrará en sus instalaciones. La sala destinada a la celebración de las sesiones del congreso resulta inutilizada por una inundación, y no puede ser habilitada para la fecha de celebración. Aunque el contrato puede ser cumplido parcialmente por lo que respecta al alojamiento de los congresistas, el contrato se entenderá resuelto, pues es razonable que las expectativas de los organizadores del congreso se consideren frustradas al no poder alojar a los congresistas en el mismo lugar de celebración de las sesiones.
>
> Ejemplo 4: Un fabricante de automóviles situado en el país X celebra un contrato con un suministrador de bujías para motores de automoción situado en el país Y. El contrato contempla la entrega en un plazo determinado de 50.000 unidades. Debido a un conflicto político, las exportaciones entre los países X e Y quedan interrumpidas mediante un bloqueo comercial. El suministrador, que ya ha entregado 40.000 unidades se ve imposibilitado para entregar las 10.000 restantes. El contrato no se considerará resuelto, pues el fabricante puede obtener en el mercado las unidades pendientes, y utilizar las 40.000 entregadas. El suministrador no es responsable del

incumplimiento y el fabricante deberá abonar el precio con una reducción de una quinta parte.

Sección 2. Cumplimiento específico

Artículo 7.2.1. ***Alcance del derecho al cumplimiento***

1. **El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su objeto.**
2. **El derecho al cumplimiento comprende, en su caso, el derecho a la reparación o al reemplazo, así como a cualquier otro remedio para subsanar un cumplimiento defectuoso.**

COMENTARIO:

1. Cumplimiento específico de obligaciones dinerarias

El primer apartado del artículo confiere al acreedor el derecho al cumplimiento específico de cualquier tipo de obligación. El reconocimiento de este derecho es generalmente aceptado en los ordenamientos caribeños por lo que se refiere a las obligaciones dinerarias.

En los sistemas romano-germánicos, sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, el acreedor puede compeler al deudor al cumplimiento de la obligación (arts. 1.546 CC y 870 CCom colombianos; arts. 692 CC y 463 CCom costarricenses; arts. 305 CC y 329 CCom cubanos; arts. 1.184 CC dominicano y francés; art. 1.535 CC guatemalteco; art. 974 CC haitiano; arts. 1.386 CC y 747 CCom hondureños; arts. 1.949 CC y 376 CCom mexicanos; art. 1.885 CC nicaragüense; arts. 1.009 CC y 759 CCom panameños; arts. 1.077 CC y 250 CCom portorriqueños; arts. 1.167 CC y 141 CCom venezolanos; que establecen para las obligaciones recíprocas la posibilidad de optar entre resolución o cumplimiento específico). Este derecho encuentra pocos obstáculos cuando se trata de la entrega de una cosa genérica como es el dinero (art. 693 CC costarricense; art. 3:296 CC holandés y surinamés; art. 1.847 CC nicaragüense; art. 981 CC panameño; art. 1.049 CC portorriqueño). Las vías para obtener el cumplimiento forzoso de la obligación dineraria se regulan en las leyes procesales (*ad ex.* art. 527 Código Procesal Civil

colombiano; arts. 420 y ss. Código Procesal Civil mexicano; arts. 1.038 y ss. Código Judicial panameño; art. 527 Código Procesal Civil venezolano).

También en *common law* cuando la obligación incumplida es la de pago existe una *action for an agreed sum.* Sin embargo, estas acciones para reclamar el pago de una suma de dinero no se encuadran sistemáticamente dentro del remedio de cumplimiento específico, ni tampoco dentro del remedio indemnizatorio, ya que lo obtenido por la parte perjudicada no es otra cosa que la suma acordada, más los intereses en ocasiones. Las normas de cuño inglés regulan dos tipos de acciones: en primer lugar, la acción para reclamar una suma de dinero derivada de un contrato, por ejemplo el precio de los bienes conforme a las leyes sobre la compraventa (sección 49 *Sale of Goods* inglesa, de Bahamas, Antigua y Barbuda, Montserrat, y Trinidad y Tobago; sección 50 *Sale of Goods* de Belice; y sección 48 *Sale of Goods* de Jamaica). En segundo lugar, la acción para reclamar un precio razonable por los bienes vendidos, conforme a la normativa sobre la compraventa, cuando en el contrato no se hubiera fijado el precio (sección 8 *Sale of Goods* inglesa; sección 10 *Sale of Goods* de Bahamas, Antigua y Barbuda, Montserrat, Trinidad y Tobago y Belice; y sección 9 *Sale of Goods* de Jamaica). Se establece como requisito en el primer caso que la propiedad haya pasado al comprador; sin embargo, cuando el precio deba pagarse en una fecha determinada, con independencia de la entrega, y el comprador se niega al pago, el vendedor tiene acción para reclamar el precio, aunque la propiedad no haya pasado al comprador. La legislación estadounidense sobre compraventa regula también la *action for price* en la sección 2-709 UCC.

El derecho a reclamar el pago de una obligación dineraria se regula asimismo en los textos de Derecho uniforme. En efecto, y para el contrato de compraventa, los arts. 62 CV y 132 CESL otorgan al vendedor acción para reclamar el pago del precio. Y de modo general para las sumas de dinero, reconocen el derecho del acreedor al cumplimiento los arts. 7.2.1 PU; 9:101 PECL y 3:301 DCFR. Estos dos últimos preceptos contemplan la posibilidad que preveían las normas anglosajonas sobre compraventa de que el acreedor, aun no habiendo entregado la cosa, pueda continuar el cumplimiento y recibir el pago del precio. No obstante, establecen dos límites a este derecho, a saber: que el acreedor pudiera haber realizado una razonable operación de reemplazo sin esfuerzo o coste significativo; o que el cumplimiento no fuera razonable según las circunstancias.

Así pues, la norma propuesta está en consonancia con todos los sistemas presentes en la zona OHADAC respeto de las obligaciones dinerarias. Este precepto se aplica a todas las obligaciones dinerarias, sea cual sea la moneda en que deba realizarse el pago, e incluye a las obligaciones resarcitorias cuando sean de pago de una suma, que es el

supuesto normal. Los cauces procesales para la reclamación serán los marcados por las leyes nacionales.

A pesar de la generalidad con que se ha expresado el precepto, el derecho no es ilimitado, sino que su ejercicio debe adecuarse a un criterio de razonabilidad. Por consiguiente, y en la línea marcada por los PECL y DCFR, cuando las mercancías no hayan sido entregadas o los servicios aún no hayan sido prestados, estos principios aconsejarán la realización de una operación de reemplazo razonable, conforme a las normas sobre mitigación de daños (art. 7.4.3 Principios OHADAC).

2. Cumplimiento específico de obligaciones no dinerarias

Como consecuencia del carácter vinculante u obligatorio del contrato (art. 1.2 Principios OHADAC), el acreedor debería poder reclamar el cumplimiento forzoso no solo de las obligaciones dinerarias, sino también de las no dinerarias. No obstante, este efecto de la obligatoriedad del contrato no es común a todos los ordenamientos presentes en la zona caribeña, ya que mientras en los ordenamientos romano-germánicos se admite sin problemas el cumplimiento específico como remedio ante el incumplimiento de todo tipo de obligaciones, en el *common law* se trata de un remedio excepcional.

En efecto, en los ordenamientos romano-germánicos, la pretensión de cumplimiento se ha considerado tradicionalmente el remedio central, como consecuencia del principio de *pacta sunt servanda*, y se reconoce generalmente en todos los códigos para las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Así en los Derechos de tradición romanista se contienen preceptos que legitiman al acreedor para solicitar del tribunal que se compela al deudor a que realice la entrega (obligaciones de dar cosa determinada); o que se cumpla la obligación a expensas del deudor (obligaciones de dar cosa genérica y obligaciones de hacer); o que se deshaga lo mal hecho también a costa del deudor incumplidor (obligaciones de hacer y de no hacer): arts. 1.546, 1.610, 1.612 CC y 870 CCom colombianos; arts. 692, 693, 694, 695, 696 CC y 463 CCom costarricenses; arts. 233, 289, 290 y 291 CC cubano; arts. 1.184, 1.143 y 1.144 CC francés y dominicano; arts. 1.535, 1.323, 1.324 y 1.327 CC guatemalteco; arts. 974, 933 y 934 CC haitiano; arts. 1.386, 1.357, 1.359 CC y 747 CCom hondureños; arts. 949, 2.027, 2.028, 2.064 CC y 376 CCom mexicanos; arts. 1.885, 1.847, 1.849, 1.850, 1.853, 1.856, 1.858 CC nicaragüense; arts. 1.009, 981, 983, 984 CC y 759, 774 CCom panameños; arts. 1.077, 1.049, 1.051, 1.052 CC y 250 CCom portorriqueños; arts. 997-998 CC santaluciano; arts. 1.167, 1.266, 1.268 CC y 141 CCom venezolanos. Y en la misma línea se regula el cumplimiento específico de obligaciones no dinerarias en los CC holandés y surinamés (arts. 3:296 y 3:299).

Por el contrario, en el Derecho angloamericano los remedios normales frente al incumplimiento son la acción de reclamación de una suma (*action for an agreed sum*), cuando el incumplimiento es de una obligación dineraria, y la reclamación de daños y perjuicios (*action for damages*), en los demás casos. El cumplimiento específico es un remedio excepcional que puede ser concedido discrecionalmente por los tribunales en algunos casos. Cuando la pretensión de cumplimiento recae sobre una obligación de dar o hacer, el remedio se denomina *order* o *decree of specific performance*; y cuando recae sobre una obligación negativa (no hacer algo), se está ante una *injunction*. Sin embargo, la terminología es variable, ya que en ocasiones se utiliza *injunction* para la ejecución forzosa de obligaciones positivas.

La excepcionalidad del remedio [*Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores Ltd* (1997), UKLH 17; secciones 345, 357-369 *Restatement Second of Contracts*] determina que solo se otorgue cuando la indemnización resulta inadecuada para reparar el incumplimiento [*Beswick v Beswick* (1968), AC 58], sea por la imposibilidad o extrema dificultad del cálculo de los daños, sea porque la prestación incumplida es única e irremplazable (*ad ex.* un inmueble determinado o un bien mueble que no se encuentre fácilmente en el mercado o que tiene para el adquirente un valor afectivo). Este es el fundamento también de la previsión del cumplimiento específico en las leyes reguladoras de la compraventa en Inglaterra y en los territorios caribeños bajo su influencia (art. 52 *Sale of Goods* inglesa, de Montserrat, Antigua y Barbuda, Bahamas, y Trinidad y Tobago; art. 53 *Sale of Goods* de Belice; y art. 51 *Sale of Goods* de Jamaica).

No obstante, en Estados Unidos los tribunales han extendido el remedio de cumplimiento específico a los casos de venta de bienes genéricos cuya entrega resulta urgente para el comprador, o cuya sustitución resulta imposible o muy difícil en las circunstancias del caso. Esta tendencia ha sido confirmada legislativamente en la sección 2-716 UCC. Y aunque en Derecho inglés no se aprecia claramente esta corriente en ocasiones ha fundamentado alguna resolución [*Sky Petroleum Ltd v Petroleum Ltd* (1974), 1 WLR 576].

Por otra parte, dado que es un remedio excepcional, los tribunales calibrarán la procedencia del remedio, teniendo en cuenta, por ejemplo, el balance entre el perjuicio que el cumplimiento específico inflige al deudor y el beneficio obtenido por el acreedor, la propia conducta del acreedor o el equilibrio contractual. Además, el remedio no está disponible en los contratos laborales y de servicios personales [*Lumley v Wagner* (1852), EWHC (Ch.) J96; *Duff v Russell* (1891), 14 NY Supp. 134]; ni tampoco en los contratos continuados o de tracto sucesivo (contratos de obra y otras prestaciones de servicios), por la dificultad de controlar el cumplimiento por parte de

los tribunales (*difficulty of supervision);* finalmente se excluye si, por la naturaleza del contrato, las partes no pueden recíprocamente reclamarse el cumplimiento específico.

Este panorama dispar que presentan las legislaciones nacionales obliga a ser cautos a la hora de regular el cumplimiento específico para las obligaciones no dinerarias en los Principios OHADAC, ya que las diferencias entre los ordenamientos romano-germánicos y angloamericanos de la zona caribeña no son únicamente teóricas, y se debe evitar el choque entre principios que resultan básicos en los distintos Estados. De ahí que se haya querido seguir el ejemplo de los textos de Derecho uniforme (arts. 46 CV; art. 7.2.3 PU; art. 9:102 PECL; art. III-3:302 DCFR; art. 110 CESL), concediendo la pretensión de cumplimiento al modo de los sistemas de romano-germánicos (art. 7.2.1), pero regulando excepciones que enlazan con el modelo de *common law* (art. 7.2.2).

Con ello se quiere reconocer las ventajas del remedio del derecho al cumplimiento, que da respuesta a la fuerza obligatoria del contrato y es el más adecuado para la plena satisfacción del derecho del acreedor. Pero también se acepta que este derecho a compeler al deudor para que realice su prestación debe conocer límites.

Por otra parte, al igual que sucedía en el artículo anterior, serán las legislaciones nacionales las que marcarán los cauces procesales para lograr el cumplimiento específico.

3. Alcance del derecho al cumplimiento específico

El segundo apartado de la norma propuesta se refiere al supuesto en que el cumplimiento no es conforme al programa de prestaciones pactado (cumplimiento defectuoso o cumplimiento parcial). Para estos casos, la pretensión de cumplimiento supone el derecho a la subsanación de los defectos del cumplimiento, ya sea mediante la corrección o reparación de la prestación, o mediante el reemplazo de la cosa defectuosa por otra conforme.

En los ordenamientos caribeños de tradición romanista no están reguladas la reparación o reemplazo de la prestación defectuosa, fuera de las acciones edilicias en el contrato de compraventa, que tratan el tema de forma tradicional, esto es, permitiendo al comprador optar entre la rebaja del precio o la resolución (y no por la subsanación del defecto). Estos supuestos solo se regulan para los contratos de consumo (*ad ex.* art. 80 Ley venezolana para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios; arts. 11, 13 y 29 Decreto 3466 de 1982, para Colombia).

Asimismo, en Derecho francés e inglés la transposición de la Directiva 1999/44 proporciona a los consumidores el derecho a que los bienes no conformes sean

reparados o sustituidos (arts. L 211-1 a L 211-18 *Code de la Consommation*; y Parte V *Sale of Goods Act* 1979), pero no existe una regulación general de la pretensión para los contratos comerciales. En Derecho angloamericano, el remedio ordinario ante un cumplimiento defectuoso es la indemnización de daños y perjuicios. El deudor puede evitar la responsabilidad por daños subsanando el defecto, pero no puede ser compelido a ello por el acreedor.

Sí se regula la reparación de la prestación no conforme en el Derecho holandés, tanto de modo general (art. 7:21 CC holandés y surinamés), como en contratos de consumo (art. 7:22 CC holandés y surinamés). Y también se recoge en los textos de Derecho uniforme. Así, el art. 46.2º CV permite al comprador pedir la sustitución si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial; en los demás casos, procederá la reparación según el apartado tercero del mismo artículo. La CESL prevé el derecho de modo general en el art. 110.2º CESL, regulándolo para los contratos de consumo en el art. 111 CESL. Y, por último, disciplinan también el remedio los arts. 7.2.3 PU, 9:102 PECL y III-3:302 DCFR.

El derecho a la reparación o sustitución de la prestación no conforme está sujeto en los Principios OHADAC a los mismos límites que la pretensión general de cumplimiento, y que se enumeran en el artículo siguiente.

Artículo 7.2.2: ***Cumplimiento específico de obligaciones no dinerarias***

El derecho al cumplimiento de una obligación no dineraria se exceptúa cuando:

a) el cumplimiento sea física o jurídicamente imposible; o

b) la prestación sea exclusivamente personal del deudor; o

c) el cumplimiento específico o, en su caso, las vías de ejecución requieran esfuerzos o gastos irrazonables; o

d) el acreedor, dadas las circunstancias, puede obtener satisfacción de forma más razonable; o

e) El acreedor no reclama el cumplimiento en un plazo razonable desde que conoció o debió conocer el incumplimiento.

COMENTARIO:

El artículo propuesto recoge los límites a la pretensión de cumplimiento específico de obligaciones no dinerarias, en consonancia con los ordenamientos jurídicos presentes en la zona OHADAC y con las normas de Derecho uniforme.

El primero de estos límites se refiere a la imposibilidad física o jurídica de incumplimiento, que es una excepción al cumplimiento específico generalmente admitida en todos los sistemas OHADAC. La imposibilidad física se producirá por la pérdida o destrucción de la cosa y la jurídica podrá provenir de la prohibición del incumplimiento por una norma jurídica, una decisión administrativa, etc. En estos casos, quedan abiertas al contratante perjudicado las vías del remedio resolutorio y la indemnización de daños y perjuicios. Si la imposibilidad es solo transitoria, no constituye un verdadero límite para el ejercicio del remedio de cumplimiento específico, salvo que la ejecución de la prestación en una fecha determinada fuera esencial para la satisfacción del interés del acreedor.

> Ejemplo 1: En fecha de 15 de febrero A, fabricante de pesticidas y fungicidas para uso agrario del país X, acuerda con el empresario agrícola B, del país Y, la entrega de 1000 unidades de su producto el día 1 de abril. Llegado el momento del cumplimiento, A no realiza la entrega, al carecer en ese momento de stock suficiente para cubrir el pedido. El día 7 de abril, B reclama el cumplimiento específico, pero el día 5 de ese mismo mes se había publicado una norma reglamentaria por la que las autoridades del país X prohibían la venta y exportación de productos que contuvieran un determinado componente que se utilizaba para la fabricación de los pesticidas. El cumplimiento específico es jurídicamente imposible: B acudirá a la resolución del contrato y/o indemnización de daños y perjuicios.

En el Derecho uniforme se prevé este límite de la imposibilidad en los arts. 7.2.2 (a) PU; 9:102 (2) (a) PECL; III.-3:302 (3) (a) DCFR; 110.3º (a) CESL.

El segundo de los límites es también lugar común en todos los ordenamientos del territorio OHADAC: los casos en que la prestación consiste en un hacer personalísimo del deudor.

Aluden expresamente a este límite los arts. 1.612.1º CC colombiano; 790 CC costarricense; 290 y 293 CC cubano; 1.324 y 1.328 CC guatemalteco; 1.359.1º CC hondureño; 2.027.1º *a contrario* y 2.064 CC mexicano; 1.850 CC nicaragüense; y para el Derecho inglés: art. 16 *Trade Union and Labour Relations Act* 1974; arts. 69-71 *Employment Protection (Consolidation) Act* 1978. En los textos de referencia

contemplan la excepción los arts. 7.2.2 (d) PU; 9:102 (2) (c) PECL y III.3:302 (3) (c) DCFR.

En estos supuestos, forzar al deudor al cumplimiento supondría una vulneración de su libertad. Sin embargo, las leyes procesales de algunos ordenamientos jurídicos han optado por regular medios indirectos para incitar al deudor al cumplimiento: son las multas o *astreintes* del Derecho francés y holandés, y que también se regulan de modo limitado en el art. 7.2.4 PU.

En estos Principios se ha preferido regular estos supuestos como límite al remedio de cumplimiento específico, prescindiendo de las sanciones pecuniarias para compeler a la ejecución, a fin de evitar el choque con los sistemas de *common law.*

La mayor dificultad que entraña esta excepción consiste en definir qué debe entenderse por prestación exclusivamente personal del deudor. Una interpretación demasiado extensa supondría excluir del remedio de cumplimiento específico a la mayoría de las obligaciones que entrañen prestación de servicios (construcción de objetos, asesoría fiscal o jurídica, servicios informáticos…). Y ello porque es evidente que si el acreedor ha elegido contratar a un profesional en vez de a otro es porque confía en sus aptitudes profesionales. Sin embargo, es claro que en numerosas ocasiones las cualidades del deudor no resultan imprescindibles, de forma que otra persona, con análogas cualidades y experiencia, puede realizar la prestación a costa del deudor.

Tampoco se considera una prestación exclusivamente personal el otorgamiento de documento jurídico, ya que siempre que el negocio que se documenta esté determinado en todos sus elementos esenciales la declaración de voluntad del deudor podrá ser sustituida por el juez o árbitro, salvo que ello sea incompatible con la naturaleza del negocio jurídico (art. 3:300 CC holandés y surinamés).

Por cuanto se refiere a las obligaciones personales de no hacer, es posible imponer al deudor la no actividad mediante laudo o sentencia, cuya vulneración dará lugar al resarcimiento de daños.

> Ejemplo 2: A empresa textil del país X, y B, modisto del país Y, han incluido en el contrato de prestación de servicios una cláusula de no competencia, cuya vigencia es de 2 años desde que finalice la relación jurídica entre ambos. A los 5 meses de haber finalizado dicha relación, B contrata prestar sus servicios a C, empresa que se dedica al mismo sector que A, y este solicita del tribunal el cumplimiento de la cláusula durante el plazo convenido en el contrato. Si B incumple la sentencia será responsable por daños y perjuicios.

Otras veces, sin embargo, no cabrá el cumplimiento específico de la obligación personal de no hacer.

> Ejemplo 3: En los mismos hechos del ejemplo 1, si lo pactado en el contrato es una cláusula de confidencialidad, y B vulnera el secreto profesional, el único remedio disponible para A es la indemnización de daños y perjuicios.

En realidad, el ámbito de aplicación de la excepción se integra por aquellos supuestos en que la persona del deudor es única e insustituible (artista o profesional irremplazable), de modo que la realización de la prestación es indelegable; o cuando el cumplimiento implica una relación confidencial y personal entre los contratantes.

> Ejemplo 4: A, del país X, encarga al famoso pintor B, del país Y, la realización de una pintura mural en la sala de juntas de la empresa. Ante el incumplimiento de B, A no podrá hacer uso del remedio del cumplimiento específico, ya que no puede obligar a B a realizar la pintura (ello atentaría contra su libertad personal, amén de repercutir en la calidad de la obra); y tampoco puede sustituirle en el cumplimiento otro artista.

> Ejemplo 5: A, B y C se habían obligado a constituir una sociedad profesional. Sin embargo, A decide a última hora no formar parte de la sociedad y no acude a la firma del acta de constitución. Los demás socios no pueden compeler a A al cumplimiento, ya que ello supondría imponerle el mantenimiento de relaciones personales contra su voluntad. El remedio disponible ante el incumplimiento de A será la indemnización de daños y perjuicios.

Los dos siguientes límites al ejercicio del remedio de cumplimiento específico se fundamentan en la irrazonabilidad de la pretensión. Algunas veces, el cumplimiento no es imposible ni tampoco personalísimo del deudor, pero no es razonable exigirlo por suponer para el deudor un esfuerzo o gasto excesivo, en relación con las ventajas que de ello obtiene la parte perjudicada por el incumplimiento; o por poder este obtener fácilmente una operación de reemplazo suficientemente satisfactoria. En definitiva, dado que el cumplimiento específico puede suponer en ocasiones una medida demasiado contundente, debe ponderarse en cada caso su procedencia, en atención al parámetro de la razonabilidad.

Las excepciones señaladas enlazan con la regulación del cumplimiento específico en los ordenamientos de *common law.* Y, aunque no se prevén expresamente en los ordenamientos OHADAC de tradición francesa o española, tampoco es absolutamente extraña a estos, ya que pueden fácilmente deducirse del principio de buena fe y de la prohibición del abuso del derecho. Sí se recoge en el Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 (art. 129) y en los textos de Derecho

uniforme [art. 46.3 CV; art. 7.2.2 (b) y (c) PU; art. 9:102 (2) (b) y (d) PECL; art. III-3:302 (3) b) DCFR; art. 110.3º (b) CESL].

El límite contenido en la letra c) se expresa en términos de "esfuerzo o gasto excesivo", a fin de evitar que se identifique con una onerosidad exclusivamente económica. La norma abarca los supuestos en que el coste es desproporcionado, y también aquellos en los que el cumplimiento supone para el deudor unos inconvenientes exorbitantes en relación con el beneficio que la prestación reporta al acreedor.

> Ejemplo 6: En un contrato de obra para la realización de una piscina de medidas especificadas en el contrato, la empresa constructora incumplió entregando una piscina que difería en 10 cm de lo pactado. Solicitado el cumplimiento específico por la propietaria, la pretensión no prosperará, ya que el alto coste económico y el esfuerzo de subsanación del defecto de cabida es desproporcionado con el beneficio de obtendrá la parte perjudicada por el incumplimiento.
>
> Ejemplo 7: A arrienda a B una finca para su utilización como campo de pruebas de vehículos automóviles "cuatro por cuatro", estableciéndose en el contrato una cláusula por la que, al terminar el contrato, el terreno debe ser entregado perfectamente alisado. B incumple esta cláusula, y A demanda el cumplimiento específico que, sin embargo, no es estimado. El fundamentación de la denegación de la pretensión se basa en que la finca se había arrendado a continuación a una empresa de actividades de ocio, para la realización de rutas de quads, a las que favorecía la irregularidad del terreno. Aunque el coste del cumplimiento de la cláusula contractual no es muy alto, este no conlleva ningún beneficio para A. El ejercicio de la pretensión no es razonable.

La existencia de una operación de reemplazo razonable [letra d)] es también importante a la hora de apreciar la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico. Para la valoración de la "razonabilidad" no solo hay que tener en cuenta la naturaleza de los bienes objeto del contrato, sino también las circunstancias en que se produce el incumplimiento y el esfuerzo que entraña para la parte perjudicada acudir a un proveedor sustituto.

Finalmente, la letra e) del precepto propuesto impone un límite indirecto a la pretensión de cumplimiento específico sobre la base del ejercicio tempestivo. Así, la parte perjudicada pierde el derecho al cumplimiento, si no lo reclama dentro de un plazo razonable desde que conoció o debiera haber conocido del incumplimiento.

La regla procede del Derecho inglés y se recoge también en los arts. 46.2º y 3º CV; 7.2.2 e) PU; 9:102 (3) PECL y III-3:302 (4) DCFR. Esta regla es análoga a la que se prevé en el art. 7.3.3 (3) de estos Principios para el ejercicio del derecho a resolver y, como aquella, tiene la finalidad de proteger al deudor de los inconvenientes que pueden

derivarse de un ejercicio extemporáneo del derecho de cumplimiento, e impedir los posibles abusos y especulaciones de acreedores poco escrupulosos, en detrimento del mercado. Se trata de evitar que la parte incumplidora deba tener preparado el cumplimiento (teniendo disponible la cosa o no contratando sus servicios con otra persona), hasta que el acreedor tenga a bien solicitárselo.

Qué es un plazo razonable dependerá de cada contrato y de la naturaleza de los bienes, así como de las circunstancias del incumplimiento. El plazo correrá desde que la parte perjudicada conoció o debiera haber conocido el incumplimiento, cuando este sea esencial. Y en caso de incumplimiento no esencial, el plazo razonable empieza a contar desde que finaliza el plazo adicional concedido para el cumplimiento, de acuerdo con el art. 7.1.6 de los Principios OHADAC.

La pérdida del derecho por ejercicio intempestivo no debe confundirse con la prescripción de la acción, que también limita el ejercicio del derecho conforme a lo establecido en el capítulo 9 de estos Principios.

Sección 3. Resolución

Artículo 7.3.1: *Derecho a resolver el contrato*

1. **Una parte puede resolver el contrato en caso de incumplimiento esencial de la otra parte.**
2. **También puede resolver el contrato ante un incumplimiento no esencial por la otra parte, cuando transcurrido el periodo suplementario otorgado de acuerdo con el artículo 7.1.6, la otra parte no ha cumplido o reparado el incumplimiento, a menos que las consecuencias sean de importancia menor.**

COMENTARIO:

1. La configuración del incumplimiento resolutorio según un modelo objetivo

En todos los sistemas jurídicos, el remedio resolutorio es consecuencia del sinalagma. Así, en los contratos bilaterales o recíprocos, cada una de las partes solo está obligada a realizar su prestación bajo reserva de recibir la que le ha sido prometida y en consecuencia, frente al incumplimiento de la otra parte, el perjudicado tiene derecho a liberarse de la obligación que le incumbe. Sin embargo, la posibilidad de resolver el

contrato en caso de incumplimiento choca con un principio cardinal del Derecho de contratos: *pacta sunt servanda*. Por esta causa, y por otras razones de orden práctico y económico, los distintos ordenamientos jurídicos ponen más o menos trabas y requisitos al remedio resolutorio.

La investigación o no de la causa del incumplimiento para conceder al acreedor insatisfecho la posibilidad de resolver el contrato marca la diferencia en los ordenamientos del área caribeña entre los modelos subjetivos u objetivos de incumplimiento resolutorio.

En los sistemas "culpabilísticos", la resolución aparece con un acusado carácter sancionatorio (resolución-sanción de Derecho privado), y se concibe como un reproche a la conducta negligente o dolosa del deudor incumplidor; mientras que las hipótesis de incumplimiento no culpable se reconducen a la doctrina de los riesgos (*ad ex.* arts. 1.068-1.072 CC panameño; art. 1.344 CC venezolano). En cambio, en los sistemas anglosajones la imputabilidad o no del incumplimiento no condiciona el derecho a resolver el contrato (en el mismo sentido, art. 6:265.1º CC holandés y surinamés).

En el Derecho uniforme, impera también la tendencia objetiva. En los PU, el acreedor insatisfecho tiene derecho a resolver el contrato con total independencia del criterio de imputación (arts. 7.3.1 y ss.). De forma parecida, en la CV la parte perjudicada por el incumplimiento podrá acudir al remedio resolutorio siempre que se den las condiciones requeridas (incumplimiento esencial), independientemente de la culpa (arts. 45 y 61).

Por su parte, los PECL y el DCFR, a pesar de acoger un concepto unitario y objetivo del incumplimiento, distinguen en la regulación de la resolución los supuestos en que el incumplimiento se debe a un impedimento total y permanente del que el deudor no ha de responder, en cuyo caso el contrato queda resuelto automáticamente [arts. 9.303 (4) PECL y III-3:104 (4) DCFR]. Y en la misma línea se sitúa el art. 126 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013.

Esta última solución es la que se ha preferido adoptar para los Principios OHADAC, en consonancia con algunos Derechos vigentes en la zona, en los que el contrato queda "automáticamente destruido" como consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento debida a fuerza mayor (art. 7.1.8 de estos Principios). Se adopta un concepto objetivo de incumplimiento resolutorio, afectando las especialidades por la concurrencia de causa de justificación únicamente al régimen de la resolución, que será *ipso iure* en este caso (apartado cuarto del art. 7.1.8).

2. El incumplimiento grave o esencial o la concesión de un periodo suplementario para el cumplimiento como requisitos para la resolución

La mayoría de los sistemas de tradición romanista, por influencia del art. 1.184 CC francés, articulan la resolución por incumplimiento como una condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, para el caso en que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe (art. 1.546 CC colombiano; art. 692 CC costarricense; art. 1.184 CC dominicano; art. 1.535 CC guatemalteco; art. 974 CC haitiano; arts. 1.386 CC y 747 CCom hondureños; art. 1.949 CC mexicano; art. 1.885 CC nicaragüense; art. 1.009 CC panameño; art. 1.077 CC portorriqueño; art. 141 CCom venezolano). Excepciones a la regla son el art. 306 CC cubano, que regula la resolución entre las causas de extinción de las obligaciones; y el art. 1.167 CC venezolano, que la disciplina entre los efectos del contrato, como un efecto específico de los contratos bilaterales. Y en la mayoría de los códigos de comercio tampoco se regula según el patrón de la condición resolutoria implícita, ya sea prevea de modo general (arts. 870 CCom colombiano) o para contratos particulares (*ad ex.* arts. 973 y 1.325 CCom colombiano; art. 463 CCom costarricense; art. 329 CC cubano; art. 711 CC guatemalteco; art. 376 CCom mexicano; art. 759 CCom panameño; art. 250 CC portorriqueño)

Debido a esta ausencia de articulación de la resolución como un remedio propiamente dicho frente al incumplimiento, estos códigos de herencia francesa y española no delimitan los criterios para su ejercicio exigiendo positivamente, por ejemplo, un incumplimiento esencial. Sin embargo, dicho requisito ha sido reclamado por la doctrina y por la jurisprudencia sobre la base de razones de equidad (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 18 diciembre 2009, Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01; 22 octubre 2003, Exp. 7451; y 11 de septiembre de 1984, *Gaceta Judicial*, tomo 176, n° 2415). El Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 (art. 132) también establece la gravedad del incumplimiento como presupuesto del remedio resolutorio.

Tradicionalmente, los sistemas inglés y estadounidense (y los ordenamientos de su influencia), han arbitrado filtros para evitar el recurso indiscriminado a la resolución contractual. En su aproximación clásica, estos Derechos dividen las cláusulas contractuales en *conditions* y *warranties*, otorgando a la parte perjudicada solo el incumplimiento de las primeras el derecho a resolver el contrato (*ad ex.,* siguiendo el régimen de la sección 53 *Sale of Goods Act* inglesa: sección 53 *Sale of Goods Act* de Bahamas, Montserrat, Antigua y Barbuda y Trinidad y Tobago, con redacción idéntica; y secs. 52 y 54 *Sale of Goods Act* de Jamaica y Belice, respectivamente).

También se permite a un contratante resolver el contrato (aun no estando en presencia de una *condition*), ante una *renunciation* o *repudiation* del contrato por la otra parte. Se puede decir que un deudor repudia el contrato cuando manifiesta con su

comportamiento o palabras su intención de no cumplir o declara expresamente que le será imposible ejecutar la prestación en sus términos esenciales.

No obstante, la rígida clasificación entre los *contractual terms* se flexibiliza por vía judicial y legislativa y así, en algunos casos los jueces aprecian que la cláusula es de tipo "intermedio" (*intermediate o innominate term*), permitiendo la resolución sobre la base de valorar si el incumplimiento es *sufficently serious* y supone consecuencias graves para el acreedor [*Hong-Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* (1962), 2 QB 26]. La introducción de la tercera categoría de cláusulas contractuales ha servido para poner el acento de la resolución en las consecuencias del incumplimiento, aunque tal desplazamiento de criterio ha sido más formal que material, pues desde el punto de vista histórico y práctico, el principio para considerar que un incumplimiento faculta para resolver fue que tuviera gravedad, esto es, que sus consecuencias afectaran de manera seria al resultado o beneficio que el acreedor pretendía obtener con el contrato. Es el principio conocido como *substancial failure in performance* para los territorios dependientes de EE.UU. [Article 2, Part. 7: *Remedies* UCC; secciones 241 y 242 *Restatement Second of Contracts*].

Por su parte, en los CC holandés y surinamés, el filtro utilizado para evitar resoluciones caprichosas es la técnica del *Nachfrist*. Así, mientras que el incumplimiento fuere aún posible no podrá el acreedor declarar resuelto el contrato sin constituir previamente en mora al deudor (art. 6:265.2º CC holandés y surinamés). En consecuencia, deberá el acreedor intimar por escrito al deudor otorgándole un plazo adicional para que lleve a cabo el cumplimiento. Y solo después de transcurrido este de modo insatisfactorio, procederá la resolución. No se exige la mora ni el plazo adicional cuando las partes hayan pactado un término esencial (*fatale termijn)*. También cabe la resolución sin plazo si la ejecución de la prestación es temporal o definitivamente imposible, sin que importe si es debido a su culpa o a fuerza mayor. Como límite relativo a la entidad del incumplimiento, el precepto citado descarta la resolución cuando el incumplimiento "a la vista de su naturaleza o su importancia menor, no justifica la resolución y sus efectos".

En el mismo sentido, el Derecho uniforme utiliza un mecanismo combinado del incumplimiento esencial (*fundamental breach*) y de la técnica del *Nachfrist*. Este régimen de resolución puede encontrarse en los arts. 49 y 64 CV; 7.3.1 PU; 9:301 PECL; III-3:502 DCFR; y 114 y 134 CESL.

Siguiendo esta línea de inspiración, los Principios OHADAC adoptan una solución que, aunque no está recogida en algunos de los Derechos nacionales, sin embargo no les resulta extraña. La facultad de resolver el contrato se concede al contratante

insatisfecho ante cualquier incumplimiento, comprendiendo el retraso y el cumplimiento defectuoso. En presencia del incumplimiento esencial previsto en el art. 7.1.2 o en una cláusula establecida por las partes contratantes, el acreedor perjudicado podrá resolver el contrato, sin necesidad de concesión de un periodo suplementario, que en estos casos carece de sentido. Pero, si el cumplimiento sigue siendo posible y útil al acreedor (incumplimiento no esencial, sea por demora o por existencia de defectos en la prestación), podrá conceder un plazo adicional, a fin de otorgarle una última oportunidad para cumplir. El régimen previsto en el art. 7.1.6 implica que el acreedor tiene derecho a resolver el contrato una vez transcurrido el plazo, aunque se trate de un incumplimiento no esencial. No obstante, se introduce una corrección a fin de evitar que el contratante oportunista utilice la vía de la resolución para escapar de un mal negocio, alegando un incumplimiento de escasa importancia. Por esta causa se establece que no podrá ejercitarse el remedio resolutorio cuando el incumplimiento es de naturaleza menor, salvedad que, como hemos visto, recogen también el art. 6:265 CC holandés y surinamés y la Directiva 1999/44/CE (art. 3.6).

Artículo 7.3.2. *Incumplimiento anticipado e insuficiencia de garantías*

1. **Si antes de la fecha de cumplimiento del contrato resulta patente y manifiesto que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.**
2. **Cuando una parte tenga fundados motivos para creer que se producirá un incumplimiento esencial de la otra parte, puede conceder a esta un plazo razonable para que preste una garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, suspender su propia prestación. Si transcurrido el plazo esta garantía no es otorgada, tendrá derecho a resolver el contrato.**

COMENTARIO:

1. Resolución del contrato por incumplimiento anticipado

La regla propuesta en el apartado primero recoge lo que en el Derecho anglosajón se denomina *anticipatory breach of the contract*, permitiendo que una parte resuelva el contrato antes de la fecha de cumplimiento, ante un incumplimiento esencial

previsible para el acreedor. La institucionalización de esta figura resulta no solo útil al acreedor, que puede de este modo utilizar los remedios frente al incumplimiento, sin esperar a que se frustre definitivamente su interés contractual y acudir a un mercado alternativo para obtener una prestación sustitutiva, sino también al deudor, que podrá ver minimizado el daño que está obligado a reparar por su incumplimiento.

El derecho de resolución reconocido por este precepto ante un incumplimiento previsible se fundamenta en la idea de que no se puede pretender que una parte del contrato siga vinculada por él, cuando resulta claro que la otra parte no puede cumplir o no lo hará en la fecha prevista. El reconocimiento de este derecho como medio de protección del crédito supone una equiparación entre el incumplimiento esencial previsible y el incumplimiento esencial de una obligación ya vencida; por consiguiente, la parte que resuelve el contrato ante un incumplimiento previsible está legitimada para utilizar cualquiera de los remedios que los Principios prevén para el caso de incumplimiento, incluida la reclamación de indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, no se podrán reclamar los daños si, llegado el vencimiento de la obligación, concurre una causa de justificación del incumplimiento *ex* art. 7.1.8 de estos Principios.

El origen de esta regla se encuentra en el *common law* [*Hochster v de La Tour* (1853), 2 E&B 678]; *Universal Cargo Carriers Corp v Citati* (1957), 2 QB 401; *Frost v Knight* (1872), LR 7ex 111; *Federal Commerce & Navigation Ltd v Molma Alpha Inc* (1979), AC 757; y *Woodar Investment Development Ltd v Wimpey Construction UK Ltd*, (1980), WLR 277] y ha sido expresamente reconocido por la sección 250 del *Restatement Second of Contracts* y por la sección 2-610 UCC. Paralelamente, en los países OHADAC tributarios del Derecho angloamericano, la jurisprudencia reconoce expresamente este remedio frente al incumplimiento, permitiendo al acreedor la resolución del contrato cuando el deudor manifiesta claramente su intención de no cumplir [sentencia de la *High Court* de Trinidad y Tobago en *Jemmott v Rodríguez* (2009), No. 2888 de 2006 (Carilaw TT 2009 HC 49)].

En los ordenamientos romanistas no existen disposiciones que, con carácter general, permitan resolver el contrato ante un incumplimiento previsible del deudor. Sin embargo, esta figura no es totalmente desconocida en estos sistemas, que permiten ejercitar la acción resolutoria ante una situación de previsible incumplimiento, particularmente en materia de compraventa (art. 1.530 CC venezolano). Por otra parte, existe una línea jurisprudencial favorable a la resolución del contrato por incumplimiento intencional del deudor, que permitiría reconocer este remedio frente al incumplimiento al amparo de lo dispuesto en los arts. 1.546 CC colombiano, 306 CC cubano, 1.184 CC dominicano y francés, 1.432 CC guatemalteco, 1.386 CC

hondureño, 1.949 CC mexicano, 1.009 CC panameño, 1.077 CC portorriqueño, o 1.167 CC venezolano.

Más explícita es la regulación del incumplimiento en el art. 6:80 CC holandés y surinamés y en el Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 (art. 128). Los arts. 116 y 136 CESL contemplan el riesgo de incumplimiento anticipado por parte del comprador o del vendedor, respectivamente, como causa que legitima a la otra parte para resolver el contrato si dicho incumplimiento fuera esencial.

Del mismo modo, la figura del incumplimiento anticipado ha sido expresamente asumida por los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual (art. 72.1 CV; art. 7.3.3. PU; art. 9:304 PECL; art. 3:504 DCFR) que, como en los Principios, exigen la concurrencia de dos presupuestos para permitir al acreedor la resolución del contrato antes de la fecha de vencimiento de la obligación.

En primer lugar, es necesario que el incumplimiento futuro sea evidente [*Chilean Nitrate Sale Corp v Marine Transport Co Ltd (The Hermosa)* (1982), All ER 234], sin que sea suficiente la mera sospecha, aun bien fundada; en consecuencia, debe concurrir en el deudor una falta de capacidad o de voluntad obvias para cumplir, que podrán ser expresamente declaradas por el deudor o puestas de manifiesto con su conducta. En otro caso, cuando el comportamiento del deudor solamente genere dudas en torno a su voluntad o capacidad para cumplir la prestación, estaremos en el supuesto de hecho del apartado segundo de este precepto, que permite a la parte perjudicada solicitar una garantía de cumplimiento en un plazo razonable. La disposición será también de aplicación cuando se amenace con un retraso en el cumplimiento: si una parte indica que cumplirá, pero que lo hará con retraso, la parte perjudicada podrá resolver el contrato si el momento del cumplimiento constituye un término esencial.

En segundo lugar, es preciso que el incumplimiento que se prevé sea esencial [*Afovos Shipping Co SA v Pagnan and Lli (The Afovos)* (1983), 1 WLR 195], en el sentido del art. 7.1.2 Principios OHADAC, de manera que cause al acreedor un perjuicio cualificado, que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la otra parte no hubiere previsto o no hubiere podido prever, en buena lógica, ese resultado.

> Ejemplo: Una empresa familiar dedicada al diseño, fabricación y comercialización de productos de joyería, firma un contrato con un comprador por el que acuerda la entrega de 100 piezas únicas especialmente diseñadas para un evento que tendrá lugar el día 5 de enero. El 2 de enero, la empresa familiar comunica a su cliente la

imposibilidad de entregar a tiempo las joyas, por lo que el cliente puede resolver el contrato.

2. Resolución del contrato por insuficiencia de garantías de cumplimiento

Así como en el apartado primero se exigía la evidencia del incumplimiento esencial, el segundo apartado de este Principio se conforma con la existencia en el acreedor de una fundada o razonable sospecha en tal sentido. De ahí que las medidas previstas no sean las mismas, ya que en este segundo caso el contratante no está facultado directamente para resolver.

En aras a la protección de su interés, la vía de solución que esta norma ofrece a la parte contratante que teme el incumplimiento esencial de la otra consiste en suspender su propio cumplimiento (si todavía no ha realizado su prestación), mientras solicita a la otra parte que, en un plazo razonable, preste las garantías adecuadas que le permitan confiar en el cumplimiento.

Si el acreedor no recibe dichas garantías y sigue creyendo de modo fundado y razonable que la otra parte incumplirá, podrá resolver el contrato conforme a lo previsto en el artículo 7.3.3 de estos Principios, ya que la no prestación de la garantía de cumplimiento se considera como incumplimiento anticipado de la obligación y abre la vía del remedio resolutorio.

> Ejemplo 1: A del país X, arquitecto de renombre y propietario de una empresa constructora, se obliga a realizar el proyecto y la obra de los nuevos edificios que albergarán las oficinas de la mercantil B, del país Y, y que deberán estar entregados en una fecha determinada, fijada en el contrato como término esencial. Poco tiempo después de la firma del contrato, B tiene conocimiento de que A ha aceptado otro proyecto de gran magnitud. Temiendo entonces que su obra no esté terminada en el plazo previsto, B solicita de A que en plazo de diez días le asegure de forma razonable que cumplirá en tiempo. Si A no lo hace, B tendrá derecho a resolver el contrato.

La regla general sobre el *"adequated assurance of performance"* ha sido desarrollada en el Derecho estadounidense y se encuentra recogida en la sección 2-609 UCC, pero no se consagra específicamente en ningún otro ordenamiento jurídico de la zona. Sin embargo, algunos de estos sistemas sí regulan para el contrato de compraventa la facultad del vendedor de retener su cumplimiento ante la sospecha de incumplimiento de la otra parte, fundamentalmente ante el riesgo de insolvencia, si bien no conceden la facultad de resolver. Así lo hacen los arts. 1.073 CC costarricense; 1.613 CC dominicano y francés; 1.624 CC hondureño; 2.287 CC mexicano; 2.594 CC nicaragüense; 1.237 CC panameño; 1.356 CC portorriqueño; 1.407 CC santaluciano; 1.493 CC venezolano. En el Derecho inglés, sin embargo, no encontramos normas

equivalentes. Recoge expresamente la norma el art. 6:80 (1) (c) CC holandés y surinamés, así como en el Derecho armonizado (art. 7.3.4 PU; art. 8:105 PECL; art. III-3: 505 DCFR).

En qué consistan estas garantías razonables dependerá de cada contrato y de las circunstancias concurrentes en cada caso, aunque se ha de tener en cuenta que la regla no debe ser interpretada en el sentido de exigir al deudor la prestación de garantías propiamente dichas desde el punto de vista jurídico (reales o personales), sino que, en ocasiones, será suficiente un simple compromiso de cumplimiento por parte del deudor u otras actuaciones de este susceptibles de suscitar en el acreedor la confianza en el cumplimiento.

> Ejemplo 2: En el supuesto del contrato de obra del ejemplo 1, bastará que B se comprometa a cumplir, probando a A, además, que ha aumentado su plantilla de trabajadores a fin de poder atender a los dos proyectos.

Artículo 7.3.3: *Ejercicio de la resolución*

1. **Salvo estipulación en contrario, el derecho a resolver el contrato se ejercitará mediante notificación a la otra parte.**
2. **Cuando el acreedor ha otorgado un plazo suplementario de cumplimiento indicando, conforme al párrafo tercero del artículo 7.1.6, que el contrato se entenderá resuelto automáticamente si el deudor no cumple su obligación en el plazo otorgado, no será necesaria nueva notificación y el contrato quedará resuelto al finalizar el periodo suplementario o el tiempo razonable desde el momento de su notificación.**
3. **Cuando el ofrecimiento de cumplimiento es tardío o el cumplimiento no es conforme, el acreedor pierde su derecho a resolver si no lo ejercita en un plazo razonable desde que haya conocido o debido conocer el ofrecimiento o el cumplimiento no conforme, o en su caso desde la expiración del periodo suplementario para el cumplimiento.**

COMENTARIO:

La propuesta adopta un sistema de resolución extrajudicial por simple notificación a la parte incumplidora realizada por el contratante perjudicado por el incumplimiento. Se trata del modelo al que actualmente se está convergiendo en el Derecho comparado y que podemos encontrar, con algunas diferencias de régimen, en las tradiciones holandesa y angloamericana.

Sin embargo, los ordenamientos jurídicos de tradición romanista adoptan, en línea de principio, un modelo de resolución judicial, herencia del art. 1.184 CC francés y, por influencia de este, del art. 1.124 CC español. Verificado el incumplimiento, no podrá el acreedor declarar unilateralmente resuelto el contrato, sino que deberá demandar judicialmente la resolución. La decisión acerca de la resolución queda en definitiva en manos del juez, que controlará *a priori* la oportunidad de acudir a este remedio. El sistema es deudor de la concepción de la resolución como sanción, cuya aplicación debe ser controlada por el juez (art. 1.546 CC colombiano; art. 692 CC costarricense; art. 1.184 dominicano y francés; art. 1.582 guatemalteco; art. 974 CC haitiano; art. 1.386 CC hondureño; art. 1.949 CC mexicano; art. 1.885 CC nicaragüense; art. 1.009 CC panameño; art. 1.077 CC portorriqueño; art. 1.167 CC venezolano).

A pesar de ello, el modelo reconoce excepciones a la resolución judicial. Tradicionalmente, los códigos han regulado una para la compraventa de bienes muebles, en la que se prevé una resolución *ipso iure* o automática cuando el comprador no se haya presentado a recoger la cosa en el plazo previsto (art. 1.085 CC costarricense; art. 1.657 CC francés y dominicano; art. 1.442 CC haitiano; art. 1.664 CC hondureño; art. 1.2752º CC panameño; art. 1.394 CC portorriqueño; art. 1.531 CC venezolano). Otra excepción a la resolución judicial, esta vez convencional y no legal, se da en presencia de una cláusula resolutoria expresa en la compraventa de bienes inmuebles (art. 1.656 CC francés y dominicano; art. 1.441 CC haitiano; arts. 1.663 CC hondureño; art.1.275.1º CC panameño; art. 1.393 CC portorriqueño).

Además, en la mayoría de estos sistemas la resolución judicial ha sido relajada por la jurisprudencia, en aras a la facilitación del tráfico jurídico y económico. En una palabra, la necesidad de acudir al juez para resolver el contrato ante un incumplimiento no es sentida en estos Derechos como un principio lógico indiscutible e irrenunciable. El Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013 va en la línea de la supresión de este requisito.

Característica peculiar del Derecho holandés es que acoge los dos modelos, permitiendo al acreedor perjudicado optar entre ambos (art. 6:267.1º CC holandés y surinamés).

El Derecho angloamericano sigue un modelo de resolución extrajudicial caracterizado por sus escasos requisitos formales. La resolución del contrato por incumplimiento no se produce de modo automático, sino que el acreedor tiene la facultad de optar entre resolver el contrato o mantenerlo. Es prerrogativa del acreedor insatisfecho elegir entre un remedio u otro, valorando sus consecuencias económicas, sin que el automatismo de la medida pueda imponerle una inoportuna resolución. El problema se centra en determinar cómo habrá de ejercitar el acreedor dicha facultad de opción. En este punto, la amplia libertad formal que reconocen estos sistemas permite que el remedio resolutorio pueda ejercitarse sin necesidad de declaración alguna del acreedor, bastando que evidencie con su conducta de forma "inequívoca" la decisión de terminar con el contrato [*Sookraj v Samaroo* (2004), UKPC 50]. Normalmente, el silencio o la mera inactividad no serán suficientes a este fin, aunque la regla no es absoluta, ya que en ocasiones el silencio manifiesta de forma clara que el contrato se da por terminado [*Vitol SA v Norelf Ltd* (1996), AC 800].

No obstante lo anterior, en la mayoría de supuestos la resolución será ejercitada mediante notificación del acreedor al deudor; e incluso se exige a veces por la ley. Pero no se necesita la notificación cuando el acreedor, a fin de satisfacer el deber de mitigación de daños, ha llevado a cabo un contrato de sustitución del incumplido, en cuyo caso se entiende que ha optado por la resolución [*Guston v Richmond-upon-Thames LBC* (1981); sección 2.706 UCC; sección 48.3 *Sale of Goods Act* inglesa y de Bahamas, Montserrat, Antigua y Barbuda y Trinidad y Tobago; secs. 47.3 y 49.3 *Sale of Goods Act* de Jamaica y Belice, respectivamente].

En el Derecho uniforme, el derecho a resolver se ejercita extrajudicialmente a través de la declaración unilateral del acreedor perjudicado. Así lo establecen los artículos 26 CV y 118 y 138 CESL.

El ejercicio mediante notificación a la otra parte se prevé asimismo en los arts. 7.3.2. (1) PU, 9:303 (1) PECL y III-3:507 (1) DCFR. Estos textos configuran además los límites del derecho a resolver [art. 7.3.2. (2) PU; art. 9:303 (2) PECL; art. III-3:508 (1) DCFR].

Finalmente, con respecto a la forma que habrá de adoptar la declaración de voluntad del acreedor por la que este declara resuelto el contrato, con carácter general la mayoría de los ordenamientos se decantan por la libertad de forma, aunque no de manera tan extrema como hemos visto en el sistema de *common law*. Siguiendo este principio, el CV (art. 26) habla únicamente de *notice*, igual que los PU [art. 7.3.2 (1)], los PECL [art. 9.303 (1)], el DCFR [art. III-3.507 (1)] y la CESL (arts. 118 y 138). Los dos textos de los Principios y el del DCFR, al establecer el concepto de "notificación", explican que este puede realizarse por cualquier medio apropiado a las circunstancias

[arts. 1.9 PU; 1.303 (1) PECL; art. I-1.109 (2) DCFR]. La tendencia a la libertad formal presenta excepciones en algunos sistemas. Tal es el caso del ordenamiento jurídico holandés y surinamés, que exige que la declaración del acreedor se realice por escrito (arts. 6:267 CC holandés y surinamés), aunque sin requerir forma escrita específica, por lo que bastará el documento privado (art. 3:37.1º CC holandés y surinamés).

En consonancia con estos textos, en los Principios OHADAC el derecho a resolver se ejercita, salvo pacto en contrario, mediante una declaración unilateral de la parte perjudicada a la otra parte, optándose por la sencilla fórmula de la notificación (apartado primero), con libertad de forma, sin perjuicio de que en la práctica se aconseje la forma escrita, a fin de facilitar la prueba.

La resolución supone, pues, el ejercicio por parte del acreedor de una facultad de configuración jurídica o derecho potestativo. El modelo presenta ventajas evidentes desde el punto de vista práctico, ya que además de la flexibilidad, eficacia y menor coste económico del remedio, se consigue eliminar la incertidumbre que planea sobre el contrato en la hipótesis de la resolución judicial durante todo el tiempo que dura el proceso, favoreciendo la celeridad del tráfico. Ello no quiere decir que las partes puedan recurrir al recurso indiscriminadamente y sin control; antes bien, la exigencia de incumplimiento esencial o grave o el otorgamiento del plazo adicional de cumplimiento, como presupuestos del derecho a resolver, están sometidos a contestación por la parte perjudicada, quedando abierta la vía del litigio en caso de desacuerdo.

En los casos de resolución por transcurso del plazo adicional de cumplimiento, normalmente la parte perjudicada emitirá dos notificaciones a la otra parte: la primera fijando el nuevo término de gracia y la otra declarando la resolución. No obstante, conforme a lo establecido en el art. 7.1.6 (3) de estos Principios, es posible que el acreedor en una única notificación conceda el nuevo plazo y declare que si el deudor no cumple dentro de él, el contrato quedará automáticamente resuelto a su expiración. Esta posibilidad se prevé también expresamente en los arts. 7.1.5 (3) PU; 8:106 (3) PECL; III-3:507 DCFR; 115.3 y 135.3 CESL. En tales supuestos, sería reiterativa una nueva notificación, por lo que el apartado segundo del precepto la dispensa.

Y, por último, en el apartado tercero se establecen los límites al derecho resolver sobre la base de un ejercicio tempestivo, como se ha visto en el art. 7.2.2 (4). En los casos de cumplimiento tardío y cumplimiento no conforme, el silencio del acreedor puede hacer pensar al deudor que aquel acepta la prestación, y que no va a ejercitar la resolución. Por esta causa, la parte perjudicada deberá comunicar su decisión de resolver el contrato dentro de un plazo razonable. Cuando el acreedor ha concedido al

deudor un periodo suplementario para el cumplimiento, el plazo razonable para la notificación de la resolución comenzará a contar desde la finalización de dicho periodo adicional; y en los demás casos, se computará desde que conoció o debiera haber conocido el ofrecimiento del cumplimiento fuera de plazo o la falta de conformidad la prestación.

Qué debe entenderse por un "plazo razonable" dependerá de cada contrato, de la naturaleza del objeto, del plazo inicialmente fijado para el cumplimiento y de las circunstancias del incumplimiento. Así, en caso de bienes perecederos el plazo se acorta, y también en los que sea posible la obtención con facilidad de una operación de reemplazo, a fin de evitar abusos aprovechando la fluctuación de los precios.

Artículo 7.3.4: ***Efectos de la resolución***

1. **La resolución libera a las partes de sus obligaciones respectivas para el futuro.**
2. **La resolución no afectará a las estipulaciones relativas a la solución de controversias, ni cualesquiera otras que regulen los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.**
3. **Cada parte puede solicitar la restitución de su prestación, siempre que proceda simultáneamente a la restitución de la recibida. Si la restitución material de las prestaciones resulta imposible o irrazonable, la restitución tendrá lugar por equivalente. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo por fuerza mayor**.
4. **La parte obligada a la restitución tiene la obligación de devolver los beneficios percibidos de la cosa, y derecho a que le sean indemnizados los gastos necesarios o de conservación.**

COMENTARIO:

1. El efecto liberatorio de la resolución del contrato

Dos son las consecuencias típicas de la resolución del contrato: la liberación de las partes de las obligaciones aún no cumplidas (efecto liberatorio) y la posible restitución de las prestaciones ya recibidas (efecto restitutorio).

En los sistemas caribeños de tradición romanista, la articulación de la resolución por incumplimiento como una condición resolutoria implícita en los contratos sinalagmáticos (comentario al art. 7.1.1) implica la aplicación de los efectos típicos de aquellas: dejar las cosas en el estado preexistente a la celebración del contrato. Esta eficacia *ex tunc* es asimilable a la que se da en los supuestos de nulidad del contrato. Sin embargo, esta teórica resolución-anulación del contrato es fuente de problemas en la aplicación práctica, razón por la cual la jurisprudencia reconoce importantes excepciones a la regla de la eficacia retroactiva, como son las relativas a las cláusulas contractuales de solución extrajudicial de controversias y a los contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica.

Por el contrario, en los sistemas inglés y americano y los Derechos de su influencia la resolución solo produce efectos desde que se ejercita por el acreedor, no afectando a las obligaciones cumplidas ni a las exigibles antes de la resolución. Así pues, el efecto liberatorio opera solo hacia delante: las partes se liberan de las obligaciones aún no vencidas en el momento de la resolución, pero continúan obligadas a cumplir aquellas vencidas con anterioridad. Y la misma idea es la recogida en ordenamientos del ámbito holandés, en los que la resolución carece de efectos retroactivos [arts. 6:269 y 6:271 CC holandés y surinamés].

Sobre la base de lo que tienen en común todas las tradiciones, el apartado primero de la regla propuesta recoge el efecto liberatorio de la resolución. La resolución solo produce efectos desde que se ejercita por el contratante afectado, liberando a las partes de sus obligaciones futuras, pero sin afectar a las obligaciones cumplidas ni a las vencidas y exigibles antes de la terminación del contrato.

> Ejemplo: A y B concluyen un contrato de obra, siendo A el comitente y B el contratista. Si el comitente opta por resolver el contrato por incumplimiento del contratista, B tendrá derecho a recibir la parte del precio correspondiente a la construcción que ha ejecutado satisfactoriamente antes de la resolución, y también el deber de entregar a A la parte de obra realizada.

En esta misma línea, los textos internacionales de Derecho uniforme consagran también el efecto liberatorio [art. 81.1 CV; art. 7.3.5 (1) PU; art. 9:305 (1) PECL; art. III-3:509 (1) DCFR].

2. Las cláusulas contractuales no afectadas por la resolución

Consecuencia de la subsistencia del contrato es la aplicabilidad tras la resolución de las cláusulas del contrato resuelto que no conciernen directamente al objeto de las prestaciones: cláusulas de liquidación de daños (*liquidated damages)* y demás cláusulas penales; las de solución extrajudicial de las controversias derivadas del contrato; las relativas a la elección de fuero, las de elección del Derecho aplicable, las cláusulas de confidencialidad o las de no competencia, etc., a cuya supervivencia se refiere el apartado segundo.

Esta regla es lugar común en todos los sistemas. Así en los de cuño angloamericano, las llamadas *ancillary obligations* (obligaciones auxiliares) no se ven afectadas por el remedio resolutorio [*Heyman v. Darwins* (1942), *AC* 356, HL]. En los Códigos holandés o surinamés no existe una norma que expresamente recoja el criterio, pero se deduce de los arts. 6:269 y 6:271]. En la tradición romanista, la aplicabilidad de estas cláusulas en la etapa posterior a la resolución del contrato es una de las excepciones reconocidas por la jurisprudencia a la eficacia retroactiva. En este sentido se pronuncia el art. 138 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013.

> Ejemplo: Una empresa de diseño y fabricación de automóviles de lujo incluye en los contratos mercantiles de prestación de servicios que realiza a los ingenieros la siguiente cláusula: "Ambas partes reconocen que la información y documentación recibida en cualquier tipo de formato (digital o analógico, etc.) por parte de la otra, o a la que tenga acceso por ser necesaria para prestar el servicio objeto del contrato, es de carácter altamente confidencial toda ella, y no deberá revelarse ni ser utilizada para propósito distinto a la actividad objeto de este acuerdo contractual". Resuelto el contrato por la empresa por incumplimiento de uno de los ingenieros de lo convenido respecto de la fecha de entrega del proyecto, dicha cláusula continúa siendo aplicable durante un tiempo razonable y la resolución no releva a la parte contratante de su obligación de confidencialidad.

Asimismo, la regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme: arts. 81.1 CV; 7.3.5 (3) PU; 9:305 (2) PECL; III.- 3:509 (2) DCFR.

3. El efecto restitutorio de la resolución del contrato

En el tercer apartado de la norma propuesta se regula el efecto restitutorio de la resolución, sobre la base de una retroactividad limitada, con vistas únicamente a la liquidación de la situación existente entre las partes como consecuencia del incumplimiento. Se opta, pues, por el modelo moderno de eficacia del remedio resolutorio, adoptado por los CC holandés y surinamés, y por algunos textos de Derecho uniforme.

En efecto, mientras que el Derecho angloamericano representa la ausencia de eficacia retroactiva (con algunas excepciones), los sistemas romanistas propugnan como regla general la restitución con efectos reales, consecuencia de la retroactividad de la resolución; en el modelo propuesto se mira el problema con mayor empirismo, optando por el establecimiento de unas reglas simples que permitan liquidar la situación económica existente entre las partes tras la resolución.

Se trata de una opción que, sin embargo, no resulta absolutamente extraña a ninguna de las tradiciones presentes en la zona caribeña. Si bien es cierto que los puntos de partida teóricos de los ordenamientos son los indicados en el párrafo anterior, no lo es menos que el desarrollo jurisprudencial y legislativo ha matizado las rígidas posturas iniciales en relación con la irretroactividad o retroactividad de la resolución.

Así, en el Derecho angloamericano, aunque la regla general es la ausencia de efecto restitutorio, en algunas circunstancias se permite a la parte que ha cumplido total o parcialmente su prestación, la facultad de recuperarla (*restitutory remedy)*.

En la compraventa, la resolución por parte del vendedor por incumplimiento del comprador normalmente tiene como único efecto una obligación personal de restitución, sin que lleve consigo la recuperación de la propiedad de los bienes vendidos en perjuicio de terceros o de los acreedores del comprador [arts. 38-48 *Sale of Goods Act* inglesa; secs. 39-48 *Sale of Goods Act* de Bahamas, Montserrat, Antigua y Barbuda y Trinidad y Tobago; secs. 40-49 *Sale of Goods Act* de Belice; secs. 40-47 *Sale of Goods Act* de Jamaica; secciones 2-703 (2) y 2-706 UCC; mientras que la sección 2-702 (2) UCC contempla una limitada excepción a esta regla]. Sin embargo, el rechazo justificado de los bienes por parte del comprador (resolución) sí conlleva la recuperación de la propiedad de los bienes por el comprador, tanto en el Derecho inglés [*Kwei Tek Chao v British Traders Ltd* (1954), 2 QB 459], como en el UCC [sección 2-401 (4); art. 2-602 (2)].

Por lo que respecta a la recuperación de las sumas pagadas, los Derechos inglés y estadounidense difieren entre sí. El Derecho inglés restringe mucho el ámbito de aplicación de la excepción al principio general de irretroactividad, de manera que el acreedor perjudicado puede pretender la restitución de lo pagado solo si ha habido frustración del contrato [sección 1 *Law Reform (Frustrated contracts) Act;* art. 20 *Contract Act* de Belice; sección 3 *Law Reform (Frustated contracts) Act* de Jamaica; sección 6 *Law Reform (Misrepresentation and Frustated Contract)* de Bermudas] o en los casos de *termination for breach,* si no ha recibido contraprestación alguna (*total failure of consideration*); pues si ha habido un principio de cumplimiento, por mínimo que sea, se dice que hay *partial failure of consideration,* y no cabe ejercitar la

pretensión restitutoria y sí solo la acción personal de *damages*. No obstante, a menudo la dificultad para distinguir entre el cumplimiento parcial y el que difiere sustancialmente de lo pactado concede flexibilidad a la aplicación de la regla inglesa. En los Estados Unidos esta regla no se aplica: no es preciso *failure of consideration*: basta que el incumplimiento sea lo suficientemente serio como para justificar la resolución del contrato, para que la parte esté legitimada para recuperar lo pagado anticipadamente, excepto en los supuestos de resolución parcial.

Por su parte, la eficacia de la resolución *ex tunc* y con efectos reales predicada de los ordenamientos estatales de tradición romano-germánica se suaviza por la jurisprudencia, ante las dificultades prácticas que entraña el expediente de la retroactividad plena. Para evitarlas, se ha otorgado un amplio ámbito de actuación a la vía de la restitución por equivalente y, más aún, se han creado excepciones a la regla general sobre la base de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones contractuales (en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada). Por otra parte, el efecto real de la restitución cesa en presencia de un tercero que deba ser protegido. Esta evolución se plasma en el art. 137.3º y 4º del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013.

En el modelo propuesto, se pretende llegar a la solución de que la persona que ha realizado una prestación sin recibir nada a cambio, debe poder recuperarla, ya sea en especie o por equivalente. El fin perseguido es la liquidación de la situación existente tras la resolución. Este sistema es el seguido en lo fundamental por las propuestas de Derecho uniforme [art. 81.2º CV; art. 7.3.6 (1) PU; arts. 9:307-309 PECL; arts. III-3:511 y ss. DCFR].

En la regla sugerida en estos Principios, la resolución marca el nacimiento de una obligación legal de restitución de las prestaciones percibidas por las partes. En consecuencia, la parte que hubiera pagado anticipadamente una suma de dinero y no hubiera recibido un cumplimiento conforme, podrá recuperar dicha suma. No tratándose de dinero, el contratante que hubiera entregado un bien a la otra, sin recibir contraprestación, podrá recuperarlo. No obstante, en este último supuesto, siendo imposible la recuperación *in natura* del bien entregado (por ejemplo, por haberse perdido o haber pasado a manos de un tercero), la restitución tendrá lugar en dinero.

Piénsese que no se está ante una indemnización de daños y perjuicios, aunque en la práctica, en muchas ocasiones, la cuantía de la indemnización puede contener como una de las partidas el valor de la prestación recibida y que no se puede devolver. Sin embargo, hay otros casos en que no procede la indemnización de daños y perjuicios,

por tratarse de un incumplimiento justificado (art. 7.1.8), y la parte deberá, no obstante, restituir lo recibido para evitar enriquecimientos injustos.

La restitución por equivalente procede también cuando, si bien la devolución *in natura* no es imposible, no resulta razonable por implicar una excesiva dificultad o un coste económico desproporcionado.

> Ejemplo 1: A, escultor, fue contratado por B para que realizara unos bajorrelieves esculpidos directamente en la piedra del zócalo de la fachada principal de su casa. Terminada la obra artística, B no paga el precio pactado, por lo que A decide resolver el contrato. Aunque no resulta físicamente imposible desmantelar los bajorrelieves de la fachada, los costes serían desproporcionados. Por consiguiente, B deberá restituir a A el valor de la obra.

Para cifrar el equivalente, a no ser que otra cosa se hubiere pactado, se tomará como referencia el valor de la prestación en el momento fijado para el cumplimiento.

La parte perjudicada por el incumplimiento no estará obligada a restituir el valor de la prestación que le había sido entregada por el deudor incumplidor, si prueba que la pérdida o destrucción del bien se produjo por causa de fuerza mayor (art. 7.1.8 de estos Principios).

> Ejemplo 2: La empresa A del país X, fabricante de bebidas y refrescos sobre la base de frutas tropicales, concluye con la empresa hortofrutícola B del país Y, un contrato de compraventa, obligándose la segunda a la entrega de cinco toneladas de bananas. B, que había encontrado un comprador mejor para sus bananas, entrega a A cinco toneladas de mangos. Ante este incumplimiento, A decide resolver y adquirir las bananas de otro productor. Sin embargo, antes de que pudiera realizar la restitución, una ciclogénesis explosiva que levantó olas de gran magnitud, que arrasaron todas las naves de los muelles del puerto, provocó la pérdida de las bananas. La empresa A no es responsable del perecimiento de los bienes, no pierde su derecho a resolver el contrato y no estará obligado a restituir de la prestación a la empresa B.

4. La liquidación del estado posesorio del deudor de la restitución

Conforme al apartado cuarto de la norma propuesta, la liquidación del estado posesorio del deudor de la restitución se realizará conforme a los siguientes criterios: en primer lugar, el deudor de la restitución tiene la obligación de devolver, ya sea *in natura* o por equivalente, los frutos y beneficios percibidos de la cosa, pero no los que hubiera debido percibir. En segundo lugar, tiene derecho a que le sean abonados los gastos en que haya incurrido para la conservación del bien. Y en tercer lugar, los demás

gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquel a quien se restituye.

Tales reglas no son ajenas a ninguno de los ordenamientos jurídicos caribeños de tradición romano-germánica y suponen una aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto o de la retroactividad de la resolución. En los ordenamientos de cuño inglés, se seguiría probablemente el primer criterio, si el acreedor de la restitución fuere la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato [*Planché v Colburn* (1831), 8 Bing 14], o en los casos de frustración [sección 1 *Law Reform (Frustrated Contracts) Act;* art. 20 *Contract Act* de Belice; sección 3 *Law Reform (Frustated contracts) Act* de Jamaica; y sección 6 *Law Reform (Misrepresentation and Frustated contract* de Bermudas]. Pero si el que reclama la restitución fue culpable del incumplimiento no tiene derecho al pago de los beneficios [*Sumpter v Hedges* (1989), 1 QB 673]. En el Derecho angloamericano, el vendedor que está en posesión de unos bienes justificadamente rechazados (por falta de conformidad con el contrato) es tratado como un mero depositario, con una obligación de cuidado razonable para su conservación [sección 36 *Sale of Goods Act* inglesa; sección 37 *Sale of Goods Act* de Bahamas, Montserrat, Antigua y Barbuda y Trinidad y Tobago; sección 38 *Sale of Goods Act* de Belice; sección 36 *Sale of Goods Act* de Jamaica; sección 2-602 (b) y (c) UCC]. En Derecho inglés esta parece ser su única obligación; sin embargo, en el Derecho estadounidense, si el comprador es un comerciante, puede imponérsele en determinadas circunstancias incluso la obligación de proceder a la reventa de los bienes (sección 2-603 UCC).

5. Derechos de terceros

Esta norma solo pretende regular las relaciones entre las partes y no interesa a los derechos de terceros en relación con los bienes objeto del contrato afectado por la resolución, que deberán determinarse conforme a los Derechos nacionales aplicables. Por ejemplo, la eventual existencia de un tercer adquirente protegido al que no debe perjudicar el ejercicio del remedio resolutorio.

Artículo 7.3.5: *Compatibilidad entre resolución e indemnización por daños*

La resolución no excluye el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios por incumplimiento si subsiste un daño. No obstante, la parte incumplidora no será responsable de las pérdidas que hubiese sufrido el acreedor en la medida en que este último hubiera

podido reducirlas adoptando para ello las medidas razonables.

COMENTARIO:

Frente al incumplimiento del contrato, el contratante perjudicado podrá utilizar para la defensa de su derecho cuantos remedios considere necesarios, siempre que no sean incompatibles [art. 7.1.3 (2) Principios OHADAC]. En concreto, el derecho a resolver el contrato y la indemnización de daños y perjuicios se consideran remedios compatibles.

Así ocurre en el *common law*, donde el incumplimiento por un contratante de la prestación prevista en el contrato (*primary obligation)* hace surgir la obligación secundaria del pago de los daños causados por el incumplimiento (*secondary obligation: to pay damages*). Y también en los ordenamientos de cuño romano-germánico la regla general es la compatibilidad de los remedios [art. 1.546.2º CC colombiano; art. 692 CC costarricense; art. 306 CC cubano; art. 1.184.2º CC dominicano y francés; art. 1.535.2º CC guatemalteco; 974.2º CC haitiano; art. 6:277 CC holandés y surinamés; art. 1.386.2º CC hondureño; art. 1.949.2º CC mexicano; art. 1.885.2º CC nicaragüense; art. 1.009.2º CC panameño; art. 1.077.2º CC portorriqueño; art. 1.167 CC venezolano; arts. 45 y 61 CV; arts. 7.3.5 y 7.4.1. PU; art. 8:103 PECL; art. III-3:102 y III.-3:502 DCFR). Condición previa para todos es que el incumplimiento resolutorio no esté justificado por la concurrencia de fuerza mayor.

Más problemas suscita en el Derecho comparado la determinación de si el daño resolutorio debe ser el interés positivo (interés de cumplimiento) o el interés negativo (interés de confianza). En los modelos pertenecientes al modelo retroactivo puede resultar una antinomia que al acreedor le corresponda el interés positivo y, sin embargo, la resolución tenga efectos *ex tunc*. No obstante, la regla admitida es la indemnización del interés contractual positivo y esta es también la opción seguida por el ordenamiento holandés (art. 6:277 CC holandés y surinamés: *positief contractsbelang)*.

En el Derecho angloamericano se protege el interés positivo, pues el objetivo es colocar a la parte afectada en la misma situación que si el contrato se hubiere cumplido [*"so far as money can do it (…) in the same situation (…) as if the contract had been performed"*]. Pero si así lo desea, el acreedor perjudicado podrá optar por el interés negativo (*reliance loss*), pero nunca por ambos remedios cumulativamente. El límite de la combinación de reclamaciones (*loss of bargain, reliance loss and restitution)* es el principio que prohibe la doble cobertura del mismo daño (*principle against double recovery*).

En el Derecho uniforme, la regla general es la indemnización del denominado interés positivo [art. 74 CV; art. 7.4.2 (1) PU; art. 9:502 PECL; art. III.-3:702 DCFR; arts. 160 CESL].

En la norma propuesta se ha optado por una regla abierta, sin establecer que el interés indemnizable es el positivo o el negativo, pudiendo el contratante perjudicado escoger entre uno u otro, según le convenga.

Es preciso no confundir la reclamación de daños y perjuicios con la posibilidad de reclamar las sumas acordadas que, como se ha visto en el comentario del precepto anterior, deriva de la irretroactividad de la resolución, pudiendo obtenerse tales sumas solo si han vencido antes de la resolución.

> Ejemplo: Si en un contrato de compraventa se ha pactado que el comprador entregue una suma como señal (arras confirmatorias), y el contrato se resuelve precisamente por el incumplimiento de esa obligación del pago de las arras, el vendedor podrá pedir: a) las arras, como suma acordada y debida antes de la resolución, y b) los daños causados por el incumplimiento del contrato.

Por último, se impone a la parte perjudicada el deber de mitigar los daños, de manera que no podrá pedir indemnización por las pérdidas que habrían podido ser evitadas concertando, por ejemplo, una operación de reemplazo cuando ello fuera posible (comentario al artículo 7.4.3 Principios OHADAC).

Sección 4. Indemnización por daños y perjuicios

Artículo 7.4.1: *Derecho a la indemnización por daños y perjuicios*

1. **El acreedor tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, a no ser que el incumplimiento esté justificado de acuerdo con estos Principios.**
2. **Solo son resarcibles los daños, incluso futuros, que puedan establecerse con un grado razonable de certeza.**
3. **El acreedor tiene derecho a la reparación íntegra del daño. El daño incluirá las pérdidas efectivas sufridas y**

las ganancias razonables dejadas de obtener por el acreedor.

4. **También será indemnizable el daño no material causado por el incumplimiento contractual, como el sufrimiento, la pérdida de disfrute o la angustia emocional.**

COMENTARIO:

1. Independencia y compatibilidad del derecho a la indemnización por daños y perjuicios

La indemnización de daños y perjuicios se integra en el cuadro de remedios que configuran la responsabilidad contractual. La violación de la obligación pactada provoca una lesión del interés del acreedor, y la indemnización tiene como función compensar los daños que produce. Por ello, el derecho a ser indemnizado surge ante cualquier incumplimiento, siempre y cuando no esté justificado.

En Derecho inglés, se dice que el incumplimiento de la obligación pactada en el contrato (*primary obligation*) hace nacer la obligación secundaria de indemnizar daños y perjuicios *(secondary obligation to pay damages)*, que es el remedio normal, puesto que el *common law* es restrictivo en el reconocimiento de la pretensión de cumplimiento [*Photo Production Ltd v Securicor Ltd.* (1980), UKHL 2].

También en los ordenamientos de tradición romano-germánica se contempla de modo general el deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual (arts. 1.613 y ss. CC colombiano; arts. 701 y ss. CC costarricense; art. 293 CC cubano; arts. 1.146 y ss. CC francés y dominicano; arts. 1.433 y ss. CC guatemalteco; arts. 936 y ss. CC haitiano; arts. 1.360 y ss. CC hondureño; arts. 2.107 y ss. CC mexicano; arts. 1.860 y ss. CC nicaragüense; arts. 986 y ss. CC panameño; arts. 1.054 y ss. CC portorriqueño; arts. 996 y 1.001 y ss. CC santaluciano; arts. 1.264 y ss. CC venezolano). No obstante, en algunos ordenamientos de esta tradición se ha planteado la cuestión de la independencia del remedio indemnizatorio. Así ha ocurrido en Colombia, donde la jurisprudencia ha aceptado la independencia de las acciones en materia civil, como sucede en materia mercantil [art. 925 CCom colombiano; sentencia de la Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Civil, de 3 de octubre de 1977 (*Gaceta Judicial,* tomo CLV, nº 2396, 1977, p. 320-335); en contra, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 2 de junio de 1958, (*Gaceta Judicial,* tomo LXXXVIII, n° 219, pp. 130-134) y de 14 de agosto de 1951 (*Gaceta*

Judicial 1951, p. 55-63). Asimismo, en Venezuela, el silencio del legislador ha llevado a la doctrina a discutir sobre la posibilidad de ejercicio de la acción de daños con independencia de la resolución o el cumplimiento específico, o si se halla subordinada a estos remedios. La jurisprudencia declaró la autonomía de la acción en la importante sentencia de 10 de noviembre de 1953 (CFC/SCMT, 10/11/1953, *Gaceta Forense*, 2a E., No 2, pp. 431 ss.), a pesar de lo cual gran parte de la doctrina sigue encontrando difícil la construcción de una regla general de la independencia de la acción. Por su parte, los códigos civiles holandés y surinamés diseñan un régimen básico aplicable a los daños contractuales y extracontractuales, esto es, a cualquier obligación de indemnizar en los arts. 6:74 y ss.

En el apartado primero de este principio se configura el derecho al resarcimiento de los daños contractuales como un remedio independiente y compatible con otros remedios. Es independiente porque, en el marco de estos Principios, la parte perjudicada puede optar por ejercitarlo como remedio único frente a una prestación defectuosa o no conforme, o frente a la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor. Pero también puede ejercitarse con otros remedios con los que sea compatible, por ejemplo, para compensar el daño derivado de una resolución contractual ante un incumplimiento esencial, o junto el derecho al cumplimiento específico en caso de cumplimiento tardío, para compensar los daños que el retraso ha causado al acreedor.

2. Intrascendencia de la culpa

La mayoría de los ordenamientos de tradición romano-germánica parten de la culpa del contratante incumplidor como presupuesto para concesión de la pretensión indemnizatoria al contratante perjudicado. Son, pues, sistemas subjetivos o "culpabilísticos" (arts. 1.147 y 1.148 CC francés y dominicano; arts. 937 y 938 CC haitiano; art. 1.424 CC guatemalteco; arts. 1.360 y 1.362 CC hondureño; arts. 1.860, 1.862, 1.863, 1.864 CC nicaragüense; arts. 986, 988, 989, 990 CC panameño; arts. 1.054, 1.056, 1.057 y 1.058 CC portorriqueño). Otros códigos, como el cubano (art. 293), el santaluciano (art. 1.002) y el venezolano (art. 1.264), parecen decantarse por la tesis objetiva; sin embargo, en este último en realidad se establece una responsabilidad fundada en la culpa, que es presumida de forma absoluta por el legislador (arts. 1.271 y 1.272 CC venezolano).

Los ordenamientos jurídicos holandés y surinamés, aunque traslucen un espíritu de objetividad, no logran desligarse totalmente de la culpa. Así, el artículo 6:75 CC holandés y surinamés establece que para que exista deber de indemnizar, el incumplimiento debe ser imputable al deudor ya sea porque se ha debido a su culpa,

ya sea porque se trata de un riesgo que debe soportar sobre la base de una ley, un negocio jurídico o una "opinión generalmente admitida" (*de in het verkeer geldende opvatting*). Como puede comprobarse, se hace mención a la imputación por culpa y también por riesgo (imputación subjetiva y objetiva).

Entre los sistemas claramente objetivos están los Derechos del ámbito angloamericano, donde el deudor incurre en responsabilidad por el mero del incumplimiento, si no median razones positivas que puedan excusarle, y ello sin necesidad de averiguar si ha incurrido o no en culpa. En esta misma línea, el art. 77 CV regula el remedio indemnizatorio de modo objetivo, disponiendo en el art. 79 que este no procederá tan solo si concurre una causa de exoneración de las previstas en este precepto. Se encuadran también en este grupo los PU (art. 7.4.1) y las dos propuestas de armonización del Derecho en Europa: arts. 9:501 (1) PECL y III-3:701 (1) DCFR. E igualmente, opta por el sistema objetivo el art. 159.1 CESL.

De acuerdo con esta tendencia a la objetivación, y en consonancia con la adopción de un concepto de incumplimiento de carácter objetivo (comentario al art. 7.1.1 de estos Principios), en la regla propuesta se ha prescindido de la culpa del deudor incumplidor para otorgar a la parte perjudicada el derecho al resarcimiento. Por consiguiente, este procederá siempre que el incumplimiento del deudor no esté justificado por concurrir fuerza mayor (art. 7.1.8) o esté cubierto por una cláusula de exoneración o limitación de la responsabilidad (art. 7.1.7).

3. Intrascendencia de la constitución del deudor en mora

Por otra parte, en la mayoría de los ordenamientos caribeños romano-germánicos, en caso de retraso en el cumplimiento no habrá responsabilidad si no hay constitución en mora del contratante incumplidor. En estos Derechos, la constitución en mora marca el inicio de la transmisión de los riesgos por la pérdida de la cosa debida y también del deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento (art. 1.615 CC colombiano; art. 1.084 CC costarricense; art. 255 CC cubano; art. 1.146 CC francés y dominicano; art. 1.433 CC guatemalteco; art. 936 CC haitiano; art. 1.364 CC hondureño; art. 2.105 CC mexicano; art. 1.859 CC nicaragüense; art. 985 CC panameño; art. 1.053 CC portorriqueño; art. 999 CC santaluciano; art. 1.269 CC venezolano). Del mismo modo, el CC holandés y el surinamés exige la constitución en mora en los casos en que la ejecución de la prestación es todavía posible o cuando es imposible solo temporalmente (art. 6:74.2º). No obstante, algunos códigos de comercio dispensan del requisito de la constitución en mora para que exista responsabilidad por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles (art.

418 CCom costarricense; art. 63 CCom cubano; art. 677 CCom guatemalteco; art. 85 CCom mexicano; art. 232 CCom panameño; art. 94 CCom portorriqueño).

Para los juristas del ámbito angloamericano la mora es un concepto extraño. En caso de incumplimiento, el deber de indemnizar corre desde la fecha pactada en el contrato para la ejecución de la obligación. Si no se ha pactado día para el cumplimiento, el deudor deberá cumplir en un plazo de tiempo razonable y el derecho a la indemnización nacerá cuando expire dicho plazo, sin que el acreedor deba realizar requerimiento alguno. Del mismo modo, a partir del momento en que incumple, el contratante asume los riesgos (sección 20 *Sale of Goods Act* Reino Unido e 1979; sección 22 *Sale of Goods Act* de Bahamas, Montserrat, Barbuda, Trinidad y Tobago y Belice; y sección 21 *Sale of Goods Act* de Jamaica), y no podrá ya alegar *frustration* para liberarse de la obligación en caso de imposibilidad de la prestación, pues se considerará que existe *self-induced frustration*.

Siguiendo la estela marcada por los sistemas anglosajones, no es precisa la constitución en mora ni comunicación del incumplimiento, como condición para que puedan reclamarse daños por el retraso en la CV, PU, PECL y DCFR.

En la regla propuesta, de acuerdo con lo explicado en el comentario del art. 7.1.1 en relación con el concepto de incumplimiento, se ha prescindido del requisito de la constitución en mora para que nazca el deber de indemnizar. Y ello a pesar de que, como hemos visto, un gran número de ordenamientos del área caribeña condicionan la indemnizabilidad en el cumplimiento retrasado a que el deudor haya sido intimado. Sin embargo, esta opción chocaría frontalmente con las concepciones jurídicas angloamericanas, para los que la mora es una institución "turbadora", amén de que constituye un sistema más práctico, rápido y seguro, como exige el tráfico comercial.

4. El requisito de certeza del daño resarcible

El remedio indemnizatorio desempeña una función compensatoria, por lo que no basta el simple incumplimiento del contrato para que surja el deber de indemnizar, sino que es preciso que dicho incumplimiento cause al acreedor un daño y que este sea cierto (apartado segundo).

> Ejemplo 1: A, empresa del país X, ha incumplido su obligación de entregar a la empresa B, del país Y, determinados bienes genéricos cuyo precio estaba a la baja. No habiendo pagado B todavía el precio, si logra comprar las mercancías a otro proveedor por un precio menor que el acordado en el contrato original, no habrá sufrido daño alguno, por lo que A no deberá indemnizar aunque haya incumplido el contrato.

Ejemplo 2: Asesorado negligentemente por su abogado que divisó unas perspectivas infundadas de beneficio, A decide invertir sus ahorros en un negocio. Si finalmente resulta que, por azar, los resultados económicos que obtiene son provechosos, A no podrá reclamar indemnización a su abogado, pese a que este ha incumplido al no actuar con la diligencia debida según su *lex artis*, ya que no existe daño efectivo alguno.

Una excepción a esta afirmación que es regla de oro en la mayoría de los ordenamientos, son los denominados *nominal damages* del Derecho anglosajón. Las indemnizaciones simbólicas se conceden al demandante por el solo hecho del incumplimiento, aunque este no le haya causado un daño efectivo [*Surrey CC v Bredero Homes Ltd* (1993), 1 WLR 1361] o, habiendo daño, no sea posible probar su existencia [*Columbus & Co Ltd v Clowes* (1903), 1 KB 244] o su cuantía [*Erie County Natural Gas and Fuel Co Ltd v Carrol* (1911), AC 105]. No obstante, la finalidad habitual de los *nominal damages* no es otra que constatar la violación del derecho del demandante.

Amén de esta particularidad del *common law*, y aunque mucho menos conocida, existe también en Francia una excepción al principio de la naturaleza compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios en el artículo 1.145 CC francés, según el cual, tratándose de una obligación de no hacer alguna cosa, el deudor estará obligado al pago de daños y perjuicios por la simple violación de la obligación. Esta misma excepción se encuentra, en los arts. 1.612 CC colombiano, 1.145 CC dominicano, 1.326 CC guatemalteco, 2.104 *in fine* CC mexicano, 1.001 CC santaluciano, y 1.266 CC venezolano. Además, todos los ordenamientos contemplan otra excepción para las obligaciones pecuniarias (comentario art. 7.4.6 Principios OHADAC).

Se exige implícitamente que el daño derive del incumplimiento, esto es, que sea consecuencia del mismo, lo que presupone un nexo causal suficiente entre el incumplimiento y el daño causado.

La regla de este apartado tercero incluye también la indemnizabilidad del daño futuro, es decir, el que todavía no ha ocurrido pero puede establecerse con un razonable grado de certidumbre. Se excluye el daño hipotético o el basado en meras conjeturas o esperanzas. El daño futuro toma a menudo la forma de lucro cesante o pérdida de oportunidad. Se refieren al daño futuro en el Derecho uniforme los arts. 74 CV, 7.4.3 PU, 9:501 (2) (b) PECL y III-3:701 (2) DCFR.

5. El principio de reparación integral

El principio de la reparación íntegra del daño, según el cual la indemnización tiene como finalidad restablecer en lo posible el equilibrio de intereses destruido por el incumplimiento y colocar al perjudicado en la situación en que estaría si no hubiera

tenido lugar, representa en todos los sistemas jurídicos OHADAC la esencia del remedio resarcitorio y ha de ser considerado el eje del cálculo de la indemnización [art. 1.613 CC colombiano; art. 1.149 CC francés y dominicano; art. 1.434 CC guatemalteco; art. 939 CC haitiano; arts. 6:95 y 6:96 CC holandés y surinamés; art. 1.365 CC hondureño; arts. 2.108, 2.109 y 2.115 CC mexicano; art. 1.865 CC nicaragüense; art. 991 CC panameño; art. 1.059 CC portorriqueño; art. 1.004 CC santaluciano; art. 1.273 CC venezolano; sección 1-106 UCC; sección 347 *Restatement Second of Contracts;* sentencia de la *High Court* de Barbados en *Vaugh v Odle* (1982), No. 765, *Carilaw* BB 1982 HC 44; art. 74 CV; arts. 7.4.2 y 7.4.3 PU; art. 169 CESL).

Consecuencia del principio de reparación integral es la preferencia en la mayoría de los ordenamientos por el interés positivo o de cumplimiento como medida general de la indemnización del daño contractual. La indemnización del interés positivo supone colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no se hubiera producido el incumplimiento. Por contra, el denominado "interés negativo o de confianza" persigue colocar al acreedor en la situación que tenía antes de que fuera perfeccionado el contrato.

En el Derecho inglés, la regla de la indemnización del interés positivo se recogió en la sentencia del caso *Robinson v Harman* en 1848 (1 Ex Rep 850) si bien, en algunas ocasiones, el contratante puede reclamar solo el interés negativo, por ejemplo porque la pérdida de beneficio sea muy difícil de probar [*Anglia TV v Reed* (1971), 3 All ER 690; *McRae v Commonwealth Disposals Commision* (1951), 84 CLR 377]. El Derecho estadounidense, en la misma línea, permite al perjudicado elegir entre interés positivo o negativo (secciones 347 y 349 *Restatement Second of Contract)*, que es el resultado práctico al que conduce asimismo el Derecho inglés.

Los ordenamientos caribeños de tradición romano-germánica no recogen dogmáticamente la distinción entre interés positivo o negativo, a pesar de que los tribunales sí se han hecho eco de la diferencia. En los PECL y DCFR se reconoce expresamente en sendas normas (art. 9:502 y III-3:702) bajo el epígrafe "cálculo general del daño", e igualmente está presente el interés positivo en el art. 160 CESL.

No obstante, pese a que se considera la forma más apropiada para dar respuesta al principio de reparación integral y promover la confianza en los contratos, se ha preferido no establecer definitivamente en este Principio la opción por la indemnizabilidad del interés de cumplimiento. En algunas ocasiones será difícil de calcular y de conceder, por lo que se ha preferido una regla abierta que permita al contratante perjudicado (o al juez o árbitro) establecer un cálculo de los daños adecuado a las circunstancias.

El principio de reparación integral funciona también como límite al remedio indemnizatorio, a fin de evitar el enriquecimiento de la víctima, y conlleva la prohibición de los llamados "daños punitivos" (*punitive damages*), cuyo carácter es sancionatorio. En el Derecho inglés, aunque admitidos en algunos casos de responsabilidad civil extracontractual, ningún incumplimiento contractual puede fundamentar la concesión de daños punitivos, rechazados en la sentencia *Addis v Gramophone Co. Ltd* (1909, AC 488). En Estados Unidos esta regla contraria a los daños punitivos está consagrada en numerosas normas estatutarias y en la sección 1-106 UCC, aunque los tribunales sí los conceden en supuestos de responsabilidad extracontractual e, incluso, en casos en que habiendo incumplimiento de contrato se ejercita conjuntamente una acción de *tort* [*St Louis and SFR Cov v Lilly* (1916), 162 SW 266; *Armada Supply Inc v S/T Agios Nocolas* (1986), 639 F. Supp. 1161, 1162; *Thyssen Inc v SS Fortune Star* (1985), 777 F.2d 57, 63].

6. El daño emergente y el lucro cesante

Según el apartado tercero del Principio propuesto, el daño comprende lo que desde el Derecho romano se conoce como daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cesans*). El daño emergente consiste en la pérdida sufrida, efectiva y conocida. Abarca en primer lugar el daño intrínseco, es decir, el valor de la prestación no realizada (o el complemento de la realizada de forma defectuosa), pero también cualquier gasto hecho por el acreedor y que se torna inútil por el incumplimiento o la lesión a bienes del acreedor, incluso no patrimoniales, resultante de la falta de ejecución de la prestación debida. El lucro cesante se refiere a las ganancias razonables dejadas de obtener, esto es, las ventajas cuya adquisición se ha visto frustrada por el incumplimiento. La indemnizabilidad de ambos conceptos es un lugar común [art. 1.613 CC colombiano; art. 1.149 CC francés y dominicano; art. 1.434 CC guatemalteco; art. 939 CC haitiano; art. 6:96.1º CC holandés y surinamés; art. 1.365 CC hondureño; arts. 2.108 y 2.109 CC mexicano; art. 1.865 CC nicaragüense; art. 991 CC panameño; art. 1.059 CC portorriqueño; art. 1.004 CC santaluciano; art. 1.273 CC venezolano; art. 74 CV; art. 7.4.2 (1) PU; art. 9:502 PECL; art. III-3:702 DCFR; art. 160 CESL]. En el *common law,* no hay duda de que el *expectation interest* abarca los dos elementos, aunque la distinción no es muy utilizada por los tribunales.

El lucro cesante entraña ciertas dosis de incertidumbre y aleatoriedad, al concretarse normalmente hacia el futuro. De ahí que no baste para su determinación la simple posibilidad o esperanza de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva y razonable de que se producirá. Esta "razonabilidad" a la que se refiere el apartado tercero del precepto se valorará teniendo en cuenta el curso normal de las cosas y las circunstancias especiales del caso concreto.

Ejemplo: El buque "Calixto", propiedad de la empresa A del país X, fue llevado al astillero de B del país Y, para que se efectuaran en el mismo labores de limpieza y pintura de su fondo. Por una ejecución de la obra no ajustada a la pericia profesional exigible, se produjo un deslizamiento del buque, debido a que había sido varado de forma defectuosa, causándole importantes daños que supusieron un retraso de tres meses en su entrega a A. La mercantil A solicitó indemnización de daños y perjuicios, comprendiendo la pérdida de ganancia por paralización del buque que no pudo realizar durante esos tres meses las faenas de pesca. En la estimación de este lucro cesante se atenderá a la media de la captura realizada por el barco en los mismos meses en años anteriores, valorando con prudencia y excluyendo las ganancias dudosas o no fundadas o fundadas solo en esperanzas.

7. El daño moral contractual

Si bien en los contratos comerciales no será muy frecuente, el apartado cuarto del Principio prevé que el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento incluirá también, en su caso, el daño no económico o daño moral.

En el área OHADAC no existe, sin embargo, una posición común acerca de la indemnizabilidad de estos daños. El punto de partida en el Derecho inglés es la postura negativa, representada en la conocida sentencia sobre el caso *Addis v Gramophone* (1909, AC 488), y repetida en multitud de casos, incluso recientes [*Johnson v Gore Wood & Co* (2002), UKHL 65]. Sin embargo, en los últimos tiempos, las reticencias se están suavizando y los tribunales ingleses y de los estados caribeños del *common law* han admitido la compensación del daño moral contractual en dos tipos de casos: en primer lugar, cuando el contrato consiste en proporcionar placer, relajación o paz [casos *Jarvis v Swans Tours* (1973), QB 233; *Ruxley Electronics and Construction v Forsyth* (1996), UKHL 8; *Farley v Skinner* (2002), AC 732; sentencia de la *High Court* de Barbados en *Brathwaite v Bayley* (1992), Carilaw BB 1992 HC 23; *Jamaica Telephone Co Ltd v Rattray* (1993), 30 JLR 62]; en segundo lugar, cuando el incumplimiento de contrato causa inconvenientes físicos e incomodidades [*Watts v Morrow* (1991), 4 All ER 937; sentencia de la *High Court* de Barbados en *Harvey-Ellis v Jones* (1987), Carilaw BB 1987 HC 44].

En el Derecho francés, si bien el Código civil no lo contempla expresamente, la doctrina y la jurisprudencia han defendido que el daño moral es indemnizable con carácter general. Igualmente, la sentencia de 9 de diciembre de 2010 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-1008/10 ha establecido la reparación de los daños patrimoniales y no patrimoniales en materia contractual, consecuentemente con el principio de la reparación integral. En Cuba la doctrina se

inclina por la resarcibilidad, sobre la base del art. 294 CC cubano, que remite a la responsabilidad extracontractual para la fijación de la indemnización por incumplimiento de contrato. Sin embargo, en otros sistemas romano-germánicos, ante el silencio de los códigos civiles, los tribunales se muestran restrictivos en su reconocimiento: así ocurre en México o en Venezuela, donde la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil de 12 agosto 2011, declaró que la indemnización por daños morales en sede contractual procede tan solo en los supuestos en que, junto con la responsabilidad contractual, concurre la culpa extracontractual. En Holanda, los daños morales parecen limitarse a los casos de responsabilidad aquiliana, aunque sobre la base del artículo 6:106 CC holandés y surinamés se sostiene también respecto de la responsabilidad contractual. En el ámbito comunitario europeo, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidad Europeas de 12 de marzo de 2002 (As. C-168/00: *Simone Leitner/TUI Deutschland Gmb & Co KG*) declara la indemnizabilidad del daño moral.

De igual forma, las propuestas doctrinales de Derecho uniforme reconocen que el daño reparable no se limita al pecuniario, sino que incluye los sufrimientos, molestias, la carga psicológica o, en general, los "daños morales" que el incumplimiento puede acarrear a la otra parte contratante [art. 7.4.2. (2) PU; art. 9:501 (2) PECL: art. III-3:701 DCFR].

En virtud de la regla propuesta será indemnizable el sufrimiento o la angustia emocional, la pérdida de goce o placer, así como la lesión a la reputación personal o profesional. El resarcimiento puede venir de mano de una indemnización económica, que será lo más normal, o de otras medidas que resulten adecuadas al caso en cuestión, como la publicación de una nota de prensa o comunicado de desagravio, etc.

> Ejemplo: A, conocido tenor del país X, es contratado para la inauguración del nuevo teatro de ópera nacional del país Y. Cuando quedaban pocos meses para el estreno y habiéndose publicitado en medios nacionales e internacionales la actuación de A, los organizadores del evento deciden contratar a un joven tenor europeo últimamente de moda, resolviendo el contrato anterior. A podrá entonces reclamar indemnización, no solo por la lesión económica que supone la no obtención de la remuneración pactada por la actuación y otros gastos realizados en atención al cumplimiento, sino también por el daño causado a su reputación, al quedar desmerecido por otro artista, con difusión internacional.

Artículo 7.4.2: *Extensión del daño indemnizable*

El deudor responderá solamente por los daños previstos por las partes o por los que se hubieran podido razonablemente prever en el momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de la falta de cumplimiento.

COMENTARIO:

1. La regla de la previsibilidad del daño en los sistemas nacionales

Una severa aplicación del principio de resarcimiento integral del daño imputaría para el deudor un riesgo exorbitante, dificultando el tráfico jurídico y económico. De ahí que se hayan elaborado criterios para delimitar el alcance del daño indemnizable. El principal, utilizado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la zona, es la regla de la previsibilidad o *"rule of remoteness"*.

La regla se consagra en los arts. 1.150 y 1.151 CC francés utilizando los parámetros de previsión y previsibilidad como criterio de determinación del daño indemnizable cuando el incumplimiento no es doloso, y limitando en este segundo caso la compensación a los daños que sean "consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato". La doctrina de la previsibilidad permite un reparto de los riesgos del contrato entre las partes, de modo que el contratante incumplidor solo será responsable de los daños que las partes hubieran previsto o podido prever en el momento de la perfección del contrato. De ahí que la regla de la previsibilidad se asiente sobre el propio acuerdo de voluntad.

La regla de la previsibilidad ha sido incorporada en los sistemas romano-germánicos (art. 1.617 CC colombiano; arts. 1.150-1.151 CC dominicano; arts. 940-941 CC haitiano; art. 1.366 CC hondureño; art. 1.866 CC nicaragüense; art. 992 CC panameño; art 1.060 CC portorriqueño; arts. 1.005-1.006 CC santaluciano; arts. 1.274-1.275 CC venezolano), diferenciando generalmente entre deudor de buena fe y deudor doloso, para hacer al primero responsable solo de los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de celebrarse el contrato y al segundo de todos los daños que sean consecuencia inmediata o directa del incumplimiento.

Otros códigos de la zona, sin embargo, atienden solo a un criterio de la causalidad adecuada, haciendo responsable al deudor incumplidor por los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, sin distinguir entre culpa o dolo a la hora de determinar la extensión del daño

indemnizable [art. 704 CC costarricense; art. 6:98 CC holandés y surinamés; art. 1.434 CC guatemalteco; art. 2.110 CC mexicano].

En el Derecho inglés, la sentencia sobre el caso *Hadley v Baxendale* (1854, EWHC J70) suele considerase el punto de partida de la regla *"remoteness of damages"*. En ella aparecen los criterios de la "previsibilidad o imprevisibilidad del daño", vinculados con la "justa y razonable consideración de las partes" en el momento de la celebración del contrato. La evolución posterior de la manera de entender la *"rule of remoteness"* la alejó de la conexión con el contrato, poniendo el acento en la previsibilidad del daño por el contratante obligado a indemnizar. Sin embargo, la sentencia *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilleas)* (2008, UKHL 48) supone un retorno a la regla que basa la previsibilidad en lo pactado por las partes en el contrato y en la consiguiente interpretación. Estos mismos principios han sido también aplicados por los tribunales caribeños [sentencia de la *High Court* de Barbados en *Frederick v Lee* (2007), No. 662, 2006, Carilaw BB 2007 HC 18]. La regla de la previsibilidad informa asimismo la sección 2-715 UCC.

2. La regla de previsibilidad del daño en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual

La CV bebe de las fuentes del *common law* y acoge la doctrina de la previsibilidad en su art. 74: tras proclamar el principio de la reparación integral en su primer inciso, limita su alcance en el segundo, conforme al criterio de previsibilidad referido solo al conocimiento del deudor incumplidor, tal y como había entendido la jurisprudencia inglesa antes del caso *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilleas),* y no al acuerdo entre ambas partes contenido expresa o tácitamente en el contrato. El instrumento opcional de la compraventa (CESL) contiene una norma similar en el art. 161. Los PU recogen la regla en su artículo 7.4.4. Al igual que la CV, los PU refieren la previsibilidad del daño al momento de la celebración del contrato y solo con respecto a la parte incumplidora. En el comentario, se aclara que la parte incumplidora no debe cargar con la reparación de perjuicios que no pudo prever al momento de celebrar el contrato, ni con los riesgos que, por esa razón, no pudo contemplar y cubrir con un seguro.

Una solución de compromiso entre la tendencia romano-germánica y el *common law* parece contenerse, sin embargo, en los artículos 9:503 PECL y III-3:703 DCFR, que acogen la regla de la previsibilidad entendida al modo inglés, y por tanto referida solo al deudor incumplidor, pero estableciendo una regla especial para los casos de incumplimiento intencional o deliberado, al modo francés.

3. La regla de previsibilidad en los Principios OHADAC

En el precepto propuesto se recoge la regla de la previsibilidad, estableciendo una distribución de los riesgos por las consecuencias del incumplimiento del contrato sobre la base de la autonomía privada. Por ello se hace referencia a los daños previstos por las partes o que se hubieran podido razonablemente prever, esto es, a la responsabilidad por los riesgos comprendidos en el ámbito del acuerdo de voluntad. Se rechaza, así, la reinterpretación realizada por los PU, PECL y DCFR que, como hemos visto, dirigen la regla de la previsibilidad solo hacia la parte incumplidora.

Por el contrario, en la norma que se propone la regla se refiere a ambas partes y a la naturaleza del daño, permitiendo a los contratantes saber a qué se vinculan y a qué consecuencias se exponen en caso de no cumplir lo convenido. Esta es también la razón por la cual se conecta la "previsión o razonable previsibilidad" al momento de la celebración del contrato.

Según esta regla, por tanto, la parte incumplidora será responsable de aquellos daños que son consecuencia probable de su incumplimiento según el curso normal de las cosas, y se hayan previsto en el contrato como riesgos cubiertos o fueran razonablemente previsibles según las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de contratar (por ejemplo, sobre la base de las relaciones previas comerciales existentes entre las partes o la información revelada por las mismas).

> Ejemplo: Se genera un incendio en un aparcamiento por falta de vigilancia y control de A, la empresa titular; las llamas producen daños de importancia por combustión en una furgoneta perteneciente a la sociedad profesional B, marchante de arte, que se encontraba allí aparcada. A será responsable, por incumplimiento del deber de custodia, de los daños sufridos por la furgoneta. Pero su responsabilidad no alcanza a la pérdida de una colección de fotografías antiguas de gran valor que se hallaba en su interior, ya que dicho contenido no había sido objeto de declaración expresa y la empresa titular del aparcamiento no podía razonablemente prever que se guardaba en el vehículo una carga de tal valor.

No se ha recogido en la norma propuesta la excepción que, como hemos visto, algunos ordenamientos jurídicos y normas de armonización prevén respecto de la responsabilidad del deudor cuyo comportamiento incumplidor sea doloso o gravemente negligente. Las razones de esta opción legislativa son varias: en primer lugar, la solución contraria obligaría al operador jurídico a entrar en el espinoso terreno de la investigación de la intencionalidad del deudor, tarea a menudo complicada por pertenecer al ámbito de lo subjetivo, y que es extraña a la lógica del tráfico comercial. En segundo lugar, el *common law* y algunos ordenamientos romano-germánicos desconocen la diferencia, que tampoco se encuentra en la CV, la CESL ni en

los PU. La tercera razón es de tipo práctico y viene avalada por la experiencia jurisprudencial de algunos ordenamientos jurídicos que sí consagran la distinción entre la imputación al deudor doloso y al deudor culposo: dado que solo es causalmente necesario lo previsible, la extensión de la responsabilidad acaba siendo la misma en uno y otro caso.

Artículo 7.4.3: *Mitigación del daño*

1. **El deudor no es responsable de los daños que el acreedor ha podido evitar o reducir adoptando las medidas razonables.**
2. **El acreedor tiene derecho al abono de los gastos razonables en que incurrió al intentar mitigar el daño, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.**

COMENTARIO:

Se consagra en este artículo el llamado "deber de mitigación" o *"duty of mitigation* o *to mitigate"*, esto es, la regla que impide a la parte perjudicada por el incumplimiento reclamar indemnización por aquellas pérdidas que podrían haber sido evitadas, reducidas o paliadas, simplemente adoptando las medidas razonables apropiadas a las circunstancias concretas.

La mitigación del daño constituye un principio fundamental del Derecho angloamericano de contratos, pudiendo considerarse *leading case* en la materia el pronunciamiento sobre el asunto *British Westinghouse Electric and Manufactoring Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd* (1912, AC 673). El principio se aplica también por los tribunales en los territorios caribeños del ámbito anglosajón [*ad ex.* sentencia de la *Court of* Appeal de Jamaica en *National Transport Co-operative Society Ltd v Attorney General* (2011), Civ. App. n. 117].

En los ordenamientos caribeños de tradición romano-germánica, los códigos civiles no recogen el deber del acreedor de reducir el daño causado por el incumplimiento; sin embargo, la regla puede fundamentarse en la buena fe contractual, consagrada como principio general. Sí podemos encontrar una plasmación positiva del deber en algunos códigos de comercio (*ad ex.* arts. 1.074, 1.077, 1.078 y 1.079 CCom colombiano). El CC holandés y surinamés no recoge expresamente el deber de mitigación, pero la doctrina lo entiende comprendido en el art. 6:101, que regula la negligencia coadyuvante como

límite a la indemnización de los daños contractuales y que será tratada en el comentario del art. 7.4.4 de estos Principios.

En realidad, tanto el deber de mitigación como la negligencia coadyuvante son límites que pueden relacionarse con la causalidad: el deudor solo deberá responder de los daños que efectivamente ha causado, y no de aquellos que se deban a la propia conducta de la víctima propiciadora o agravadora del perjuicio. Estos límites están presentes en todos los sistemas, pudiendo ser alegados por el deudor incumplidor para restringir la cuantía del daño resarcible.

El análisis de la norma comentada permite acotar tres reglas. Según la primera, la parte perjudicada no tiene derecho a ser resarcido por aquellos daños que podría (y debería) haber evitado o reducido adoptando las medidas razonables adecuadas a las circunstancias (apartado 1). En realidad, y pese a su denominación inglesa como *"duty to mitigate",* no se trata de una verdadera obligación, pues no lleva acarreado el correlativo derecho, sino una carga cuya contravención será la reducción de la cuantía de la indemnización. La finalidad de la imposición de la regla es evitar que la pasividad de la parte perjudicada por el incumplimiento incremente un perjuicio que podía haberse fácilmente atenuado.

Las "medidas razonables" variarán de un supuesto a otro, dependiendo de las circunstancias, y en ocasiones consistirán simplemente en la realización de una operación de reemplazo conforme al art. 7.4.6 de estos Principios. Lo que no se requiere, en ningún caso, es que el contratante perjudicado adopte medidas que puedan entrañar riesgo económico.

> Ejemplo 1: A empresa de ventas "on line", encarga a la constructora B la reparación de la cubierta de su nave de almacenaje, debiendo concluirse la obra en un mes, antes del comienzo de la época de tormentas. Llegada la fecha pactada, la obra aún no se ha finalizado. Ante la amenaza de las lluvias y consciente A, por una parte, de que parar su actividad le acarrearía grandes pérdidas y, por otra, de que las mercancías que almacena son delicadas y quedarían irreparablemente dañadas por las lluvias, decide encargar a C, empresa fabricante de plásticos, una cubierta provisional, a fin de proteger el techo de la nave hasta que se concluyan las reparaciones.

Conforme a una segunda regla, el daño mitigado no es compensable. Así, si el acreedor consigue reducir o evitar los daños, no podrá reclamar indemnización por el daño mitigado.

> Ejemplo 2: A empresa pesquera del país X, ha contratado con B, del país Y, la entrega de las capturas realizadas cada día. La mañana del día "d", la mercantil B no se presenta en el puerto a recoger la pesca y A decide venderla en la lonja, obteniendo un

precio mayor al que había pactado con B. En consecuencia, A no podrá reclamar de B daño alguno.

Incluso si las medidas adoptadas hubieran superado el límite de lo razonable, resultando una extraordinaria reducción del daño que podría haber sufrido, no será compensado respecto de la diferencia. Y ello porque, como hemos visto, la indemnización cumple una función meramente compensatoria (comentario del art. 7.4.1).

Una tercera regla indica que la parte perjudicada deberá ser reembolsada por los gastos en que haya incurrido con motivo de su actuación mitigadora, siempre que dichos gastos fueren razonables, y ello independientemente del éxito o fracaso de las medidas (apartado segundo).

Ejemplo 3: En el supuesto de hecho del ejemplo 1, la empresa A podrá solicitar de B el reembolso de los gastos ocasionados por el encargo de la cubierta de plástico protectora de la nave de almacenaje.

Por el contrario, si el acreedor ha adoptado medidas extraordinarias y desproporcionadas que han aumentado el daño, no podrá recuperar los gastos ni solicitar indemnización por el daño mayor.

El deber de mitigación, se recoge en el art. 77 CV; art. 7.4.8 PU; art. 9:505 PECL; art. III-3:705 DCFR; y art. 163 CESL.

Artículo 7.4.4: *Daño imputable al acreedor*

El deudor no es responsable de los daños sufridos por el acreedor en la medida en que la conducta de este ha contribuido al incumplimiento o a sus efectos.

COMENTARIO:

Como se ha indicado en el comentario del artículo anterior, la conducta de la parte perjudicada coadyuvante a la causación del daño constituye otro límite de la indemnización conectado íntimamente con el nexo causal.

Si bien está relacionado con el deber de mitigación, e incluso algunos ordenamientos lo regulan conjuntamente [art. 6:101 CC holandés y surinamés), no se trata del mismo límite. El deber de reducir los daños no surge hasta que no se produce el incumplimiento; es entonces cuando el acreedor debe adoptar las medidas razonables para reducir el daño derivado. Sin embargo, en esta norma se trata del supuesto más

amplio en que el acreedor contribuye a que se produzca el propio incumplimiento o los daños. En realidad, la norma propuesta tiene como objetivo simplemente imputar al responsable solo aquella parte de los daños de los que efectivamente es responsable, razón por la que estamos ante un problema de causalidad o imputación objetiva.

El precepto abarca dos supuestos de hecho distintos. En el primero de ellos, el incumplimiento se produce debido totalmente o en parte a la conducta del acreedor, por ejemplo por el incumplimiento de sus deberes de colaboración cuando fueran necesarios para la ejecución de la prestación a cargo del deudor, incumplimiento de contratos que tuvieran alguna conexión, o por actos u omisiones de personas por quienes debe el acreedor responder, etc.

> Ejemplo 1: La empresa farmacéutica A, del país X, encarga a C, del país Y, la construcción de un edificio para los nuevos laboratorios, sobre un proyecto que había realizado para ella B, conocido arquitecto. Una vez construida, se observa que la obra no ofrece la resistencia sísmica requerida, quedando demostrado que se debe a un fallo en el proyecto; por consiguiente, C no será responsable del incumplimiento.

El segundo supuesto se refiere a la conducta (acción u omisión) de la parte perjudicada que incide en la agravación del daño producido por el incumplimiento.

> Ejemplo 2: La empresa hortofrutícola A del país X había vendido 3 toneladas de aguacates a la empresa B del país Y, para la elaboración de guacamole envasado. En los términos del contrato figuraba una cláusula en la que se especificaba que dichos aguacates debían entregarse en un estado de madurez que permitiera su almacenamiento en cámaras frigoríficas durante al menos una semana. Entregadas las mercancías, los aguacates comenzaron a pudrirse al segundo día. Quedó demostrado que si bien B había incumplido entregando aguacates demasiado maduros, la temperatura de las cámaras frigoríficas de A no era la adecuada para el mantenimiento de los frutos en óptimo estado. Por consiguiente, B no será responsable de todos los daños.

La consecuencia, en cualquier caso, será la exclusión o minoración de la responsabilidad, dependiendo del grado de intervención de la conducta de la parte perjudicada en el incumplimiento o en la causación del daño.

En los ordenamientos caribeños de tradición romano-germánica este límite, aunque no está consagrado de forma general en los códigos, ha conocido desarrollo jurisprudencial. En efecto, tanto en responsabilidad contractual como en responsabilidad aquiliana, los tribunales entienden que la concurrencia de la negligencia del acreedor en la producción del incumplimiento o sus efectos debe

producir una minoración del *quantum* indemnizatorio, proporcional al grado de participación de la parte perjudicada, o incluso una exención de la responsabilidad si ha habido culpa exclusiva del perjudicado.

En el *common law* la cuestión de la intervención de la culpa del perjudicado en la producción del daño no se consideró relevante frente a las reclamaciones por daños contractuales hasta 1945, fecha en que se dictó la *Law Reform (Contributory Negligence) Act.* Existe legislación similar en otros estados de la *Commonwealth,* así como en algunos estados norteamericanos. La nueva norma impuso la reducción de la indemnización por concurrencia de la culpa de la víctima en los casos de responsabilidad extracontractual (*tort*). Hasta entonces, el problema de la *contributory negligence* había sido escasamente discutido en Derecho inglés, ya que el sólido desarrollo jurisprudencial de la doctrina del deber de mitigación permitía resolver satisfactoriamente la mayoría de los casos. Sin embargo, con posterioridad se ha planteado la posibilidad de extender la aplicación de la norma a la responsabilidad contractual. De cualquier forma, se ha sostenido que incluso en caso de responsabilidad contractual, si el demandado consigue demostrar que el perjuicio causado se debe exclusivamente a la actuación negligente del actor, no sería responsable en absoluto [*Lambert v Lewis* (1982), AC 255].

Los PECL y el DCFR recogen en sendos preceptos el supuesto de pérdidas atribuibles a la parte agraviada (art. 9:504 PECL) o al acreedor (art. III-3:704 DCFR), declarando que no serán responsabilidad del incumplidor. De modo similar, el artículo 162 CESL dispone que el deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último haya contribuido al incumplimiento o sus efectos. Más detalladamente, los PU, establecen en su artículo 7.4.7 que cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes. Dispone, pues, la minoración de la indemnización, tal y como veíamos que ocurría en los sistemas romano-germánicos. No se encuentra en la CV un precepto específico sobre la negligencia coadyuvante; no obstante, la cuestión podría subsumirse en el supuesto del artículo 80.

Artículo 7.4.5: *Cálculo del daño*

1. Resuelto el contrato, el acreedor que ha concluido un negocio de reemplazo razonable, puede recuperar la

diferencia entre el precio acordado en el contrato y el precio del negocio de reemplazo.

2. **Resuelto el contrato, el acreedor que no concluye un negocio de reemplazo puede, si existe un precio corriente para la prestación convenida, recuperar la diferencia entre el precio contractual y el precio corriente en el momento de la resolución. Por precio corriente se entiende el precio generalmente establecido para una prestación realizada en circunstancias comparables en el lugar en que debía realizarse o, en defecto de precio corriente en dicho lugar, el precio corriente en otro lugar que quepa razonablemente considerar como lugar de referencia.**
3. **Lo establecido en los dos apartados anteriores debe entenderse sin perjuicio de la indemnización que corresponda a la parte perjudicada por otros daños adicionales, conforme a lo establecido en esta sección.**

COMENTARIO:

Para facilitar el cálculo del daño en la responsabilidad contractual cuando ha habido resolución de contrato, algunos ordenamientos consagran positivamente reglas de cálculo concreto y cálculo abstracto. El primero se basa en el precio actual, por ejemplo, porque se ha realizado una operación sustitutiva o de reemplazo. El cálculo abstracto tiene lugar cuando la indemnización se calcula sobre la base de un estándar, como puede ser el valor de mercado del bien que el acreedor debía haber recibido.

En el Derecho armonizado, se recogen expresamente patrones para la valoración del daño en el incumplimiento resolutorio que responden a estos sistemas de cálculo concreto y abstracto. Así, los arts. 75 CV, 7.4.5 PU, 9:506 PECL, III-3:706 DCFR y 164 CESL establecen que si el acreedor ha llevado a cabo una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, la indemnización deberá consistir en la diferencia entre el precio fijado en el contrato incumplido y el de la operación sustitutiva. A ello habrá de sumarse el resarcimiento por cualquier otra pérdida demostrada. Si no se ha realizado la operación de reemplazo, los arts. 76 CV, 7.4.6 (1) PU 9:507 PECL, III-3:707 DCFR y 165 CESL señalan un sistema de cálculo abstracto: la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado.

Tales criterios de cálculo no están recogidos en los códigos civiles caribeños, pero sí se tienen en cuenta por los tribunales a la hora de la fijación del monto indemnizatorio, sobre todo en contratos mercantiles. Además, una forma de cálculo concreto de la indemnización se recoge, aunque bajo el aspecto de cumplimiento específico, respecto de las obligaciones de hacer, que el acreedor puede mandar ejecutar a costa del deudor en caso de incumplimiento (art. 1.610 CC colombiano; art. 695 CC costarricense; art. 290 CC cubano; art. 1.144 CC francés y dominicano; art. 1.323 CC guatemalteco; art. 934 CC haitiano; art. 1.357 CC hondureño; art. 2.027 CC mexicano; art. 1.849 CC nicaragüense; art. 983 CC panameño; art. 1.051 CC portorriqueño; art. 997 CC santaluciano; art. 1.266 CC venezolano).

En otros sistemas, las normas sobre el cálculo concreto y abstracto se establecen solo a propósito de la regulación del contrato de compraventa; así ocurre en los artículos 7:36 y 7:37 CC holandés y surinamés; y en las normas de tradición inglesa, aunque referidas únicamente al cálculo abstracto [secs. 50 (3) y 51 (3) *Sale of Goods Act* inglesa, y con redacción idéntica: secs. 50 (3) a 51(3) *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda, Bahamas, Trinidad-Tobago, Belice, Montserrat, y secs. 49 (3) a 50 (3) *Sale of Goods Act* de Jamaica]. La legislación estadounidense prevé, sin embargo, ambos criterios de cálculo: cálculo concreto [secciones 2-706 (1) y 2-712 (1) UCC], y cálculo abstracto (sección 2-713 UCC).

En la norma de estos Principios se recogen los dos criterios de valoración del daño. El primer apartado hace referencia al cálculo concreto, sobre la base de una operación sustitutiva o negocio de reemplazo, ejecutado en tiempo y forma razonable. La indemnización se calculará mediante la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el obtenido en la operación de reemplazo. Si el negocio sustitutivo realizado por el acreedor no es razonable, por comportar una diferencia exorbitante con el precio acordado en el contrato incumplido, no se aplicará esta regla.

> Ejemplo 1: A, empresa exportadora de cacao del país X, ha realizado un contrato de compraventa con la sociedad B del país Y, por el que la primera se obliga a la entrega de 2 toneladas de cacao y B, a pagar 200. Llegado el momento de la entrega, A incumple, y B se ve obligado a comprar el cacao a C, quien se lo vende a 250. A deberá indemnizar por valor de 50, que es la diferencia entre el precio pactado y el pagado en la operación de reemplazo.

El cálculo abstracto se recoge en el segundo apartado, atendiendo al precio de mercado, si lo hubiera, de la prestación objeto del contrato. En este supuesto se calculará el monto de la indemnización teniendo en cuenta la diferencia entre el precio contractual y el corriente. Se plantea la difícil cuestión del momento al que hay que

atender para el cálculo, pues siendo el precio de mercado fluctuante (sobre todo el de algunos bienes), la cuantía de la indemnización podría variar considerablemente según se atienda a una fecha u otra. Los textos internacionales prefieren referir el cálculo al precio de mercado al tiempo de la resolución [arts. 76 (1) CV; art. 7.4.6 (1) PU; art. 9:507 PECL; art. III-3:707 DCFR; art. 165 CESL]. Sin embargo, en el sistema angloamericano la regla general es que hay que estar al precio de mercado de los bienes en el momento en que se produjo el incumplimiento [arts. 50 (3) y 51 (3) *Sale of Goods Act* inglesa, y con redacción idéntica: secs. 50 (3) a 51(3) *Sale of Goods Act* de Antigua y Barbuda, Bahamas, Trinidad y Tobago, Belice, Montserrat; y seccs. 49 (3) a 50 (3) *Sale of Goods Act* de Jamaica], o cuando el acreedor tuvo conocimiento del mismo [sección 2-713 (1) UCC]. Esta última opción pretende evitar que las partes puedan especular con el incumplimiento en un mercado fluctuante. Esta es la regla que se adoptó también para la valoración del equivalente en el art. 7.3.4 (3) de estos Principios. Sin embargo, en el caso de la indemnización por daños los Principios OHADAC se inclinan por la primera solución, en la medida que la consideración del precio al momento de la resolución resulta más consecuente con el principio de reparación integral del daño tanto emergente como por lucro cesante. En el caso de una diferencia notable o de una resolución negligente o especulativa, las reglas contenidas en los artículos 7.4.2 y 7.4.3 (1) serán utilizadas para ajustar el cálculo o, en su caso, optar por el precio de referencia en el momento del incumplimiento.

> Ejemplo 2: En los hechos del ejemplo 1, si cuando A se dispone a efectuar la entrega, el cacao es rechazado injustamente por B y aquel no consigue colocar la mercancía, los daños se valorarán teniendo en cuenta el precio de mercado del cacao el día de la resolución. Esto es, si el precio pactado en el contrato y que ha quedado impagado es 200 y el precio de mercado 300, A podrá recuperar daños por valor de 100 (300-200).

Se ha optado por la introducción de estos criterios de cálculo del daño en el incumplimiento resolutorio a pesar de que gran parte de los sistemas caribeños no los contemplan positivamente, por razones de utilidad en las operaciones comerciales, pues proporcionan un método de cálculo fácil, rápido y seguro.

Sin embargo, este artículo contiene unas reglas simplemente probatorias que no exceptúan los principios generales sobre la determinación del daño. Se trata meramente de aligerar la carga de la prueba que pesa sobre el acreedor a la hora de valorar el daño intrínseco (*propter rem ipsam non habitam*), no de limitar el *quantum* de la indemnización, ya que la parte perjudicada puede recuperar otros daños adicionales conforme a esta sección (apartado 3).

Artículo 7.4.6: ***Daños por retraso en el cumplimiento de obligaciones dinerarias***

1. **En defecto de pacto, el retraso en el cumplimiento de una obligación dineraria, concurra o no causa justificada, da derecho al acreedor a percibir intereses.**
2. **Los intereses se devengarán desde el momento de vencimiento de la obligación.**
3. **El acreedor podrá, además, reclamar por otros daños adicionales, si fueren indemnizables conforme a lo establecido en esta sección.**

COMENTARIO:

1. La obligación de pago del interés

En este artículo se establece una regla especial para el cálculo del daño en los casos de cumplimiento tardío de una obligación dineraria. En tales supuestos, la mayoría de los ordenamientos jurídicos caribeños funden el daño emergente y el lucro cesante en un *forfait*: el interés. Así pues, desde que el deudor esté constituido en mora (si el requisito es necesario) o desde que existe retraso en el cumplimiento, la suma pactada como obligación principal devengará un interés, que constituirá la indemnización de daños y perjuicios, directamente y sin necesidad de prueba alguna [art. 1.617 CC colombiano; art. 706 CC costarricense; art. 1.153 CC francés y dominicano; 1.435 CC guatemalteco; art. 943 CC haitiano; art. 1.367 CC hondureño; art. 707 CCom hondureño; art. 2.117.2º CC mexicano; art. 1.867 CC nicaragüense; art. 993 CC panameño; art. 223 CCom panameño; art. 1.061 CC portorriqueño; art. 1.008 CC santaluciano; art. 1.277 CC venezolano; sección 354 (1) *Restatement Second of Contracts;* art. 78 y 84 CV; arts. 7.4.9 (1) PU; art. 9:508 (1) PECL; art. III-3:708 (1) DCFR; arts. 168-171 CESL].

Mención aparte merece Cuba, donde es ilícito el pacto de intereses, excepto en las obligaciones provenientes de operaciones con entidades de crédito o de comercio exterior (art. 294 CC cubano). Así, el art. 315 CCom permite el pacto de interés sin tasa ni limitación de ninguna clase para los préstamos mercantiles.

En Inglaterra, hasta fechas relativamente recientes, no se imponía al deudor el pago de un interés por el pago retrasado, excepto si la obligación tenía su fuente en valores mercantiles o había pacto expreso de pago de intereses (en cuyo caso no se trataba de una indemnización por daños sino de una suma debida en cumplimiento de lo

acordado). En 1982 se permitió por ley (*Administration of Justice Act*) que el tribunal pueda acordar el pago de intereses, incluso si el deudor ha pagado antes de la sentencia, con tal de que lo haya hecho después de ser requerido judicialmente. Y para las obligaciones mercantiles, la *Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act* de 1998, impuso el pago de intereses moratorios como *"implied term"* en este tipo de contratos.

En línea con todo lo anterior, la norma propuesta confiere a la parte perjudicada por el incumplimiento de la obligación de pago de una deuda de dinero el derecho a los intereses acordados en el contrato. El derecho al cobro del interés no es, en realidad, una indemnización de daños y perjuicios; de ahí que no se le apliquen las reglas generales sobre este remedio establecidas en esta sección. El interés es el producto o fruto del dinero (fruto civil), por eso la parte incumplidora está obligada a su pago aunque el incumplimiento esté justificado conforme al art. 7.1.8 Principios OHADAC, pues la solución contraria determinaría un enriquecimiento del deudor, que percibe intereses de esa suma que ya debía haber entregado a la otra parte.

> Ejemplo: A del país X, ha comprado 100 toneladas de café a B del país Y. Vencida la obligación de pago del precio, a A le es imposible pagar la cantidad completa debido a una nueva regulación estatal que controla las salidas de capital al extranjero. En este supuesto, aunque el incumplimiento esté justificado por concurrir causa de fuerza mayor, A deberá abonar a B los intereses correspondientes.

Debido a la naturaleza del interés como fruto del dinero, el derecho de la parte perjudicada a su cobro no está sujeto a prueba alguna de existencia de un daño cierto, como ya se ha señalado en el comentario al art. 7.4.1 de estos Principios.

Esta obligación de pago de los intereses convenidos rige en defecto de que las partes hayan pactado otra cosa para el incumplimiento, por ejemplo mediante la introducción de una cláusula contractual de liquidación de daños conforme al artículo 7.4.7 de estos Principios.

2. Tipo de interés

La mayoría de los ordenamientos jurídicos caribeños suelen dejar a la autonomía de la voluntad la determinación de la tasa de interés y, a falta de pacto, se establece como regla supletoria el devengo del interés legal del dinero [art. 1.617 CC colombiano; art. 1.435 CC guatemalteco; arts. 6:119 y 6:120 CC holandés y surinamés; art. 1.367 CC hondureño (interés legal del 6%); art. 2.117.2º CC mexicano; art. 1.867 CC nicaragüense (interés legal del 9%); art. 993 CC panameño (interés legal del 6%); art. 1.061 CC portorriqueño (interés legal del 6%)]. Por su parte, la *Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act* de 1998 permite también, aunque con límites, el pacto

de un interés contractual (art. 8). El código de comercio de Cuba, sin embargo, en su regulación del préstamo mercantil, permite el pacto del interés contractual y, a falta de pacto por escrito, el préstamo será gratuito (arts. 314 y 315 CCom cubano). Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor (art. 315.2º CCom cubano).

Otros sistemas vigentes en la zona remiten directamente al interés legal (art. 1.153 CC francés y dominicano; art. 943 CC haitiano; art. 1.277 CC venezolano).

Los arts. 9:508 (1) PECL y III-3:708 (1) DCFR disponen que el tipo de interés se calculará conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales en préstamos a corto plazo a clientes cualificados, para la moneda de pago en el lugar donde deba realizarse el cumplimiento. El mismo tipo es también el punto de partida en el art. 7.4.9 (2) PU, que añade luego que cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago y en ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago. El CV, sin embargo, no fija ningún tipo de interés, dado que resultó imposible llegar a un acuerdo sobre un tipo estándar. El tipo de descuento se consideraba inadecuado para medir correctamente los costes del crédito, y tampoco hubo consenso sobre si había que optar por los costes del crédito del país vendedor o del país comprador.

Similares problemas se han planteado a la hora de fijar un tipo de interés supletorio al contractual pactado en la norma propuesta. Es preciso evitar favorecer una moneda fuerte en detrimento de otras, y por otra parte los intereses legales que rigen en los diferentes Estados de la zona son muy dispares. Por ello, se ha entendido que, tratándose de contratos comerciales, la solución más adecuada será dejar a las partes autonomía para regular la cuestión y, en su defecto, corresponderá a árbitros o tribunales establecer un índice de referencia *ad hoc* o conforme a la ley que regiría el contrato o la propia ley del foro. De ahí que se recomiende incluir en el contrato una cláusula que determine el tipo interés que regirá para las obligaciones dinerarias derivadas del contrato, como las señaladas al final del comentario a este precepto.

3. *Dies a quo* del devengo del interés

Los intereses comienzan a devengarse a partir del día en que la deuda esté vencida y resulte impagada, sin necesidad de requerimiento o notificación alguna por la parte perjudicada (apartado segundo). Esto es, si conforme a lo establecido en el art. 6.1.2 (a) de estos Principios se hubiera fijado una fecha determinada o determinable para el pago y el deudor incumple, los intereses correrán desde ese momento. Y si, según

dispone el art. 6.1.2 (b), se hubiere señalado un periodo dentro del cual el deudor debe cumplir, los intereses se devengarán desde el fin de dicho periodo.

Este es el sistema preferido por las normas de Derecho armonizado, que no requieren la constitución en mora para que el retraso en el pago constituya incumplimiento [art. 7.4.9 (1) PU; art. 9:508 (1) PECL; art. III-3:708 (1) DCFR], y constituye también el modelo adoptado por estos Principios (art. 7.1.1). Así pues, si la parte perjudicada ha concedido un plazo adicional para el pago conforme al art. 7.1.6, los intereses habrán corrido desde la fecha inicial en que la obligación había vencido y no desde que se hizo la notificación o después de transcurrido el periodo suplementario.

> Ejemplo: A del país X, ha comprado 100 toneladas de café a B del país Y, habiéndose fijado como fecha de la entrega y el pago el primero de junio. Llegado el tiempo, B entrega la mercancía, pero A incumple su obligación de pago del precio, alegando que está pendiente del cobro de unas ventas. B decide concederle un plazo adicional de 30 días para el cumplimiento. Finalmente, A paga el precio el día 30 de junio. B tiene derecho a los intereses desde el día 1 de junio, que fue el momento de vencimiento de la deuda.

4. Los daños adicionales

La finalidad de los intereses es evitar que la morosidad en el pago resulte económicamente provechosa para la parte incumplidora, pero no constituye propiamente una indemnización de daños y perjuicios, pues no necesita prueba de daños. Por ello, la parte perjudicada podrá reclamar el resarcimiento por otros daños adicionales que el incumplimiento en fecha le hubiere ocasionado, siempre que sean indemnizables conforme a estos Principios, es decir, cuando el incumplimiento no esté justificado y los daños alegados cumplan los requisitos de certeza y previsibilidad.

> Ejemplo 1: Si en los hechos del ejemplo del epígrafe 1, entre el momento del vencimiento y el del pago efectivo, se desploma el valor del dinero como consecuencia de la inflación, en tanto que la caída no está compensada con los intereses que se debían conforme al apartado primero del precepto, B no podrá reclamar daños adicionales por este motivo, ya que el incumplimiento de A estaba cubierto por una causa de justificación.
>
> Ejemplo 2: A, del país X, celebra un contrato de compraventa de inmueble con B, del país Y. Se acordó contractualmente como fecha de pago del precio el día 3 de abril, quedando reflejado en el contrato la importancia de la fecha de cumplimiento, dado que A necesitaba el dinero para devolver un préstamo que vencía ese día, siendo esa la verdadera razón de la venta. El comprador B no paga el precio en la fecha pactada y, como consecuencia, A no puede devolver el préstamo al vencimiento y debe soportar

un alto interés de demora. El vendedor podrá reclamar de B no solo los intereses que devengue el precio desde el día 3 de abril hasta el momento del pago efectivo, sino también los intereses del préstamo como daño adicional.

Esta es la solución que adoptan también los textos internacionales [art. 7.4.9 (3) PU; art. 9:508 (2) PECL; art. III-3:708 (2) DCFR]. E igualmente se recoge en algunos códigos de comercio del territorio OHADAC (*ad ex.* art. 679 CCom guatemalteco; art. 708 CCom hondureño). No obstante, no es posible reclamar daños adicionales en algunos sistemas jurídicos de la zona, como en los Derechos holandés y surinamés (art. 6:119, con la excepción recogida en el apartado primero) o en Costa Rica (art. 706 CC).

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DE INTERESES

Como se ha advertido en el apartado segundo del comentario de este artículo, la dificultad de fijar un interés único que funcione como supletorio al interés contractual, obliga a las partes que hayan sometido su contrato al régimen de los Principios OHADAC a incluir en el contrato una cláusula de determinación del tipo de interés aplicable.

Las cláusulas propuestas a continuación distinguen según se haya fijado una fecha determinada para el pago (cláusula A), o por el contrario, los contratantes hayan establecido un periodo dentro del cual el deudor deberá cumplir la obligación dineraria (cláusula B).

Ambas responden, sin embargo, al espíritu de estos Principios y, por consiguiente, no exigen constitución mora, ni requerimiento alguno, para que el retraso constituya incumplimiento (art. 7.1.1).

En el primer párrafo se establece el tipo de interés y el momento de devengo. Y el segundo párrafo recoge la posibilidad de indemnización por daños adicionales y es opcional, pues dichos daños serán resarcibles aunque nada se indique, por disposición del art. 7.4.6 (3) de estos Principios.

Opción A: Fecha determinada para el cumplimiento

"El impago de la obligación de (pago del precio, devolución del préstamo, etc…) en la fecha de cumplimiento pactada en la cláusula (…) de este contrato dará derecho a la parte perjudicada a un interés del (…)%

a partir del día de vencimiento y hasta el momento del pago efectivo, esté o no justificada la falta de pago.

La parte perjudicada podrá además reclamar el resarcimiento por otro daño adicional, siempre que sea cierto, previsible y el cumplimiento no esté justificado".

Opción B: Plazo para el cumplimiento

"El impago de la obligación de (pago del precio, devolución del préstamo, etc…) al finalizar el periodo de tiempo para el cumplimiento pactado en la cláusula (…) de este contrato dará derecho a la parte perjudicada a un interés del (…)% a partir del día final del plazo establecido y hasta el momento del pago efectivo, esté o no justificada la falta de pago.

La parte perjudicada podrá además reclamar el resarcimiento por otro daño adicional, siempre que sea cierto, previsible y el cumplimiento no esté justificado".

Artículo 7.4.7: *Cláusulas de liquidación de daños y perjuicios*

1. **Cuando las partes han establecido que la parte que incumpla su obligación deberá pagar una suma de dinero determinada, el acreedor tendrá derecho a recibirla con independencia del daño que se le haya causado.**
2. **No obstante, incluso si se ha pactado lo contrario, la indemnización convenida podrá reducirse a una suma razonable si resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada en razón de las circunstancias.**

COMENTARIO:

1. Caracterización de las cláusulas penales

Según dispone el apartado primero de este artículo, las partes contratantes pueden fijar la cuantía de las indemnizaciones por daños contractuales, acordando que el contratante que incumpla su obligación deberá pagar una suma determinada a la parte perjudicada por el incumplimiento, con independencia del daño que se haya causado. Se trata de las llamadas "penas compensatorias" o "cláusulas penales" con función de liquidación anticipada de daños y perjuicios en los sistemas romano-germánicos y, en Derecho anglosajón, *"liquidated damages clauses"*.

En efecto, los ordenamientos caribeños romano-germánicos admiten, por regla general, las cláusulas penales o penas convencionales, con muy variadas funciones, que pueden pactarse en los contratos comerciales al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (arts. 1.592-1.601 CC colombiano; art. 867 Ccom colombiano; arts. 708-714 CC costarricense; arts. 268-269 CC cubano; arts. 1.152 y 1.226-1.233 CC francés y dominicano; arts. 1.436-1.442 CC guatemalteco; arts. 942 y 1.013-1.020 CC haitiano; arts. 6:91-6:94 CC holandés y surinamés; arts. 1.417-1.420 CC hondureño; arts. 1.840-1.850 CC mexicano; art. 88 Ccom mexicano; arts. 1.985-2.003 CC nicaragüense; arts. 1.039-1.042 CC panameño; arts. 1.106-1.109 CC portorriqueño; arts. 1.062-1.068 CC santaluciano; arts. 1.276-1.263 CC venezolano).

El criterio en estos ordenamientos es que las sumas estipuladas sustituyen a la indemnización que podría percibir la parte perjudicada por el incumplimiento (pena compensatoria). Para que la cláusula tenga función punitiva (pena cumulativa), las partes tienen que darle expresamente ese carácter mediante pacto (art. 712 CC costarricense; art. 268 CC cubano; art. 1.418 CC hondureño; arts. 1.991 y 1.999 CC nicaragüense; art. 1.040 CC panameño; art. 1.107 CC portorriqueño); e igualmente dicho pacto es necesario para configurar la cláusula como facultativa o liberatoria de la obligación (art. 1.418 CC hondureño; art. 1.990 CC nicaragüense; art. 1.107 CC portorriqueño).

No obstante, si la pena liquidatoria se ha estipulado para los casos de retraso o cumplimiento parcial o defectuoso y el deudor ha incumplido total y definitivamente su obligación, el acreedor perjudicado puede demandar el cumplimiento de la obligación principal o la indemnización de daños más la pena (art. 1.594 CC colombiano; arts. 1.229 CC francés y dominicano; art. 1.437 CC guatemalteco; art. 1.016 CC haitiano; art. 1.419 CC hondureño; art. 1.846 CC mexicano; art. 1.991 CC nicaragüense; art. 1.108 CC portorriqueño; art. 1.064 CC santaluciano; art. 1.258 CC venezolano).

Por su parte, en el Derecho angloamericano, las cláusulas por las que se estipula el pago de una suma en caso de incumplimiento pueden ser de dos tipos: cláusulas

penales (*penalty clauses*) y cláusulas liquidatorias de daños y perjuicios (*liquidate damages clauses*). Las primeras, verdaderas penas (coincidentes con lo que en el Derecho continental se denominan "pena cumulativa"), son nulas y el acreedor podrá reclamar solo por las pérdidas reales sufridas. Las segundas (coincidentes con las cláusulas penales con función de liquidación previa de daños y perjuicios) son válidas. Según la jurisprudencia [*Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* (1915), UKHL 1], la esencia de la cláusula penal reside en que se estipulan *in terrorem*, con el fin de obligar al acreedor a cumplir su obligación principal. Las cláusulas de liquidación de daños, por el contrario, son una previa estimación de las pérdidas que sufriría el acreedor en caso de un incumplimiento imputable. La delimitación entre una cláusula penal y una cláusula de liquidación de daños es una cuestión interpretativa que debe dilucidarse en atención a las términos y circunstancias concurrentes (cuantía, daño que ocasionaría el incumplimiento…) y a la intención de las partes [sentencia de la *High* Court de Trinidad-Tobado en *Quality Really Services Ltd v Peterson* (1982), Carilaw TT 1982 HC 84; sentencia de la *Court of* Appeal de Barbados en *Furniture Ltd v Clark,* (2004), *Civ. app.* nº 21, 1997 (Carilaw BB 2004 CA 1); sección 356 *Restatement Second of Contracts*].

Los textos europeos de armonización del Derecho adoptan el enfoque continental de aceptar las cláusulas penales, permitiéndolas en los arts. 9:509 PECL y III-3:712 DCFR, incluso si por ser de cuantía elevada tienen finalidad coercitiva o de garantía del cumplimiento. No obstante, el segundo apartado de estos preceptos sujeta la cláusula a reducción atendiendo a la pérdida efectiva resultante del incumplimiento y a otras circunstancias. Los PU contienen en su artículo 7.4.13 una norma prácticamente coincidente.

Esta disparidad de criterios con los que los ordenamientos nacionales OHADAC tratan las cláusulas penales conduce a limitar la posibilidad de pacto en estos Principios a las denominadas cláusulas de liquidación previa o de pre-estimación de daños (*liquidated damages*), ya que la solución que significara contemplar la posibilidad de introducir verdaderas penas (pena cumulativa o *penalty clauses*), supondría un fuerte choque con la tradición del *common law*.

Tampoco se regulan en este precepto las cláusulas que establecen la posibilidad del deudor de liberarse de su obligación pagando la cantidad pactada ya que, en realidad la reglamentación de estas cláusulas (pena facultativa), pertenece al ámbito de las llamadas obligaciones facultativas.

Por consiguiente, a resultas del primer apartado de este artículo, son válidas las cláusulas contractuales en las que las partes establezcan una suma a pagar por la parte

incumplidora, en caso de faltar al cumplimiento, y que funcionalmente representan una estimación anticipada de los daños y perjuicios. Estas cláusulas tienen la ventaja de dispensar a la parte lesionada de la prueba de la certeza y la cuantía del daño. La parte perjudicada no podrá pedir daño mayor, ni la parte incumplidora alegar que aquella no ha sufrido daño alguno.

> Ejemplo: A y B celebran un contrato de obra, por el que A se obliga a construir para B un edificio, debiendo entregarlo antes del 31 de enero. En el contrato se introduce una cláusula en la que se prevé que la constructora deberá pagar 100 por cada día de retraso en la entrega de la obra. Si A cumple su obligación tardíamente el día 10 de febrero, estará obligado a pagar 1.000 cualesquiera que hayan sido los daños sufridos por B.

En consonancia con lo que prevén los ordenamientos nacionales, en principio la parte perjudicará solo tendrá derecho a reclamar el pago de lo establecido en la cláusula en los casos en que tendría derecho a indemnización de daños, esto es, cuando el incumplimiento no esté justificado conforme al art. 7.1.8 de estos Principios. No obstante, no hay inconveniente para que las partes establezcan otra cosa sobre la base de su autonomía privada.

2. Reducción de la indemnización convenida desproporcionada o excesiva

En algunos sistemas caribeños romano-germánicos se prevé la moderación judicial de la "pena" pactada cuando se hubiera previsto para un incumplimiento total y la obligación se hubiere cumplido parcial o irregularmente (art. 1.596 CC colombiano; art. 713 CC costarricense; art. 269 CC cubano; art. 1.231 CC francés y dominicano; art. 1.438 CC guatemalteco; art. 1.018 CC haitiano; art. 1.419 CC hondureño; art. 1.844 CC mexicano; art. 1.992 CC nicaragüense; art. 1.041 CC panameño; art. 1.108 CC portorriqueño; art. 1.260 CC venezolano).

Esta posibilidad de moderar es más amplia en otros códigos, que no solo prevén la reducción para el caso en que habiéndose pactado la pena para el incumplimiento total haya habido un principio de cumplimiento, sino de modo general a fin de evitar las penas excesivas (arts. 942 CC haitiano; 6:94.1º CC holandés y surinamés; arts. 1.007 y 1.066 CC santaluciano). En muchos códigos pueden encontrarse reglas de rebaja o adaptación proporcionales de las cláusulas penales excesivas (*ad ex.* art. 1.596 CC colombiano; art. 867 CCom colombiano; art. 712 CC costarricense art. 1.843-1.845 CC mexicano; art. 2.002 CC nicaragüense).

Amén de autorizar al juez para su rebaja, algunos textos permiten que la pena sea aumentada si resultara irrisoria (art. 1.152 CC francés y dominicano; art. 942 CC haitiano) o si así lo requieren los estándares de la razonabilidad o la equidad (art.

6:94.2º CC holandés y surinamés). Esta previsión abre a los jueces una vía para el control de las cláusulas penales liquidatorias, cuando no contienen una valoración previa, sino directamente una limitación de la responsabilidad en caso de incumplimiento, y se produce un incumplimiento doloso o gravemente culposo. En estos supuestos, los Derechos francés y holandés no permiten la limitación de la responsabilidad, por lo que los jueces podrán aumentar la pena pactada a fin de hacerla coincidir con los daños efectivamente sufridos por el acreedor. En los demás ordenamientos, el control de este tipo de cláusulas penales entraña mayor dificultad, debiéndose recurrir a las reglas aplicables a las cláusulas de limitación de la responsabilidad (art. 7.1.7).

En los sistemas del *common law,* en contrapartida, las cláusulas de liquidación de daños no se pueden modificar, pues se consideran fruto del acuerdo entre las partes e incluso si la suma pactada resulta ser muy baja [*Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widness Foundry Ltd* (1925), AC 20] el juez no puede incrementarla. Sin embargo, sí puede ser inválida si se trata de una condición general, por constituir una limitación irrazonable de la responsabilidad (*Unfair Contract Terms Act* de 1977 y *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999).

En el Derecho uniforme, los PU, PECL y el DCFR solo otorgan a los tribunales la facultad de reducción cuando sea patente que la suma estipulada excede substancialmente la pérdida real.

El apartado segundo de este artículo sanciona la potestad moderadora de las indemnizaciones convenidas, a fin de posibilitar el control de las estipulaciones irrazonables y manifiestamente abusivas. Se trata de una regla imperativa que no podrá ser excluida por las partes mediante pacto en contrario. Así pues, si la cantidad acordada por los contratantes resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada, con relación al daño que la parte perjudicada ha sufrido efectivamente, y atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, el juez o árbitro podrá rebajar proporcionalmente la indemnización pactada, hasta que este resulte razonable. Sin embargo, la indemnización no tiene por qué ajustarse a las pérdidas reales, pues debe considerarse que la intención de las partes que, en uso de su libertad contractual, han pretendido introducir una medida disuasoria del incumplimiento.

Precisamente en aras de este respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, que en los contratos comerciales se sitúan normalmente en un plano de igualdad, no se ha previsto en este artículo la facultad de los tribunales o árbitros de incrementar la cantidad pactada. No obstante, si la cláusula supusiera una limitación o exoneración de

la responsabilidad, atendidas las circunstancias concurrentes, habrá de estarse a lo establecido en el art. 7.1.7 de estos Principios.

CAPÍTULO 8
CESIÓN

Sección 1. Cesión de derechos

Artículo 8.1.1: *Ámbito de aplicación*

1. Mediante la cesión de derechos, el acreedor, denominado "cedente", transmite o provee como garantía a un tercero, denominado "cesionario", sus derechos en un contrato.

2. Esta sección no se aplica a:

a) las cesiones de derechos sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa;

b) las cesiones de instrumentos negociables o financieros y de títulos representativos de dominio.

COMENTARIO:

1. Propuesta de una regulación funcional

Los Principios OHADAC regulan la cesión de derechos contractuales, ya que en el comercio internacional esta se puede convertir en una forma relevante de financiación del acreedor, que recibe anticipadamente la contraprestación de la que es titular, con el descuento de una parte que se convierte en la ganancia del cesionario. La cesión también puede cumplir una importante función de garantía de cumplimiento por parte del acreedor en otro contrato.

En este contexto, los Principios parten de un doble parámetro: por un lado, la necesidad de buscar un consenso mínimo entre las legislaciones de los Estados participantes en la OHADAC; por otro lado, el máximo respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. Los Principios proponen, por tanto, una regulación funcional con siete artículos, que contrastan con los quince que disponen los Principios UNIDROIT, los diecisiete de los PECL y los veintidós del DCFR. Los Principios OHADAC

ofrecen en este punto mayor flexibilidad a las partes frente a la rigidez de otros textos internacionales, más influidos por la idea de una codificación. Tratan de ofrecer, además, una sistematización clara y de fácil manejo que se estructura a partir de los aspectos de especial interés para los operadores: condiciones de la cesión (artículo 8.1.1: ámbito de aplicación; artículo 8.1.2: condiciones objetivas; y artículo 8.1.3: condiciones subjetivas) y eficacia de dicha cesión, en general (art. 8.1.4) y en relación a cada parte (art. 8.1.5, respecto del deudor; art. 8.1.6., respecto del cedente; y art. 8.1.7, respecto del cesionario). Sea como fuere, ha de tenerse en cuenta que la plena operatividad de estos Principios exige su elección en dos contratos: por un lado, en el contrato originario, principalmente para determinar la posición del deudor; por otro, en el propio acuerdo de cesión, que se ocupa de la relación cedente-cesionario.

2. Definición y ámbito de aplicación

Los Principios proponen una definición de mínimos y de consenso en los sistemas jurídicos de la OHADAC, que explique el funcionamiento de las cesiones de derechos. El acreedor transmite un derecho a un tercero, el cesionario, de modo que tal derecho queda excluido del patrimonio del acreedor para integrarse en el patrimonio del cesionario (art. 1.690 CC colombiano). Asimismo, el acreedor puede ofrecer su derecho como garantía a favor de un tercero.

La cesión de derechos ha de reunir dos condiciones. Por un lado, la obligación cuyo derecho al cumplimiento se cede ha de nacer necesariamente de un contrato, con lo que se excluyen las cesiones de obligaciones nacidas de la ley, como, por ejemplo, los créditos dinerarios a favor de un perjudicado derivado de los daños no contractuales. Téngase en cuenta que la sistematización del presente capítulo está diseñada para la cesión del contrato en su conjunto, de alguno de sus derechos o de alguna de sus obligaciones. Por otro lado, la obligación puede consistir en un crédito dinerario o en otro tipo de derechos no dinerarios, que incluyan una obligación de hacer o no hacer. Como se verá, los Principios, para dar máximo protagonismo a la voluntad de las partes, recuerdan que, a elección de cedente y cesionario, la cesión puede ser total o parcial un derecho y a favor de uno o varios terceros.

3. Exclusiones de la sección

Como punto de partida, los Principios regulan únicamente las cesiones contractuales, es decir, las producidas por un acuerdo entre el acreedor y el tercero al que se transfiere el derecho. Se excluyen, en la misma línea de los PU (art. 9.1.1), las cesiones legales impuestas por un ordenamiento al margen de la voluntad de las partes. También se excluyen las cesiones derivadas de un acto unilateral del acreedor, como

por ejemplo una donación, en aquellos casos en los que no sea necesario un acto bilateral y, en particular, la aceptación del donatario.

Pero, aunque se trate de cesiones de derechos contractuales, la sección contempla dos exclusiones. En primer lugar, no se aplica a las cesiones de derechos derivadas de la transferencia conjunta de una empresa (en el mismo sentido: art. 9.1.2 PU). Al tratarse de una cesión global, existen reglas especiales que tienen preferencia a las normas sobre cesiones contractuales, además de una lógica jurídica distinta. Ello no obsta a que, motivada por una transferencia de una empresa, se produzca una cesión contractual individual de los derechos a un tercero, al margen de dicha transferencia. Esta cesión contractual individualizada quedará regida por los Principios.

> Ejemplo: La sociedad A es titular de varios créditos frente a las empresas B, C y D. Cuando la sociedad A es absorbida por la sociedad E, todos los créditos de los que es titular se transfieren a dicha sociedad E. Esta cesión queda excluida de los Principios.

Existe una segunda exclusión por razón de la materia, ya que la sección no se aplica a las cesiones de títulos de crédito o representativos de dominio y de instrumentos financieros (art. 1.966 CC colombiano; y, entre los textos internacionales, art. 9.1.2 PU; art. 11:101 PECL; art. III–5:101 DCFR). Ello se debe a las reglas especiales que regulan estos instrumentos. Por lo que respecta a los títulos, estos se justifican muchas veces para que el endoso y la transmisión del título impliquen automáticamente la transmisión del derecho subyacente, independientemente de este. A ello se añade que, en relación con los instrumentos financieros, estos se negocian y transmiten en mercados financieros, también de una forma independiente a la obligación subyacente. Lo expuesto no obsta a que estos derechos subyacentes puedan ser objeto de una cesión contractual, al margen de estos títulos o instrumentos, que sí quedarían regidos por los Principios.

Ha de tenerse en cuenta, por último, que la cesión de derechos en un contrato puede quedar mediatizada por la existencia de una controversia entre las partes originarias. Las normas de Derecho internacional privado determinarán cómo el carácter litigioso de un derecho afecta o no a su posible cesión (art. 1.107 CC costarricense; art. 1.472 CC haitiano).

Artículo 8.1.2: *Condiciones relativas a los derechos cedidos*

1. Pueden cederse los derechos al pago de una suma de dinero o al cumplimiento de una prestación no dineraria que reúnan las siguientes condiciones:

a) los derechos existen en el momento de la cesión o son derechos futuros identificables; y

b) los derechos están identificados individualmente o son identificables.

2. Podrá cederse total o parcialmente un derecho, y a favor de uno o varios cesionarios. La cesión parcial o a una pluralidad de cesionarios solo será válida si el derecho cedido es divisible.

COMENTARIO:

1. Derechos susceptibles de cesión

Los Principios recogen una práctica contractual del comercio internacional, codificada, por ejemplo, por los Principios UNIDROIT (arts. 9.1.1., 9.1.3 y 9.1.5), según la cual, pueden cederse tanto de derechos al pago de una suma de dinero como de derechos al cumplimiento de una prestación no dineraria. Asimismo, se pueden ceder los derechos ya existentes y los derechos futuros, así como los derechos identificados individualmente o señalados de una forma genérica. Tanto en este último caso como en el de derechos futuros, se exige que resulten susceptibles de identificación a partir de lo dispuesto en el acuerdo de cesión [arts. 9.1.5 y 9.1.6 PU; art. 11:102 PECL; art. III–5:106 DCFR; art. 235 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013; *Hughes v Groveholt Ltd* (2005), EWCA Civ 897, en referencia a la "*equitable assignment*" de derechos futuros].

> Ejemplo: Un proveedor vende a un fabricante una pieza de alta tecnología que este va a incorporar una maquinaria. Como garantía del pago, se cede, hasta la cuantía debida, el crédito futuro que se genere en el momento de que el fabricante venda esta maquinaria a un tercero, con el que ya tiene un precontrato firmado. De conformidad con los Principios, la cesión del futuro crédito es válida siempre que se identifique adecuadamente en el acuerdo de cesión.

2. La divisibilidad de la cesión

Los Principios permiten la cesión total o parcial de un derecho siempre que la división sea posible y no desvirtúe o impida el cumplimiento del deudor [*ad ex.* art. 1.116 CC costarricense; art. 235 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones (art. 1.692 CC francés); la "*equitable assignment*" inglesa, en contraste con la "*statutory assignment*" de la sección 136 (1) *Property Law Act*: *Holt v Heatherfield Trust Ltd.* (1942), 2 KB; *Crosstown Music Company v Rive Droite Music Ltd*

& Ors (2010), EWCA Civ 1222; art. 9.1.4 PU; art. 11:103 PECL; arts. III–5:102 y III-5:107 DCFR]. Así, no habrá inconveniente en una cesión parcial en caso de créditos dinerarios (arts. 1.444 y 1.447 CC guatemalteco), pero no será posible la cesión parcial de obligaciones de hacer que resulten indivisibles, conforme a los términos establecidos en estos Principios. Como se verá después (art. 8.1.3), si la cesión parcial incrementa la onerosidad de la prestación por el deudor se requerirá consentimiento del deudor. En cualquier caso, depende de la ley aplicable si una obligación resulta divisible o no a efectos de ser transferida, lo que permite lograr un consenso mínimo entre los ordenamientos de la OHADAC y respetar los menos proclives a la cesión parcial [por ejemplo, la "*absolute legal assignment of legal things in action*" de la sección 136 (1) *Property Law Act* del Derecho inglés, a diferencia de la "*equitable assignment*" ya señalada: *Holt v Heatherfield Trust Ltd.* (1942) 2 KB; *Crosstown Music Company v Rive Droite Music Ltd & Ors* (2010), EWCA Civ 1222].

> Ejemplo 1: La empresa A compra una maquinaria de alta tecnología al fabricante B, que pagará en plazos mensuales en diez años. A los tres años de pagos periódicos, el fabricante, ante la necesidad de liquidez, cede la cuantía restante del crédito a una entidad financiera C, previo descuento de una importante cantidad. Conforme a los Principios, esta cesión es totalmente legal al ser las obligaciones dinerarias esencialmente divisibles.

Asimismo, siempre que el derecho sea divisible, la cesión puede hacerse a favor de uno o varios cesionarios, cuya relación interna se regirá por las normas previstas por estos Principios para la pluralidad de acreedores. Los derechos de los cesionarios pueden ser separados, si cada uno solo puede exigir su parte; solidarios, si cada cesionario puede exigir la totalidad de la prestación; y mancomunados, si todos los cesionarios deben exigir la prestación de forma conjunta.

> Ejemplo 2: En el mismo caso anterior, el fabricante B cede su crédito a las entidades financieras C, D y E, y en el contrato de cesión se establece una cláusula de solidaridad activa. Cualquiera de las entidades financieras podrá requerir la totalidad de la deuda al obligado.

Artículo 8.1.3: *Condiciones relativas a las partes*

1. La cesión requiere acuerdo entre cedente y cesionario.

2. Se precisará, además, el consentimiento del deudor si:

a) su obligación es de carácter personal; o

b) su obligación se hace más onerosa como consecuencia de la cesión; o

c) cedente y deudor habían acordado tal consentimiento o la prohibición de la cesión de derechos.

3. El consentimiento del deudor podrá prestarse expresa o tácitamente y previa, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.

COMENTARIO:

1. Acuerdo entre cedente y cesionario

Los Principios establecen con carácter general la suficiencia del acuerdo entre el cedente y el cesionario para que la cesión produzca efectos *inter partes*; no es necesario, por tanto, consentimiento del deudor. Así se recoge en numerosos preceptos de los ordenamientos de la OHADAC [art. 1.104 CC costarricense; art. 257.1 CC cubano; art. 1443 CC guatemalteco; art. 2.030 CC mexicano; art. 2.114 CC nicaragüense; sección 16 del Capítulo 6:01 de la *Guyana Civil Law Act* de 1953; sección 19 (d) de la *Supreme Court Act* de 1905 de Bermudas; art. 1.434 CC surinamés anterior a la reforma] y en textos como el art. 235 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013 (art. 1.692 CC francés) y el art. 9.1.7 PU. No se prevé forma específica alguna para tal cesión, salvo las que puedan derivar de las normas imperativas exigibles en el contrato, como puede ser el caso de que conste por escrito o incluso en escritura pública [art. 1.959 CC colombiano; art. 256 CC cubano; art. 1.445 CC guatemalteco; art. 2.033 CC mexicano; art. 236 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013 (art. 1.690 CC francés)].

La suficiencia del mero acuerdo entre el cedente y el cesionario sin necesidad de notificación ni consentimiento del deudor tiene su explicación en dos argumentos. Por un lado, dar el máximo protagonismo a la autonomía de las partes, cedente y cesionario, en los acuerdos que celebren entre ellos. Con ello se recoge la filosofía de Estados como, por ejemplo, Belice o Trinidad y Tobago, que, fieles a la tradición anglosajona, no han codificado esta materia. Por otro, respetar esa autonomía de la voluntad entre el cedente y el cesionario en la medida en que no existe una alteración de la posición del deudor, que continúa obligado a realizar la misma prestación que se pactó en el contrato originario.

2. Consentimiento del deudor

A pesar de lo expuesto, existen tres excepciones en las que sí se necesita el consentimiento del deudor (*ad ex.* art. 257.2 CC cubano; art. 2.030 CC mexicano): si la obligación del deudor es de carácter personal; si dicha obligación se hace más onerosa como consecuencia de la cesión; o si así lo han pactado acreedor y deudor en su contrato originario.

En primer lugar, la obligación del deudor puede entenderse como de necesario cumplimiento a favor de un determinado acreedor, en función de sus condiciones personales [art. 235 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013 (art. 1.692 CC francés); *Don King Productions Inc v Warren* (1998), 2 All ER 608; sección 2-210 UCC; art. 11:302 PECL; art. III–5:109 DCFR]. En estas circunstancias, cualquier cesión a un tercero altera la prestación del deudor [*Stevens v Benning* (1854), 1 K&J 168, 176, 69 ER 414].

> Ejemplo 1: El proveedor A celebra un contrato de distribución comercial con la empresa B, que se compromete, en calidad de distribuidor oficial, a comercializar sus bienes a terceros. En virtud del contrato, el distribuidor tiene derecho al uso de los signos distintivos del proveedor (marca y nombre comercial) y pretende la cesión de este derecho a la empresa C. La cesión no será válida ni producirá efectos si no se notifica al proveedor A y este no presta su consentimiento. No en vano, la concesión del uso de signos distintivos al distribuidor B se basó en sus cualidades personales y reputación de índole económica y empresarial.

En segundo lugar, la cesión puede hacer la obligación del deudor más onerosa. En estos casos, es necesario el consentimiento del deudor, porque su obligación sufre, como consecuencia de la cesión, una alteración perjudicial (*ad ex.* sección 2-210 UCC). Los Principios presentan en este punto dos ventajas en comparación con los Principios UNIDROIT, que distinguen entre incrementos sustanciales o no sustanciales de la onerosidad. En primer lugar, respecto de los incrementos sustanciales de onerosidad, los Principios UNIDROIT no dan eficacia a la voluntad de las partes y "prohíben" la cesión (véase, respecto de los créditos no dinerarios: art. 9.1.3 PU y, en particular, respecto de las cesiones parciales de estos, art. 9.1.4 PU; en la misma línea, art. III-5:107 DCFR). Por el contrario, los Principios OHADAC respetan al máximo la voluntad de todas las partes afectadas por la cesión, cedente, cesionario y, en este caso, deudor, quien será libre de consentir o no una cesión con un incremento sustancial de la onerosidad. En segundo lugar, respecto de los incrementos no sustanciales de onerosidad, los Principios UNIDROIT disponen que sean soportados por el deudor a cambio de un derecho a ser indemnizado por los costes adicionales (art. 9.1.8). En cambio, los Principios OHADAC respetan al máximo el principio de conservación de la posición originaria por parte del deudor, de modo que cualquier cesión que agrave la

obligación requiere de su consentimiento, sin perjuicio de que pueda ser compensado por los costes adicionales.

> Ejemplo 2: el fabricante A tiene firmado un contrato de suministro a demanda de cuantas piezas requiera con el proveedor B, que se compromete a la entrega inmediata. El fabricante A cede su derecho a una empresa C, cuyo volumen de producción triplica al del cedente. En estas condiciones, la cesión del derecho precisa de notificación y consentimiento del deudor, según los Principios, dado que el cumplimiento de su obligación de suministro en la cuantía requerida y en el plazo pactado se hace más oneroso.

En tercer lugar, el acreedor cedente y el deudor han podido pactar en el contrato la obligación de notificación y consentimiento de cualquier cesión de derechos, cláusula que los Principios respetan como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes [art. 1.443 CC guatemalteco; art. 2.030 CC mexicano; además es fuente principal de regulación en Estados como Belice o Trinidad Tobago, por su tradición anglosajona; art. 235 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones (art. 1.692 CC francés)]. Esta suele ser una cláusula relativamente habitual que utilizan las partes para mantener un control del contrato durante toda su ejecución y para generar mayor seguridad jurídica y menos conflictividad en torno a qué se entiende por obligación personal o por obligación más onerosa, que precisan ambas de notificación y consentimiento del deudor. Este supuesto también incluye las cláusulas que se refieren a un derecho de oposición del deudor, durante un determinado plazo, siendo el silencio del deudor entendido como positivo y suficiente para la cesión. En cualquier caso, los PU y el UCC se pronuncian en sentido distinto (sección 9-406).

> Ejemplo 3: Si en el contrato entre acreedor y deudor se ha establecido que no se puede ceder el contrato ni ninguno de sus derechos u obligaciones, sin el previo acuerdo por escrito de las partes, la cesión de derechos no queda prohibida, pero en cualquier caso necesita el consentimiento del deudor.

En este mismo sentido, los Principios requieren el consentimiento del deudor si en el contrato se ha pactado la prohibición de cesión [art. III–5:108 (3) DCFR]. Este consentimiento juega como un acuerdo posterior en el tiempo que modifica el pacto original de prohibición de cesión. Existe, pues, un respeto total a la autonomía de la voluntad de las partes.

Ahora bien, por falta de consenso los Principios OHADAC no regulan qué ocurre cuando se cede un derecho sin el preceptivo consentimiento del deudor. Esta cuestión se determinará por la ley aplicable a la que remitan las normas de Derecho internacional privado. Existen, en este punto, dos posibles soluciones. La primera pasa

por negar la validez o la eficacia a la cesión del crédito, al hacerse en contra de lo dispuesto en el contrato originario [*Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd* (1993), UKHL 4]. Ello no obstaría a que el cesionario pudiera emprender acciones contra el cedente. Esta solución busca, pues, proteger la seguridad jurídica máxima y la "letra" del contrato, habiendo sido acogida parcialmente por el art. III–5:108 (3) DCFR. Es verdad que este se refiere a la validez y eficacia de la cesión sin consentimiento, pero también que libera al deudor si cumple a favor del cedente y no del cesionario. La segunda solución es la afirmación de la validez o incluso de la eficacia de la cesión de créditos, a pesar de lo dispuesto en el contrato originario. Esta solución busca proteger al cesionario, en su condición de tercero de buena fe, que desconocía la existencia de la prohibición de cesión, sin perjuicio de las reclamaciones que el deudor pudiera entablar contra el cedente. Esta solución ha sido seguida por los Principios UNIDROIT, cuando establecen que la cesión de créditos dinerarios produce efectos a pesar de la prohibición o limitación en el contrato, y sin perjuicio de que pueda reclamarse un incumplimiento contractual (art. 9.1.9). Lo mismo ocurre en relación con la cesión de derechos no dinerarios si el cesionario no conocía ni podía conocer la prohibición de cesión.

> Ejemplo 4: La empresa A cede un crédito a la empresa B, pero, cuando esta requiere de pago al deudor C, este se opone alegando que, en el contrato originario, se había pactado la necesidad de que el deudor aceptara por escrito la cesión, lo que no está dispuesto a hacer. La ley aplicable según las normas de Derecho internacional privado determinará si la cesión produce o no efectos. En caso de dicha ley establezca que no existe cesión del crédito, el cesionario B podría demandar al cedente A por los daños y perjuicios generados, dado que el cedente conocía o debía conocer la existencia de esa prohibición de cesión. Por el contrario, en caso de que la ley rectora determine la eficacia de la cesión, el cesionario B podría invocarla ante el deudor C, si bien este podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios al cedente A, por incumplimiento contractual.

3. Forma y momento del consentimiento

Los Principios dan libertad a las partes para obtener el consentimiento del deudor, tanto en lo que se refiere a la forma como al momento de prestación. El consentimiento puede hacerse de forma expresa pero también a través de actos inequívocos que evidencien la aceptación del deudor, como, por ejemplo, el realizar un primer pago al cesionario (art. 1.962 CC colombiano; art. 1.448 CC guatemalteco; art. 2.038 CC mexicano; art. 2.723 CC nicaragüense; arts. 1.550 y 1.551 CC venezolano). En este sentido, es interesante recordar, como hace el artículo 1.105 del CC costarricense,

que el mero conocimiento indirecto no equivale “por sí solo” a la notificación y ha de acompañarse de un hecho que indique una aceptación tácita.

Del mismo modo, el consentimiento se puede obtener en cualquier momento. La opción más segura es que el consentimiento del deudor se preste en el momento mismo de firmar la cesión. El consentimiento posterior al propio acuerdo tiene la ventaja de que el deudor conoce exactamente los términos de la cesión, pero tiene el inconveniente de que toda la negociación y la propia celebración del contrato de cesión de créditos pueden quedar frustrados por la posición posterior del deudor. Por último, el consentimiento por adelantado del deudor tiene la ventaja de que cedente y cesionario negocian y celebran el acuerdo de cesión con máxima seguridad respecto de su eficacia, pero tiene el riesgo de que se pueden producir discordancias sobre los términos sobre los que el deudor consintió y los términos finalmente pactados por cedente y cesionario. En cualquier caso, el deudor, cuando consiente, tiene que ser informado de la fecha exacta en la que el acuerdo de cesión será exigible para proceder adecuadamente al pago al cesionario [*Barbados Trust Company Ltd v Bank of Zambia & Anor* (2007), EWCA Civ 148].

La necesidad de consentimiento por parte del deudor y la posibilidad de que este se produzca después de la propia cesión llevan a preguntarse sobre qué efectos tiene el acuerdo de cesión mientras no se produzca tal consentimiento. Debe entenderse que el acuerdo de cesión incluye una condición suspensiva, por la cual, el acuerdo de cesión firmado no produce efectos hasta que el deudor acepte dicha cesión.

Artículo 8.1.4: *Eficacia de la cesión*

1. La cesión produce efectos frente al deudor:

a) Desde que recibe la notificación de la cesión, si no se requería su consentimiento o este se ha prestado por adelantado.

b) Desde que presta su consentimiento, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.

2. Después de que la cesión produzca efectos, el deudor solo quedará liberado cumpliendo respecto del cesionario.

3. **Cuando un cesionario cede sucesivamente el derecho a otro cesionario, el deudor se liberará de acuerdo con la última cesión que produjo efectos.**

4. **Cuando un mismo cedente cede el mismo derecho a dos o más cesionarios, el deudor se liberará de acuerdo con la primera cesión que produjo efectos.**

COMENTARIO:

1. Funciones de la notificación al deudor

Es un principio común en los Estados participantes en la OHADAC que la cesión debe ser notificada al deudor [art. 1.960 CC colombiano; art. 261 CC cubano; art. 1.690 CC dominicano y francés; art. 1.448 CC guatemalteco; art. 2.036 CC mexicano; art. 2.720 CC nicaragüense; art. 1.479 CC santaluciano; art. 1.550 CC venezolano; sección 136 (1) de la *Law Property Act* inglesa; art. 1.599 CC panameño; sección 16 del Capítulo 6:01 de la *Guyana Civil Law Act*; sección 19 (d) *Supreme Court Act* de Bermudas; art. 1.104 CC costarricense]. También es un principio compartido por el art. 240 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013, la sección 9-406 UCC y el art. 9.1.10 PU. Solo así el deudor puede cumplir a favor del cesionario; de lo contrario, se originaría una "cesión silenciosa" desconocida por el deudor y, por tanto, no oponible a este, que quedará liberado si paga al cedente.

Este Principio de notificación al deudor juega siempre que no se requiera consentimiento del deudor o cuando, siendo este exigible, se haya prestado por adelantado. Téngase en cuenta que, en este último caso, el deudor necesita conocer la fecha en la que efectivamente el acuerdo de celebración tendrá vigencia. Por el contrario, si el consentimiento del deudor se ha prestado simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo, la cesión produce efectos desde ese mismo momento, porque el deudor tiene un conocimiento pleno y efectivo sobre la existencia de la cesión.

Los Principios expuestos deben completarse con la autonomía de la voluntad de las partes y, en su caso, con la ley rectora de la operación. Así, por un lado, las partes implicadas pueden acordar una eficacia diferida de la cesión, de forma que, en la notificación o en el momento de consentir, se informe sobre la fecha exacta en la que adquirirá eficacia la cesión. Por otro lado, por falta de una posición clara en los Estados de la OHADAC, los Principios no regulan exhaustivamente cuál debe ser el contenido de la notificación, si bien de la propia dinámica contractual se deduce que tiene que

ofrecer al deudor información suficiente para permitirle un cumplimiento adecuado respecto del cesionario (datos del cesionario, el alcance de la cesión si es parcial, indicaciones especiales…) y, según los casos, un consentimiento informado. En este último caso, la notificación tiene que informarle de todos los datos que permitan concluir si va a existir un incremento de la onerosidad como consecuencia de la cesión.

2. Efectos de la cesión

Una vez que la cesión produzca efectos frente al deudor, este solo quedará liberado cumpliendo respecto del cesionario, y no respecto del cedente [art. 2.041 CC mexicano; art. 1.479 CC santaluciano; sección 136 (1) de la *Law Property Act* inglesa y *Tolhurst v Associated Portland Cement Manufacturers Ltd* (1902), 2 KB 660; sección 16 del Capítulo 6:01 de la *Guyana Civil Act*; sección 19 (d) de la *Supreme Court Act* de Bermudas; sección 9-406 UCC; art. 11:303 PECL; art. III–5:113 y 118 DCFR]. *A sensu contrario*, mientras no exista notificación al deudor y, en su caso, consentimiento, dicho deudor no tendrá obligación alguna respecto del cesionario, quien no le podrá exigir su derecho como cesionario. El deudor quedará liberado si paga o cumple la prestación respecto del cedente, acreedor en la relación originaria (art. 1.963 CC colombiano; art. 1.106 CC costarricense; art. 1.464 CC haitiano; art. 1.691 CC dominicano y francés; art. 1.667 CC hondureño; art. 2.040 CC mexicano; art. 2.724 CC nicaragüense; art. 1.279 CC panameño; art. 1.551 CC venezolano).

3. Cesiones "en cadena"

Los Principios recogen el supuesto en el que, después de que el cedente ceda el derecho al cesionario, este "subcede" el derecho a un tercero, "subcesionario". Es verdad que no existe una tipificación de esta regla en los sistemas de la OHADAC, más allá de alguna alusión parcial como la del artículo 1.105 del CC costarricense, que se refiere a la colusión o imprudencia grave de un segundo cesionario. Sin embargo, también es cierto que se da una solución común en estos ordenamientos y que, incluso, puede considerarse una práctica contractual en el comercio internacional. Esta solución común a los casos de cesiones "en cadena" es que el deudor se liberará cumpliendo en función de la última cesión que produjo efectos, tomando como referencia, según proceda, la fecha de notificación o de aceptación por el deudor.

> Ejemplo 1: El cedente A cede un crédito de 100.000 $ al cesionario B, por el que este paga 95.000 $. Ante las necesidades de liquidez del cesionario B, este decide subceder dicho crédito al cesionario C. Si esta subcesión es notificada adecuadamente al deudor, el deudor solo quedará liberado pagando al subcesionario C.

En este contexto, no contarán las cesiones sucesivas que no produzcan efectos frente al deudor.

Ejemplo 2: En el caso anterior, el cesionario B notifica su cesión al deudor. Vencido el crédito, el deudor cumple a favor del cesionario B, notificando el subcesionario C su cesión días después del cumplimiento. El deudor ha quedado liberado pagando al cesionario B, porque era la última cesión notificada.

Un problema particular es aquel en el que se rompe la cadena de notificaciones, es decir, el subcesionario notifica su cesión antes que el primer cesionario. Este supuesto plantea un funcionamiento anómalo de la cadena: el deudor es informado por un subcesionario, con el que no tiene una relación jurídica directa, respecto de la cesión efectuada por un primer cesionario (subcedente), con el que tampoco tiene una relación jurídica directa. En estos casos, el subcesionario tendrá derecho a recibir el cumplimiento de la obligación si se acredita la cadena de cesiones entre cedente, subcedente y subcesionario.

4. Cesiones múltiples

Los Principios también se refieren a aquellos casos en los que un cedente cede el mismo derecho a varios cesionarios. Ello genera una situación de máxima inseguridad jurídica para el deudor, al que debe ofrecérsele una solución clara para liberarse, a saber: cumplir respecto del cesionario cuya cesión ha producido efectos en primer lugar. El deudor quedará liberado de forma inmediata, independientemente de cualesquiera otras cesiones. Al igual que ocurría en el caso anterior, no es habitual la codificación de esta solución en los Estados de la OHADAC, más allá del artículo 2.039 CC mexicano, si bien ha sido acogida en los ordenamientos de influencia en la OHADAC [art. 237 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013 (art. 1.689 CC francés)] y en textos internacionales (art. 9.1.11 PU; art. 11:401 PECL; arts. III–5:114 y 121 DCFR). Sea como fuere, se observa una solución tácita de consenso, que puede catalogarse como una práctica contractual en el comercio internacional.

Ejemplo 1: El cedente A cede el mismo crédito al cesionario B y, una semana después, al cesionario C. Este cesionario C notifica la cesión al deudor al día siguiente del acuerdo, mientras que la notificación de la cesión a B es recibida quince días después. El deudor quedará liberado si paga al cesionario C, independientemente de que la fecha del contrato de cesión sea posterior a la del contrato a favor del cesionario B. De hecho, cualquier pago que haga el deudor al cesionario B no le liberará, en la medida en que no fue la primera notificación recibida.

Puede plantearse algún problema respecto de las notificaciones ya efectuadas, pero que se hallan suspensas hasta que se dé prueba adecuada de la cesión, de conformidad con lo exigido en el contrato originario. En estos casos, se tomará como

referencia la fecha en la prueba de notificación, a condición de que se ofrezca en el plazo razonable prueba adecuada de la cesión. Por el contrario, si en ese plazo razonable no se ofrece prueba adecuada de la cesión, la notificación se tendrá por no efectuada y, por tanto, no será considerada la de referencia para el cumplimiento del deudor.

> Ejemplo 2: Como en el caso anterior, el cesionario C notificó la cesión al deudor al día siguiente del acuerdo, mientras que la notificación de la cesión a B fue recibida quince días después. El deudor, de conformidad con su contrato, exige al cesionario C que dé prueba adecuada de la cesión, lo que hace a los dieciséis días de la notificación. De acuerdo con los Principios, continúa teniendo mejor derecho el cesionario C. Aunque la prueba adecuada de la cesión se emitió después de la notificación del cesionario B, la notificación de la cesión fue hecha con anterioridad.

Estas cesiones múltiples plantean un problema en las relaciones entre el cedente y los cesionarios, que no se aborda, al ser estos Principios una regulación de mínimos consensuados y quedar este problema en la esfera interna de los distintos contratos de cesión. Así, los distintos cesionarios podrán reclamar al cedente si este ha cedido un derecho que, en puridad, ya no le pertenecía (era propiedad del primer cesionario). También deberán analizarse si en los distintos contratos de cesión se había establecido un orden jerárquico en los distintos cesionarios y, en particular, si el crédito se cedió a varios cesionarios en calidad de garantía contractual.

Artículo 8.1.5: *Posición del deudor*

1. **El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que tenía frente al cedente.**
2. **El deudor puede oponer al cesionario cualquier derecho de compensación disponible contra el cedente y originado antes de que la cesión produzca efectos.**
3. **El deudor debe ser compensado por los costes adicionales generados por la cesión. El cedente y el cesionario quedan obligados solidariamente a pagar estos costes.**

COMENTARIO:

1. Oponibilidad de excepciones por el deudor

Los Principios parten de una idea fundamental, común en los sistemas jurídicos de la OHADAC: el deudor no puede ver alterada su posición jurídica como consecuencia de la cesión. Ello se traduce en tres aspectos fundamentales: las excepciones del deudor, los derechos de compensación y la indemnización por los costes adicionales soportados.

En primer lugar, los Principios reconocen el derecho a que el deudor oponga al cesionario todas las excepciones que le asistían contra el cedente [art. 1.964 CC colombiano; art. 1.111 y art. 1104 CC costarricense; art. 262 CC cubano; art. 1.450 CC guatemalteco; art. 6:145 CC holandés y surinamés; art. 1.440 CC surinamés anterior a la reforma; art. 2.035 CC mexicano; art. 2.725 CC nicaragüense; sección 16 del Capítulo 6:01 de la *Guyana Civil Act*; sección 19 (d) de la *Supreme Court* Act de Bermudas; art. 240 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones; sección 9-404 UCC; art. 9.1.13 PU; art. 11:307 PECL; art. III–5:116 DCFR]. Ello se debe a que el deudor no puede quedar en una peor situación por el mero hecho de la cesión, máxime cuando no ha de olvidarse que, como regla general y sin perjuicio de algunas excepciones, la cesión produce efectos sin necesidad de consentimiento del deudor. En cualquier caso, el deudor y el cedente han podido incluir pacto en contra de este derecho (sección 9-403 UCC).

> Ejemplo 1: La deuda ha prescrito de conformidad con la ley rectora del contrato. Pese a ello, el cedente cede el crédito a un cesionario que reclama al deudor. De conformidad con los Principios, el deudor puede oponer la excepción de prescripción al cesionario, independientemente de lo que este haya podido estipular con el cedente en el contrato.

Lo expuesto no afecta al derecho del cesionario a ejercer cuantas acciones legales le correspondan contra el cedente por mala fe o por incumplimiento de los deberes contractuales propios del acuerdo de cesión. Conviene recordar, en este sentido, que una de las excepciones que el deudor podría oponer al cesionario sería la *exceptio non adimpleti contractus* o derecho a no cumplir si el cedente no ha cumplido con sus obligaciones. Podría ocurrir, de hecho, que un comportamiento negligente del cedente repercutiera negativamente en el cesionario, al que el deudor le podría oponer esta excepción.

> Ejemplo 2: La empresa A vende una mercancía a la empresa B e, inmediatamente después de celebrarse el contrato, cede el crédito derivado del pago del precio a la empresa C. Sin embargo, la empresa A (vendedora y cedente) no entrega la mercancía, por lo que, cuando el cesionario C reclama el pago del crédito a la empresa B

(compradora y deudora), esta opone su derecho a no cumplir mientras no cumpla la empresa A. De acuerdo con los Principios, el deudor tiene derecho a oponer la *exceptio non adimpleti contractus* al cesionario, sin perjuicio de que dicho cesionario pueda reclamar contra el cedente por su comportamiento negligente en la compraventa.

2. El derecho de compensación del deudor

Los Principios, para preservar la posición del deudor y que no se vea perjudicado por la cesión, contienen una previsión sobre el derecho de compensación de sus créditos. En este sentido, el deudor puede oponer al cesionario cualquier derecho de compensación que tenga contra el cedente y que se haya originado antes de la notificación de la cesión o, en su caso, de la aceptación de esta [art. 1.718 CC colombiano; arts. 813 y 1.111 CC costarricense; art. 6:130 CC holandés y surinamés; art. 1.476 CC hondureño; art. 2.035 CC mexicano; art. 1.084 CC panameño; art. 1.152 CC portorriqueño; art. 1.122 CC santaluciano; art. 1.452 CC surinamés anterior a la reforma; art. 1.337 CC venezolano; art. 240 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013; sección 2-210 UCC; art. 9.1.13 PU; art. 11:307 PECL; art. III-5:101 DCFR]. Se trata, en definitiva, de seguir la lógica del apartado primero, según la cual el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que tenga frente al cedente. La "anomalía" de hacer valer frente al cesionario un crédito que se tiene contra el cedente se debe a que el derecho de compensación se ha originado, conforme a los presentes Principios, antes de que la cesión produzca efectos y en la relación deudor-cesionario. En otras palabras, la peculiaridad es que el crédito compensable nace antes de la cesión, pero la compensación se alega después de la cesión.

> Ejemplo 1: La empresa A es proveedora de la distribuidora B, que realiza compras periódicas. La empresa A cede su crédito al cesionario C. Al tiempo, la distribuidora B es titular de un crédito contra la proveedora A, por la obligación de recompra del stock que pesa sobre A en caso de no ser colocados los productos en el mercado. El crédito de la distribuidora-deudora vence y es exigible quince días antes de que el cesionario C le notifique la cesión. Cuando el cesionario reclama el pago del crédito cedido, la distribuidora deudora B alega compensación con el crédito que tiene a su favor respecto de la proveedora A. Conforme a los Principios, la compensación es oponible porque se ha generado antes de la notificación de la cesión.

Una vez que se haya producido la notificación o que el deudor haya aceptado la cesión, en los casos en los que sea exigible, el derecho de compensación que nazca respecto de créditos del cedente ya no es oponible, como recuerda, por ejemplo, el art. 1.476

CC hondureño. Por el contrario, el deudor sí podrá alegar los derechos de compensación respecto de créditos del cesionario.

> Ejemplo 2: El caso es el mismo que en el ejemplo 1. El crédito de la distribuidora-deudora por recompra del stock por parte del proveedor-acreedor vence y es exigible un mes después de que el cesionario le haya notificado la cesión del crédito. Conforme a los Principios, el deudor no tiene derecho a compensación frente al cesionario.

3. Compensación de los costes adicionales

Como consecuencia de la cesión, el deudor no puede ver encarecida la prestación. Por ello, siguiendo la tendencia de los Principios UNIDROIT (art. 9.1.8), del DCFR (art. III–5:107) y de lo que puede considerarse una práctica contractual generalizada, el deudor tiene derecho a ser compensado por los costes adicionales generados por la cesión, salvo acuerdo en contra (art. 240 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013). La compensación correrá a cargo del cedente o del cesionario, estableciéndose entre ellos una obligación solidaria de conformidad con las normas de los Principios OHADAC. Así pues, el deudor podrá requerir al cedente o al cesionario quienes estarán obligados a sufragar la totalidad de los costes adicionales, sin perjuicio de las acciones de reembolso y sin perjuicio de que el deudor no puede pedir una compensación doble por el mismo coste.

Esta obligación solidaria entre cedente y cesionario favorece al deudor y responde a una doble fundamentación. Por un lado, es lógico que el cedente pueda verse obligado a compensar al deudor, porque es el causante de la cesión y con quien el deudor tenía la relación jurídica originaria. Por otro lado, también es lógico que el cesionario se vea obligado a compensar al deudor, porque es el pago a su favor el que origina el incremento de los costes de la prestación. En la práctica de la cesión de créditos dinerarios, quizá la forma más rápida y ágil de compensar los costes adicionales sea imputándolos al cesionario. Así, en el momento de que el deudor pague a dicho cesionario, ya podrá descontar *ex ante* los costes adicionales.

> Ejemplo: El deudor, establecido en el Estado A, había pactado con el cedente el pago de un crédito de 100.000 $ a través de una transferencia a una cuenta del cedente en una sucursal bancaria del Estado A. Al cederse el crédito al cesionario, el pago ha de hacerse a través de una transferencia a una cuenta del cesionario en una sucursal bancaria del Estado B. Al pasar a ser una transferencia bancaria internacional, se incrementan los costes en 2.000 $, por lo que, de conformidad con los Principios, el deudor puede reclamar estos costes al cedente o al cesionario. Incluso, en el momento de pagar al cesionario, podría descontar estos costes adicionales.

Artículo 8.1.6: *Posición del cedente*

Salvo pacto en contra, el cedente garantiza frente al cesionario que:

a) el derecho existe o es un derecho futuro identificable, que puede cederse y que está libre de cualquier pretensión o derecho de tercero; y

b) está facultado para ceder el crédito, que el deudor no tiene excepción alguna y que no existe ni existirá derecho de compensación alguno con deudas del cedente.

COMENTARIO:

1. Garantía de las condiciones objetivas del derecho

Los Principios establecen las obligaciones que asume el cedente frente al cesionario, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad contractual salvo acuerdo en contra [art. 1.965 CC colombiano; art. 1.113 CC costarricense; art. 259 CC cubano; art. 1.693-1.695 CC francés y dominicano (art. 239 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013); art. 1.466 CC haitiano; art. 1.451 CC guatemalteco; art. 1.669 CC hondureño; art. 2.042 CC mexicano; art. 2.726 CC nicaragüense; art. 1.281 CC panameño; art. 1.419 CC portorriqueño; art. 1.553 CC venezolano; sección 16 del Capítulo 6:01 de la *Guayane Civil Act*; art. 9.1.15 PU; art. 11:204 PECL; art. III–5:104 y 112 DCFR].

La primera obligación es asegurar las condiciones del derecho para ser cedido. Así, el cedente ha de garantizar que el crédito existe o hacer constar que se trata un derecho futuro susceptible de identificación. Recuérdese que, en caso contrario, y de conformidad con estos Principios, el derecho no podría ser cedido. Esta garantía no significa que el cedente deba asegurar la solvencia del deudor, salvo pacto en contra, en lo que constituye un principio general codificado, por ejemplo, por el por el CC costarricense (art. 1.114), por el CC francés y dominicano (arts. 1.694 y 1.695), por el CC haitiano (art. 1.467), por el CC guatemalteco (arts. 1.451 y 1.452), por el CC hondureño (art. 1.669), por el CC mexicano (art. 2.043), por el CC nicaragüense (art. 2.726), por el CC panameño (art. 1.281), por el CC portorriqueño (art. 1.419), o por el CC venezolano (art. 1.554), y presente asimismo en el art. 239 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013.

Además, el cedente ha de asegurar que el crédito puede cederse, teniendo en cuenta las restricciones que pueden existir a dicha cesión: en caso de derechos genéricos, que no pueda identificarse; o, en caso de cesión parcial, que el derecho no sea divisible, etc. Por último, ha de asegurarse que el crédito está libre de cargas y reclamaciones de terceros. Esta última mención es especialmente importante en los casos en los que el cedente ha realizado cesiones múltiples a varios cesionarios. A veces se incurre en una situación patológica en la que las segundas cesiones son de derechos que ya no pertenecen al cedente. Otras veces, las cesiones múltiples son situaciones regulares: el cedente es el titular del derecho en todas las cesiones y sobre su derecho pesan varias cesiones a modo de garantía.

A diferencia de lo que ocurre en los Principios UNIDROIT [art. 9.1.15 (c)], en los Principios OHADAC no existe referencia expresa a que "el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario". Se evitan, así, reiteraciones ya que esta obligación ya va incluida en la mención de que el derecho cedido esté libre de cualquier derecho o reclamación de terceros, que bien pueden ser otros cesionarios con mejor derecho. Esta expresión resulta, además, más exacta que la empleada por los PU, porque términos tales como que "el crédito no haya sido previamente cedido a otro cesionario" parecen penalizar situaciones totalmente legales y que no plantean inconveniente alguno, como es el caso de las cesiones "en cadena" (cedente-cesionario-subcesionario). En estos casos, el derecho sí ha sido previamente cedido a otro cesionario, pero no existe patología alguna, porque ese "otro cesionario" se convierte en "subcedente" y vuelve a ceder el crédito a un "subcesionario". El primer cesionario actúa de forma legal porque es el propietario del derecho, con la peculiaridad de que repite la operación y vuelve a ceder el derecho, lo que no ocurre necesariamente en las cesiones múltiples de derechos.

2. Garantía de las condiciones subjetivas de la cesión

La segunda obligación del cedente, so pena de incurrir en incumplimiento contractual, es la de asegurar la existencia de las condiciones necesarias para la cesión en lo que respecta a las partes. Ha de garantizar, así, que el cedente está facultado para ceder el crédito o, en otro caso, hacer mención a la necesidad de consentimiento por parte del deudor cuando la cesión implique un incremento de la onerosidad, la obligación del deudor sea de carácter personal o cuando deudor y acreedor hayan pactado el consentimiento de la contraparte. Es quizá este último el supuesto más interesante, ya que es el de más difícil cálculo para el cesionario, si no tiene acceso al contrato originario entre el deudor y el acreedor por razones de confidencialidad. Debe fiarse, en tal caso, de lo que declare el acreedor cedente sobre su facultad para ceder el derecho.

En este sentido, el cedente también garantiza que el deudor no tiene excepción alguna frente a él que pueda ser invocada para no cumplir respecto del cesionario. En la misma línea, ha de garantizar que no existe ni existirá un derecho de compensación entre el crédito cedido y deudas del cedente. Este aseguramiento es especialmente útil para el cesionario, pues recuérdese que asume un riesgo importante como es que, hasta que se produzca la notificación de la cesión o, en su caso, la aceptación, el deudor pueda alegar un derecho de compensación frente al cesionario, pero en relación con créditos del cedente. Esta situación es perjudicial para el cesionario porque el valor del crédito que ha adquirido es cero (el deudor lo compensa con una deuda del cedente y no del cesionario). Repárese, además, en que los Principios se refieren a que el cedente asegure que no existe ni "existirá" un derecho de compensación. Que "no existe" hace alusión al momento de celebración del acuerdo de cesión; que "no existirá" hace alusión al periodo que media entre la celebración de dicho acuerdo y el momento en el que se notificará la cesión al deudor, que es cuando produce efectos a la hora de que precluya el nacimiento de un derecho de compensación. Lógicamente esta garantía no se extiende al derecho de compensación del crédito cedido con deudas del cesionario, lo que ya pertenece a la esfera patrimonial de este y no genera responsabilidad alguna por parte del cedente.

Artículo 8.1.7: *Posición del cesionario*

1. El cesionario adquiere el derecho cedido, así como los derechos accesorios y las garantías.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior y salvo disposición en contra del garante, las garantías prestadas por terceros se extinguirán si:

a) la obligación del deudor se hace más onerosa como consecuencia de la cesión; o

b) acreedor y deudor habían pactado la prohibición de cesión de derechos; o

c) el garante había prestado su garantía con la condición de que el derecho no fuera cedido.

COMENTARIO:

1. Alcance de la cesión

Es un principio común que el cesionario adquiere todos los derechos derivados de aquel que ha sido cedido [art. 1.964 CC colombiano; art. 1.109 CC costarricense; art. 257.1 CC cubano; art. 1.692 CC dominicano y francés; art. 1.444 CC guatemalteco; art. 1.465 CC haitiano; art. 6:142 CC holandés y surinamés; art. 1.668 CC hondureño; art. 2.032 CC mexicano; art. 1.280 CC panameño; art. 1.418 CC portorriqueño; art. 1479 CC santaluciano; art. 1.552 CC venezolano; sección 136 (1) de la *Law Property Act* inglesa en relación con la "*statutory assignment*"; sección 19 (d) de la *Supreme Court Act* de Bermudas; art. 9.1.14 PU; art. 11:201 PECL; art. III-5:115 DCFR]. Por esta razón, los Principios OHADAC garantizan la transmisión integral de derechos, incluyendo todos aquellos accesorios y derivados del derecho cedido. Ello implica un deber de cooperación contractual de las partes y, en particular, del cedente, que deberá informar de todos los derechos accesorios añadidos al derecho cedido, teniendo que adoptar todas las medidas oportunas para que el cesionario ejerza esos derechos. En cualquier caso, cedente y cesionario podrían pactar otra solución distinta a la expuesta, recurriendo a una cesión únicamente del derecho principal. También es recomendable que las partes pacten claramente cómo juega la cesión de derechos accesorios cuando ha existido una cesión parcial de un derecho divisible.

Lo expuesto tiene especial importancia en relación con los créditos dinerarios, pues, si el cumplimiento tardío incorpora el pago de unos intereses contractuales, estos serán pagaderos al cesionario [*ad ex.* art. 2.032 CC mexicano y apartado 2 del art. 6:142 CC holandés y surinamés].

> Ejemplo 1: El comprador y el vendedor pactan el pago a plazos de unas mercancías, así como el pago de unos determinados intereses en caso de retraso. El vendedor cede el crédito a un tercero cesionario, quien, ante el retraso en el pago por parte del deudor, reclama el cobro de los intereses, conforme a los Principios.

La transmisión de derechos accesorios al derecho adquirido también juega en relación con derechos no dinerarios, tras determinar qué derechos derivan del derecho cedido.

> Ejemplo 2: El comprador y el vendedor pactan que el retraso en la entrega de las mercancías dará lugar a una indemnización conforme a una cláusula de penalización incluida en el contrato. El comprador cede su derecho a recibir las mercancías a un tercero cesionario, quien, ante el retraso en la entrega, y conforme a los Principios, reclama al vendedor el pago de dicha indemnización.

Del mismo modo, los Principios OHADAC, con el fin de preservar la transmisión integral del derecho cedido, establecen que el cesionario será beneficiario de todas las garantías que aseguren su cumplimiento (art. 1.109 CC costarricense; art. 257.2 CC cubano; art. 1.692 CC francés y dominicano; art. 1.668 CC hondureño; art. 2.725 CC

nicaragüense; art. 1.280 CC panameño; art. 1.418 CC portorriqueño). Hay en ello una conservación del *status quo* que no perjudica a ninguna de las partes implicadas. Es lógico que el cedente, al transmitir su derecho, también transmita aquellas obligaciones accesorias que garantizan el cumplimiento del derecho. Asimismo, el cesionario tiene un especial interés en que se produzca esta cesión de las garantías, para asegurarse el cumplimiento. Para el deudor, la cesión de las garantías no altera su posición jurídica y su obligación de cumplir respecto del cesionario. Para el garante, en el caso de que sea persona distinta al deudor, tampoco existe una alteración de su posición, ya que su referente es el cumplimiento del deudor y no quién resulta beneficiario de la garantía prestada.

Así las cosas, conviene destacar que la conservación de las garantías respecto del cesionario puede provocar un efecto de doble garantía. Como ya se ha destacado, es habitual que la cesión de créditos sea precisamente efectuada como garantía del cumplimiento de una obligación del cedente. Así, ante el incumplimiento del cedente, el cumplimiento del deudor del crédito cedido sería una primera garantía para el cesionario. Ante el incumplimiento del deudor del crédito cedido, el cumplimiento por el garante del crédito cedido sería una segunda garantía para el cesionario.

2. Las excepciones a la conservación de las garantías

A diferencia de los PU, los Principios OHADAC incluyen tres excepciones al principio de conservación de las garantías, que pueden considerarse prácticas contractuales en el comercio internacional respecto de garantías prestadas por terceros. Cualquiera de estas excepciones implica que el garante no ha de asegurar el cumplimiento a favor del cesionario y que, por tanto, la garantía se tendrá por extinguida como consecuencia de la extinción, salvo declaración en contra del garante. Podría pensarse que los Principios son innovadores en este ámbito, pero es una impresión más aparente que real. Los Principios no hacen otra cosa que explicitar un principio que informa a los ordenamientos de los Estados integrantes de la OHADAC: la imposibilidad de dejar al tercero garante en una situación distinta y más perjudicial que aquella en la que prestó su garantía.

La primera excepción a la conservación de la garantía es aquella en la que la obligación del deudor se vuelve más onerosa como consecuencia de la cesión. En este caso, aumenta notablemente el riesgo de que el deudor no cumpla y el garante no ha de soportar automáticamente este riesgo, salvo declaración en contra. Repárese, en este sentido, en que la cesión requiere del consentimiento del deudor, pero su solo consentimiento no puede afectar a terceros garantes, que pueden no estar de acuerdo con la cesión con un cambio tan relevante de las circunstancias. El artículo 1701.III del

CC colombiano incluye un supuesto interesante cuando dispone que "si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses".

La segunda excepción es aquella en la que el acreedor y el deudor pactaron en el contrato originario la prohibición de cesión de derechos. En este caso, el garante ha prestado la garantía en unas determinadas circunstancias, que no pueden verse alteradas por un acuerdo entre el cedente y cesionario que afecta a terceros.

La tercera excepción es aquella en la que el propio tercero garante prestó su garantía con la condición de que el derecho garantizado no fuera cedido. En estas circunstancias, la cesión produce efectos (sección 9-401 UCC), pero los Principios deben proteger la voluntad manifestada por dicho garante. Probablemente esta regla se deduzca tácitamente de los PU, pero es necesario explicitarla por la seguridad jurídica del tráfico comercial de las garantías.

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DE CESIÓN DE DERECHOS

1. Cláusulas sobre el consentimiento en la cesión

La cláusula por la cual se prohíbe la cesión de derechos resulta poco recomendable respecto de créditos dinerarios, dado que el pago no depende de las cualidades personales del acreedor o del deudor y que la cesión del crédito comporta una forma de que el cedente obtenga liquidez o garantice el cumplimiento de otros contratos. La utilización de la cláusula puede estar, sin embargo, más justificada cuando las partes consideran que los derechos contractuales han sido conferidos *intuitu personae* o cuando desean preservar la confidencialidad absoluta de dicho contrato:

Cláusula A: Prohibición de cesión de derechos

"Queda prohibida la cesión de cualquier derecho conferido por el presente contrato"

La validez de la cesión de los derechos conculcando esta cláusula dependerá de la ley rectora según las normas de Derecho internacional privado y, en cualquier caso, puede dar lugar a la reclamación por daños y perjuicios. No obstante, esta cláusula siempre está abierta a modificación y a un cambio de criterio por las partes, manifestado por el cedente en la intención de celebrar un acuerdo de cesión, y por el deudor en el

consentimiento que preceptivamente ha de prestar en estos casos, de conformidad con estos Principios.

Por otra parte, las partes pueden referirse expresamente en el contrato a la necesidad de consentimiento del deudor para que pueda producirse la cesión. A diferencia de la cláusula anterior, no se prohíbe la cesión pero se exige aceptación del deudor, como ocurre en la siguiente cláusula:

Cláusula B: Consentimiento preceptivo del deudor a la cesión de derechos

> *"La cesión de cualquiera de los derechos establecidos en este contrato requerirá del acuerdo por escrito de las partes".*

En este caso, los Principios respetan la voluntad de las partes y exigen dicho consentimiento. Con este tipo de cláusulas, las partes ganan seguridad jurídica y se reduce la conflictividad en torno a términos que pueden ser discutibles, como si se ha cedido o no una obligación personal, o si la cesión hace más onerosa la obligación para el deudor. A mayor abundamiento, suele pactarse la forma escrita para que quede constancia del consentimiento del deudor. Al igual que ocurría en la cláusula anterior, su uso es recomendable en caso de cesiones de derechos no dinerarios, susceptibles de alterar la configuración de la obligación. Es menos recomendable en caso de cesión de créditos dinerarios, dado que el cumplimiento no se ve afectado por la cualidad personal del cesionario y que estas cesiones son fuente de liquidez para el cedente y forma de garantizar el cumplimiento de otros contratos.

Una variante de estas cláusulas que prevén el consentimiento del deudor es aquella en la que se confiere al deudor un determinado plazo desde la notificación de la cesión para oponerse a esta:

Cláusula C: Oposición del deudor a la cesión de derechos

> *"La cesión de cualquiera de los derechos establecidos en este contrato no requerirá de acuerdo de las partes.*
>
> *Sin embargo, la parte deudora de la obligación podrá oponerse a la cesión en el plazo de [número de días], a contar desde que recibió la notificación de dicha cesión".*

Esta cláusula tiene la peculiaridad de que el silencio del deudor se entiende como aceptación de la cesión; sin embargo, el deudor puede manifestar su oposición a la cesión. A semejanza de la cláusula anterior, la oposición del deudor implica que este se liberará cumpliendo a favor del cedente y no del cesionario. Como ya se ha destacado en relación con las cláusulas anteriores, su uso solo está recomendado para derechos no dinerarios, pues oponerse a la cesión de créditos dinerarios puede conllevar un perjuicio para el cedente en los términos ya destacados.

2. Cláusulas sobre la prueba adecuada de la cesión

La notificación puede ser realizada por cualquiera de las partes en el acuerdo de cesión, el cedente o el cesionario (art. 1.449 CC guatemalteco; art. 2.037 CC mexicano; sección 9-406 UCC), si bien este último puede ser el que tenga un mayor interés económico en que el deudor cumpla a su favor. Ocurre, sin embargo, que la notificación a través del cesionario puede generar cierta inseguridad o desconfianza en el deudor, ya que el cesionario es un tercero desconocido para él, con el que no tiene ninguna relación jurídica. Aumenta, de hecho, el riesgo de que el deudor pague por error a un tercero y luego verse obligado a pagar al acreedor originario, porque no se había producido verdaderamente una cesión de derechos. Precisamente para evitar estos riesgos, es recomendable incluir cláusulas contractuales que aporten mayores garantías a la notificación por el cesionario y, en particular, exigir al cesionario una prueba acreditada de la cesión en un plazo razonable. Así, por ejemplo:

Cláusula: Prueba adecuada de la cesión

"La cesión de cualquier derecho conferido por este contrato deberá ser notificada a la contraparte deudora. En caso de que sea notificada por el cesionario, la contraparte deudora podrá solicitar prueba adecuada de la cesión en un plazo razonable. Hasta que no se aporte esta prueba, la cesión no producirá efectos."

Esta prueba adecuada a la que se refiere la cláusula recomendada podría ser una declaración del cedente, con el que el deudor sí tiene una relación jurídica, pero también una copia del contrato de cesión (art. 1.961 CC colombiano; art. 2.721 CC nicaragüense), en la medida en que no se vulnere ninguna cláusula de confidencialidad. A diferencia de los PU (art. 9.1.12), los PECL (art. 11:303), el DCFR (art. III–5:120) o del UCC (sección 9-406), los Principios OHADAC no han recogido esta

previsión sobre la prueba acreditada porque no existe un principio común en los sistemas jurídicos de la OHADAC. Por ello, se ha preferido la recomendación de que las partes incluyan cláusulas contractuales que atiendan a esta cuestión.

Solicitada la prueba adecuada de la cesión, los efectos de la cesión quedan en suspenso. Ello significa que el deudor no tiene que pagar al cesionario y que quedará liberado si paga al acreedor originario. Una vez que se haya dado la prueba adecuada de la cesión, la notificación será efectiva desde el momento mismo en el que fue hecha o en fecha posterior si así se hizo constar en la notificación (eficacia diferida). La referencia a la fecha en la que se produjo la notificación, a condición de que se preste con posterioridad prueba adecuada, es especialmente importante en los casos de cesiones múltiples. Lo expuesto puede ilustrarse con el siguiente ejemplo:

> Ejemplo: El cedente A transfiere un crédito al cesionario B, quien lo comunica inmediatamente al deudor. Comoquiera que el deudor no tiene relación alguna con el cesionario, puede exigir una prueba adecuada de la cesión. Hasta que no se dé prueba acreditada de la cesión, el deudor estará obligado frente al cedente A y no tendrá obligación alguna de pagar al cesionario B.

3. Cláusulas sobre el lugar de cumplimiento del derecho cedido

Dado que los sistemas jurídicos de los ordenamientos de la OHADAC en su mayoría no han dispuesto nada sobre el lugar de cumplimiento del derecho cedido, los Principios no han incluido un precepto relativo a los efectos de la cesión sobre el lugar de cumplimiento. Tampoco los PU se pronuncian sobre este extremo, a diferencia de los PECL (art. 11:306) y del DCFR (art. III-5:117). Esta falta de codificación hace muy útil que cedente y deudor incluyan una cláusula expresa en su contrato originario, la cual el cesionario deberá respetar.

A estos efectos, conviene distinguir entre cumplimiento de derechos dinerarios y de derechos no dinerarios. Respecto de los primeros, puede existir una mayor flexibilidad en la modificación del lugar de pago, porque ello no tiene que resultar excesivamente más oneroso. En cualquier caso, se puede exigir que el pago deba hacerse en el mismo Estado en el que se iba a pagar el cedente, para evitar el riesgo de incremento de los costes adicionales. Para mayor seguridad, y aunque ello ya está expresamente previsto en los Principios, podría incluirse a modo de refuerzo la obligación de que cualquier coste adicional generado para el deudor sea soportado por cedente o cesionario, quienes responderán de forma solidaria. Esta cláusula sería más protectora para el deudor que la aplicación, por ejemplo, de los PECL o del DCFR, que solo prevé la responsabilidad del cedente. Por estas razones, se recomiendan cláusulas del siguiente tipo:

Cláusula A: Lugar de cumplimiento de un crédito

"En caso de cesión del crédito dinerario, el cesionario podrá requerir el pago en cualquier lugar de [indicar Estado].

Cualquier coste adicional generado al deudor por la modificación en torno al lugar del pago será compensado por el cedente o por el cesionario, quienes responderán solidariamente".

La cuestión se presenta de forma distinta cuando se cede un derecho no dinerario, ya que cualquier prestación personal se hace potencialmente más onerosa si ha de hacerse en un lugar distinto al inicialmente pactado. Por ello, en la misma línea que los PECL y que el DCFR, se recomienda que las cláusulas contractuales prohíban cualquier alteración del lugar de cumplimiento:

Cláusula B: Lugar de cumplimiento de un derecho no dinerario

"La cesión de un derecho no dinerario no podrá implicar modificación alguna del lugar de cumplimiento".

En cualquier caso, para evitar la rigidez de este tipo de cláusulas, siempre cabría la posibilidad de que el deudor aceptara la modificación del lugar de cumplimiento, una vez conocidas las condiciones de la cesión y las circunstancias concretas del cesionario.

4. Cláusulas sobre repercusión del cumplimiento en el cesionario

El cedente puede asumir la obligación de repercutir en el cesionario cualquier cumplimiento efectuado a favor de dicho cedente. Los Principios OHADAC, a diferencia de los PU, no tipifican esta obligación porque no ha sido recogida unánimemente por los sistemas estatales analizados. Aun así, y, especialmente cuando el deudor no ha de consentir, es aconsejable que cedente y cesionario incluyan esta cláusula en el acuerdo de cesión, para que cualquier pago efectuado por el deudor al cedente sea abonado al cesionario. Del mismo modo, cuando se cedan derechos no dinerarios, los bienes entregados al cedente deben remitirse al cesionario. Se recomienda, pues, la introducción de cláusulas del siguiente estilo:

Cláusula A: Repercusión del cumplimiento en beneficio del cesionario

> *"El cedente deberá repercutir en beneficio del cesionario cualquier cumplimiento hecho a favor de dicho cedente desde la entrada en vigor de este contrato hasta que haya sido notificado al deudor".*

A este respecto, una de las diferencias de la cláusula propuesta respecto de los PU es que se evita el término "reembolsar" (*reimburse*) el pago. Ello se debe a que, en algunos idiomas, dicho término tiene la connotación de devolver al beneficiario-cesionario el dinero que previamente ha adelantado, lo que no sucede en el caso. Además, el término "reembolsar" puede tener la connotación de referirse únicamente a créditos dinerarios, obviando otros supuestos como los de entrega de mercancías por el cedente al cesionario.

El plazo al que se refiere la cláusula es el que media entre la entrada en vigor del acuerdo de cesión y la notificación de esta al deudor. El supuesto es especialmente importante: el deudor, desconocedor del acuerdo de cesión, paga al cedente de buena fe y con total diligencia por su parte. Sin embargo, dado que el cedente sí es conocedor de la existencia del acuerdo de cesión, queda obligado a reembolsar la cantidad al cesionario. En este sentido, es preferible una referencia a la "entrada en vigor" del contrato, cuando esta sea posterior o diferida respecto del momento de celebración del acuerdo de cesión. Sea como fuere, la obligación no se refiere a otros periodos temporales. Por un lado, el pago de cantidades anterior al acuerdo de cesión no genera obligación de reembolso para el cesionario, salvo acuerdo de las partes. Por otro lado, el cumplimiento del deudor a favor del cedente después de la notificación de la cesión indica ya cierta negligencia por parte del deudor y un enriquecimiento injusto por el cedente. Estas circunstancias serán valoradas por la ley rectora de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado.

5. Cláusulas sobre reembolso de los costes adicionales

De acuerdo con los Principios OHADAC, el deudor tiene derecho a ser compensado por los costes adicionales generados por la cesión, salvo acuerdo en contra. La compensación correrá a cargo del cedente o del cesionario, estableciéndose entre ellos una obligación solidaria de conformidad con las normas de los Principios OHADAC. No obstante, los Principios no se pronuncian sobre quién ha de soportar estos costes y cómo funcionan las acciones de reembolso entre el cedente y el

cesionario. La ley rectora del contrato determinará quién ha de soportar finalmente la compensación de los costes adicionales en función, básicamente, de lo que hayan podido estipular las partes en el contrato. Así, por ejemplo, el Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013 considera que los costes deben ser soportados por el cesionario salvo pacto en contra (art. 240). Del mismo modo se pronuncia el CC haitiano (art. 1.471). Por estas razones, es aconsejable que en el acuerdo de cesión se haga alusión al reembolso de los costes, con cláusulas del siguiente tenor:

Cláusula B: Reembolso de los costes adicionales pagados

"El cesionario deberá reembolsar al cedente toda cantidad pagada o descontada al deudor en concepto de costes adicionales generados por la cesión".

Sección 2. Cesión de obligaciones

Artículo 8.2.1: *Ámbito de aplicación*

1. La cesión de obligaciones se produce por acuerdo del deudor o del acreedor, denominados "cedentes", con un tercero, denominado "cesionario", que acepta cumplir la obligación contractual.

2. Esta sección no se aplica a las cesiones de obligaciones sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa.

COMENTARIO:

1. Propuesta de una regulación funcional

Los Principios OHADAC sobre cesión de obligaciones se construyen, al igual que ocurría respecto de la cesión de derechos, sobre dos objetivos. Primero: dar el máximo protagonismo a la autonomía de la voluntad de las partes, lo que resulta primordial en sistemas como los de Belice, Trinidad y Tobago o Guyana, y en general en los que, por su tradición anglosajona, no existen disposiciones legales sobre transferencia de obligaciones. Segundo: recoger las reglas sobre las que existe consenso en el Derecho comparado en la OHADAC, sin entrar en cuestiones en las que no existe un mínimo

común. Consecuencia de ello, se plantea una regulación funcional, que no incide tanto en la tipificación de los acuerdos de cesión de obligaciones, como en su eficacia respecto del tercero no contratante.

Con esta idea, los Principios proponen una regulación de siete preceptos, con una sistematización pensada en función de los puntos de especial interés para las partes: condiciones para llevar a cabo la cesión (art. 8.2.1 sobre la definición; art. 8.2.2 sobre modalidades permitidas de cesión; y arts. 8.2.3 y 8.2.4, sobre condiciones objetivas y subjetivas, respectivamente) y eficacia de dicha cesión (art. 8.2.5 sobre la liberación del deudor; art. 8.2.6 sobre sus obligaciones subsidiarias; y art. art. 8.2.7, sobre sus obligaciones solidarias). En cualquier caso, la plena aplicación de los Principios exige su elección tanto en el contrato originario, especialmente para determinar la posición del deudor, como en el acuerdo de cesión, para regular la relación cedente y cesionario.

Dada esta finalidad de que la regulación sea útil a los operadores pero que no imponga soluciones no consensuadas en los Estados OHADAC, se explican algunos silencios importantes, en lo que respecta al alcance de la información que ha de facilitarse al acreedor para que acepte la cesión o a ciertas circunstancias sobrevenidas a la asunción como, por ejemplo, la confusión de deudas o concurrencia en la misma persona de la condición de deudor y acreedor. Tampoco se regulan las consecuencias jurídicas derivadas de la situación de invalidez o nulidad de las relaciones jurídicas implicadas, salvo en lo que respecta a la transmisión de las excepciones del cedente o del cesionario. Así, se han evitado preceptos que abordan la nulidad o invalidez del contrato del que nace la deuda a asumir (objeto de la asunción). Tampoco se tratan los efectos de la nulidad del contrato principal que vincula al deudor originario y al cesionario (causa de la asunción), ya que pocos sistemas contienen una regulación al respecto, con excepciones como la del CC holandés y surinamés (art. 6:158). Tampoco se aborda la nulidad o invalidez del propio contrato de cesión y si, en estos casos, resurge la obligación del deudor originario, salvo en lo que respecta a terceros de buena fe. No se aborda, de hecho, si el acreedor puede solicitar una indemnización al cesionario por el daño producido a consecuencia de la asunción fallida (por ejemplo, por extinción de las garantías de terceros de buena fe). No existe unanimidad en este punto, aunque sí pueden destacarse algunos artículos paradigmáticos, como el artículo 816 CC costarricense; el 1.468 del CC guatemalteco, el 2.057 del CC mexicano, los artículos 2.097 y 2.103 del CC nicaragüense, el artículo 1.162 del CC portorriqueño y el artículo 1.094 del CC panameño. Será la ley aplicable según las normas de Derecho internacional privado la que determine estas indemnizaciones.

2. Definición y ámbito de aplicación

Los Principios no se centran exclusivamente en la cesión de deuda dineraria, sino que se refieren a cualquier obligación contractualmente fijada (*ad ex.* art. 1.690 CC colombiano; art. 9.2.1 PU). Esta cesión de obligaciones tiene dos modalidades. Por un lado, es posible referirse al acuerdo por el que el deudor originario cede al cesionario su obligación de asumir la deuda. Cabe destacar, por otro, el acuerdo de "expromisión" por el cual es el acreedor, y no el deudor, quien pacta con el cesionario la asunción de deuda. Pese a sus notables diferencias, estas modalidades tienen una consecuencia común, como es que un tercero asume la deuda generada en el marco de una relación previa con otro deudor. Por ello, muchos instrumentos establecen una regulación con un núcleo común, como ocurre con los PU y, aunque de forma más matizada, con el DCFR.

En este contexto, los Principios OHADAC tratan de ofrecer un mecanismo útil y de consenso para los distintos ordenamientos de la OHADAC en lo que respecta a las cesiones de carácter contractual. Así, no se aplican a las cesiones de obligaciones extracontractuales y cuasicontractuales no nacidas de los contratos. Por otra parte, no deben aplicarse las cesiones de obligaciones sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa o de un patrimonio. En estas no existe como tal un acuerdo individual de cesión de obligaciones y, por tanto, han de quedar excluidas de los Principios (arts. 1.465 y 1.466 CC guatemalteco; art. 9.2.2 PU).

> Ejemplo: La sociedad A tiene varias deudas frente a las empresas B, C y D. Cuando la sociedad A es absorbida por la sociedad E, todas las deudas de A son asumidas por E. Esta cesión queda excluida de los Principios.

Artículo 8.2.2: *Tipos de cesión*

1. Cedente y cesionario pueden pactar:

a) la liberación del deudor originario; o

b) una obligación subsidiaria de cumplimiento por el deudor originario, en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente; o

c) una obligación solidaria de cumplimiento por el deudor originario y el cesionario.

2. Podrán pactarse distintos tipos de cesión respecto de distintas obligaciones de un mismo contrato.

3. En defecto de pacto expreso o tácito sobre el tipo de cesión, el deudor originario y el cesionario serán responsables solidarios.

COMENTARIO:

1. Efectos de la cesión de obligaciones

Son varios los ordenamientos de la OHADAC que establecen una clasificación de tipos de cesión de obligaciones (art. 1.694 CC colombiano; art. 2.101 CC nicaragüense; art. 9.2.5 PU; art. III–5:202 DCFR). Pero, incluso en aquellos que, por su tradición de *common law*, no tipifican dicha clasificación, se admiten todo tipo de pacto entre las partes a este respecto a través de la "*novation*" [*Tolhurst v. Associated Portland Cement Manufacturers Ltd* (1902], 2 KB 660; *Essar Steel Ltd v The Argo Fund Ltd* (2006), EWCA Civ 241; *Co-Operative Group (CWS) Ltd v Stansell Ltd & Anor* (2006), EWCA Civ 538].

En estas circunstancias, los Principios OHADAC se limitan a garantizar la máxima autonomía de la voluntad de las partes. De este modo, cedente y cesionario pueden pactar tres tipos de cesión, que pueden, incluso, convivir en un mismo contrato respecto de distintas obligaciones: una liberación del deudor originario, una obligación de cumplimiento subsidiario por el deudor originario o una obligación solidaria entre el deudor originario y el cesionario. Antes de entrar en cada una de las modalidades, ha de repararse en que, para buscar el máximo consenso entre los Estados OHADAC, se han evitado terminologías innovadoras como la seguida en el DCFR, que se refiere a la "sustitución total", en alusión a la liberación del deudor, a la "sustitución incompleta", en alusión a la obligación subsidiaria del cedente, y a la "adición de deudores", en alusión a la obligación solidaria de cedente y cesionario.

Como se ha destacado, la primera modalidad de cesión implica la liberación del deudor originario y que el nuevo deudor asume la deuda en su totalidad, sin ninguna responsabilidad ni carga para el deudor originario (art. 814 CC costarricense; art. 1.276 CC francés y dominicano; art. 1.462 CC guatemalteco; art. 1.100 CC santaluciano; o, en la "*novation*" inglesa: *British Energy Power & Trading Ltd & Ors v Credit Suisse & Ors* (2008), EWCA Civ 53; *Shell UK Ltd & Ors v Total UK Ltd & Ors* (2010), EWCA Civ 180; *Bexhill UK Ltd v Razzaq* (2012), EWCA Civ 1376]. Por falta de consenso entre los Estados OHADAC, no se aborda qué ocurre en caso de cesiones de obligaciones en los que existen distintos deudores originarios. Dependerá de la ley nacional aplicable según las normas de Derecho internacional privado si, en las deudas parciarias, únicamente se libera al deudor sustituido y en la cuantía que le corresponda de la

deuda total. En las obligaciones solidarias, también dependerá de lo dispuesto por la ley nacional, si bien es verdad que muchos sistemas, especialmente de influencia napoleónica, establecen la liberación de todos los codeudores solidarios por la novación de uno de ellos, a menos que el acreedor haya exigido adhesión (arts. 1.576 y 1.704 CC colombiano; art. 819 CC costarricense; art. 1.281 CC francés y dominicano; art. 1.065 CC haitiano; art. 1.409 CC hondureño; art. 2.109 CC nicaragüense; art. 1.110 CC santaluciano; art. 1.229 CC venezolano; art. 1.445 CC surinamés antiguo). La liberación del deudor hace que este no garantice la solvencia *pro futuro* del nuevo deudor. Ahora bien, por falta de unanimidad, los Principios no regulan la responsabilidad del deudor originario por la insolvencia del nuevo deudor cesionario conocida y anterior a la cesión (art. 1.276 CC francés y dominicano; art. 1.061 CC haitiano; art. 1.485 CC hondureño; art. 1.092 CC panameño; art. 1.160 CC portorriqueño; art. 1.318 CC venezolano; art. 1.439 CC surinamés antiguo; y, con distinto alcance, art. 2.053 CC mexicano). Dependerá de la ley aplicable según las normas de Derecho internacional privado.

> Ejemplo 1: A vende maquinaria industrial a B por valor de 1.000.000 $, pagadero en 10 plazos de 100.000 $. Pagados 500.000 $, B revende a C la maquinaria por un precio de 900.000 $. En el contrato se acuerda pagar inicialmente 400.000 $ a B (revendedor) y satisfacer los restantes pagos pendientes a A (vendedor inicial) en los plazos estipulados, liberando a B. Aceptada la cesión por A (vendedor inicial), cualquier incumplimiento de C (cesionario) no da derecho a reclamación frente a B (revendedor) en su condición de cedente.

La segunda modalidad de cesión de obligaciones es aquella en la que el deudor originario se mantiene en la relación jurídica como responsable subsidiario, para el caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente sus obligaciones. Trae, en consecuencia, su causa de una cesión de deuda no liberatoria.

> Ejemplo 2: En el mismo caso del ejemplo 1, para que el vendedor A acepte la cesión, en el contrato se estipula que el revendedor B será responsable subsidiario, para el caso de que el nuevo comprador C no satisfaga los plazos debidos al vendedor inicial A. En este contexto, ante cualquier impago del cesionario C, el vendedor A puede reclamar al revendedor B en su condición de cedente.

La tercera modalidad implica que el deudor originario continúa obligado en los términos inicialmente pactados, con la peculiaridad de que se incorpora un nuevo deudor. Esta acumulación, que no sustitución de deudores, origina una relación de solidaridad entre el nuevo y el antiguo deudor, según la cual ambos responderán ante el acreedor por la totalidad de la deuda. Aunque la solidaridad es más propia de una

asunción total de deuda, también puede darse en casos de asunción de parte de la deuda, respecto de la cual el cesionario queda obligado en las mismas condiciones que el deudor originario.

> Ejemplo 3: El deudor A pacta con B su incorporación como deudor frente al acreedor C, en las mismas condiciones que el deudor originario. El acreedor C podrá exigir el cumplimiento tanto a A como a B.

Por último, ha de llamarse la atención sobre la expresión inicial "cedente y cesionario pueden pactar" la modalidad de cesión oportuna. Queda claro, así, que serán las partes en el contrato de cesión, con el consentimiento de la contraparte cuando sea requerido conforme a los siguientes preceptos, las que establezcan la modalidad de cesión. Los Principios OHADAC se diferencian aquí de los PU, que se refieren a que el "acreedor" puede liberar al deudor, retenerlo o hacerlo codeudor solidario. *Prima facie,* parece que los PU otorgan un derecho exclusivo y excluyente del acreedor sin que el cedente y el cesionario puedan disponer nada al respecto. Al contrario, los Principios OHADAC parten del máximo respeto a la autonomía de la voluntad. Serán cedente y cesionario quienes acuerden la modalidad de cesión, correspondiendo en su caso consentir o no a la contraparte en torno a la modalidad pactada.

2. Silencio de las partes

Para determinar el efecto querido por las partes, conviene interpretar e integrar el contrato. Puede ocurrir que exista una voluntad implícita de las partes, deducible del contenido y contexto de la operación, en particular, de la negociación, de los antecedentes, de la motivación y de otras cláusulas del contrato. Piénsese, por ejemplo, en cláusulas que regulan la repetición del deudor originario frente al nuevo deudor: de esta podría deducirse si dicha repetición se fundamenta en su responsabilidad solidaria, fruto de un acuerdo de incorporación de deudores, o de una responsabilidad subsidiaria, fruto de una transmisión de deuda no liberatoria. También conviene tener presente que el acreedor ha de consentir en la asunción de deuda, incluidos sus efectos sobre el deudor originario, por lo que de las comunicaciones dirigidas a este o de los propios términos del consentimiento del acreedor se podría extraer algún indicio sobre la voluntad de las partes.

Cuando en el contrato no se haya pactado nada sobre la modalidad de cesión, ni se pueda deducir una solución de sus propios términos, los Principios OHADAC optan, en sintonía con los PU y el DCFR (art. III–5:202), por establecer una responsabilidad solidaria entre el deudor cedente y el cesionario. Así se deduce también de numerosos ordenamientos de la OHADAC en los que la novación no se presume *(ad ex.* art. 815 CC costarricense). Esta solución supletoria se justifica en la estabilidad y vigencia del

contrato y, en concreto, en que el deudor primitivo debe seguir obligado frente al acreedor en los términos pactados originariamente. Ello solo se consigue estableciendo una responsabilidad solidaria entre el deudor originario y el cesionario, que favorece la seguridad jurídica y protege las expectativas del acreedor. Al contrario, si como solución supletoria se hubiera establecido una responsabilidad subsidiaria del deudor originario, se alterarían de una forma desproporcionada los términos del contrato original sin que las partes hayan manifestado tal intención.

Artículo 8.2.3: ***Condiciones relativas a las obligaciones cedidas***

1. Pueden cederse las obligaciones, ya sean de pago de una suma de dinero o de cumplimiento de una prestación no dineraria, que reúnan las siguientes condiciones:

a) las obligaciones existen en el momento de la cesión o son obligaciones futuras identificables; y

b) las obligaciones están identificadas individualmente o son identificables.

2. Podrá cederse total o parcialmente una obligación, y a favor de uno o varios cesionarios. La cesión parcial o a una pluralidad de cesionarios solo será posible si la obligación es divisible.

COMENTARIO:

Al igual que se establecía en la cesión de derechos, pueden cederse obligaciones no solo al pago de una deuda dineraria, sino también a cualquier prestación no dineraria. Se trata de un principio de consenso en la OHADAC, que trata de respetar la autonomía de la voluntad de las partes.

Del mismo modo, no solo pueden cederse obligaciones existentes en el momento de cesión y que estén individualmente identificadas, sino también obligaciones futuras o genéricamente designadas, siempre y cuando puedan identificarse por las partes. A diferencia de lo que ocurría con la cesión de derechos, se trata de un principio que raramente ha sido codificado pero que, en cualquier caso, es una práctica contractual generalizada y totalmente admitida.

Por último, con el ánimo de dar el máximo protagonismo a las partes y reducir la regulación a un mínimo consensuado, se destaca que puede concurrir una permisividad máxima de la cesión de obligaciones, con el límite de las normas imperativas y de orden público. Hasta tal punto es así, que la asunción pueda hacerse a favor de uno o varios cesionarios y por la totalidad o por parte de la deuda. El único requisito es que la obligación resulte divisible, pues en otro caso la cesión desvirtúa y desnaturaliza la configuración de la obligación.

Ejemplo: A vende un bien de alta tecnología a B por valor de 300.000 $, pagadero en 3 plazos de 100.000 $. Cuando quedan por pagar dos plazos, B revende el bien por 250.000 $ a C. En el contrato de reventa acuerdan que el re-comprador (cesionario) pague el segundo plazo de 100.000 $$ al vendedor (acreedor) y otros 150.000 $ al revendedor, que continuaría obligado por el tercer plazo. Se trata de una cesión de obligaciones parcial, solo por uno de los plazos, que puede resultar sumamente útil para el cedente por razones de tesorería o liquidez.

Artículo 8.2.4: *Condiciones relativas a las partes*

1. La cesión por parte del acreedor no requerirá el consentimiento del deudor, salvo que en el contrato:

a) se haya previsto tal consentimiento; o

b) se haya prohibido la cesión.

2. La cesión por parte del deudor requerirá el consentimiento del acreedor.

3. El consentimiento podrá prestarse de forma expresa o tácita, y previa, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.

4. En defecto de consentimiento, el deudor originario continuará obligado frente al acreedor. El eventual cumplimiento por el cesionario se regirá por las normas aplicables al cumplimiento por un tercero contenidas en el art 6.1.6 de estos Principios.

COMENTARIO:

1. Cesión por el acreedor

Los Principios OHADAC establecen que, en casos de cesión de la obligación por el acreedor, no es necesario, como regla general, el consentimiento del deudor, lo que constituye un principio de consenso entre los distintos ordenamientos que forman parte de OHADAC (art. 1.690 *in fine* CC colombiano; art. 1.274 CC francés y dominicano; art. 1.459 CC guatemalteco; art. 1.059 CC haitiano; art. 1.484 CC hondureño; art. 2.096 CC nicaragüense; art. 1.091 CC panameño; art. 1.159 CC portorriqueño; art. 1.103 CC santaluciano; art. 1.316 CC venezolano; art. 1.437 CC surinamés antiguo; art. 248 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013; art. 9.2.3 PU; art. III–5:203 DCFR). Sin embargo, existen dos casos en los que sí se precisa del consentimiento del deudor, con base en la autonomía de la voluntad de las partes. En primer lugar, cuando las partes lo hayan hecho constar en el contrato [*Barbados Trust Company Ltd v Bank of Zambia & Anor* (2007), EWCA Civ 148]. En segundo lugar, cuando las partes hayan prohibido en el contrato la cesión de obligaciones [*Co-Operative Group (CWS) Ltd v Stansell Ltd & Anor* (2006], EWCA Civ 538]. A este respecto, la prohibición de cesión no impide una validación de esta por un consentimiento posterior con la contraparte. El consentimiento del deudor sirve, pues, como un pacto posterior en el tiempo que prima sobre el pacto anterior, el contrato originario, en el que se prohibía la cesión. Se reconoce, con ello, que los contratos no quedan petrificados y pueden modificarse por la voluntad de las partes, cuyo respeto es el objetivo prioritario de los Principios en este punto.

Salvo estas dos excepciones, la cesión de obligaciones por parte de acreedor es un pacto a favor del tercero, el deudor beneficiario con la cesión, por lo que se podrían aplicar las disposiciones sobre renuncia a este derecho para el deudor, previstas en la sección segunda del Capítulo 5 de estos Principios. Así, se podría originar una responsabilidad solidaria, entre el cesionario, que sí que queda obligado por el pacto con el acreedor, y el deudor primitivo, que renuncia a liberarse (art. 1.695 CC colombiano; art. 2.102 CC nicaragüense).

2. Cesión por el deudor

Los Principios OHADAC recogen un denominador común de todos los ordenamientos que conforman OHADAC, según la cual la cesión de la obligación por parte del deudor requiere del consentimiento del acreedor [art. 263 CC cubano; art. 1.275 CC francés y dominicano; art. 1.459 CC guatemalteco; art. 6:155 CC holandés y surinamés; art. 1.438 CC surinamés antiguo; art. 1.484 CC hondureño; art. 2.051 CC mexicano; art. 1.091 CC panameño; art. 1.159 CC portorriqueño; art. 241 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013; *Graiseley Properties Ltd & Ors v Barclays Bank Plc & Ors* (2013), EWCA Civ 1372]. El acreedor es el único legitimado para liberar o modificar la obligación que un deudor había asumido, ya que el obligado no puede

decidir unilateralmente sobre la cesión de la obligación alterando la posición del acreedor sin su consentimiento. La necesidad de consentimiento se puede explicar a partir de dos casos-tipo:

Conforme al primero, se pacta una liberación del deudor o una relegación de su obligación que pasa a considerarse subsidiaria. Aquí es una nota común la exigencia del consentimiento del acreedor [art. 9.2.3 PU; art. 12:101 PECL; art. III– 5:203 (1) DCFR]. La razón principal es que la cesión de deuda implica una modificación del contrato, en la que las partes originarias deben estar de acuerdo. Dicho consentimiento juega un papel esencial en las transmisiones liberatorias, en las que el deudor originario queda exonerado de su obligación. No cabe duda de que se trata de una modificación subjetiva del contrato tan sustancial que no puede entenderse sin el consentimiento de la contraparte acreedora. Pero la necesidad de consentimiento también juega en los casos de transmisión no liberatoria, en los que el deudor originario se presenta como responsable subsidiario por el incumplimiento del nuevo deudor. Efectivamente, la posición del deudor primitivo se transforma, dejando de ser obligado principal e implicando un cambio significativo en los términos del contrato.

Conforme al segundo caso-tipo, se pacta una obligación solidaria entre el deudor originario y el cesionario. También en este caso, los Principios OHADAC se decantan por la solución más consensuada y menos innovadora, a saber: incluso en casos de creación de una obligación solidaria entre el deudor y el cesionario, es necesario el consentimiento del acreedor. Existe un cambio que puede ser relevante para el acreedor y, por tanto, debe posicionarse al respecto. Es verdad que la creación de una obligación solidaria tiene ventajas para el acreedor, que aumenta las posibilidades de un pago exitoso. Sin embargo, también tiene algún inconveniente, principalmente si, por medio de la cesión, se pueden desvelar algunos datos confidenciales del contrato. La solución de los Principios se aparta de otras más innovadoras, como las de aquellos ordenamientos que, por los beneficios de la adición de deudores para el acreedor, no exigen consentimiento del acreedor. Tampoco recogen otras soluciones que recogen un derecho de oposición a la cesión. Como consecuencia, se presumiría el asentimiento del acreedor salvo que este manifestara su disconformidad [art. III–5:203 (3) DCFR].

En este contexto, conviene recordar algo ya señalado en referencia a las modalidades de cesión. Estas son pactadas por cedente y cesionario; al acreedor solo le corresponde consentir o no en la modalidad de cesión elegida por cedente o cesionario, pero no tiene ningún derecho de elección de la modalidad de cesión, salvo que tal derecho haya sido conferido por cedente y cesionario.

3. Forma y momento del consentimiento

Los apartados tercero y cuarto se refieren a reglas comunes ante cualquier supuesto en el que se requiera el consentimiento de la contraparte. El apartado tercero alude, en particular, a la posibilidad de que el consentimiento sea expreso o tácito, por ejemplo, por aceptar pagos parciales o de intereses por parte del nuevo deudor y en su propio nombre (art. 1.461 CC guatemalteco; art. 2.052 CC mexicano).

Dicho apartado tercero también ampara la posibilidad de que el consentimiento de la contraparte sea anterior, simultáneo o posterior al acuerdo de cesión. Cabe reproducir aquí las consideraciones hechas en torno al consentimiento de la cesión de derechos. Como se señaló allí, quizá es recomendable obtener el consentimiento del deudor cuando se firma la cesión. En otro caso, el consentimiento por adelantado de la contraparte (9.2.4 PU; art. 12:101 PECL) tiene la ventaja de que cedente y cesionario negocian y celebran el acuerdo de cesión con total seguridad respecto de su eficacia, pero también es verdad que genera el riesgo de distorsiones entre los términos aceptados por el deudor y los términos del contrato posterior. Por su parte, el consentimiento posterior al acuerdo tiene la ventaja de que la contraparte conoce exactamente los términos de la cesión, pero tiene el riesgo de una frustración de la cesión por la oposición posterior del deudor. Mientras no se produzca el consentimiento de la contraparte, debe entenderse que el acuerdo de cesión incluye una condición suspensiva, por la cual el acuerdo de cesión firmado no produce efectos hasta que el deudor acepte dicha cesión.

4. Consecuencias de la falta de consentimiento

Cabe plantearse cómo incide la falta de consentimiento preceptivo, ya sea del deudor o del acreedor. A este respecto, los Principios recogen la regla de consenso en torno a que la falta de aceptación implica que el deudor originario continúa obligado y ha de pagar la deuda en el momento pactado. Tratan, además, el supuesto particular de cumplimiento por parte del cesionario sin consentimiento del acreedor, ya porque no se haya obtenido, ya porque se trate de una asunción "interna" entre deudor originario y cesionario, que no otorga al acreedor derechos de reclamación. En este caso, el cumplimiento por el cesionario recibirá el tratamiento de los pagadores por cuenta de un tercero (el deudor originario): arts. 1.691 y 1.694 CC colombiano; art. 819 CC costarricense; arts. 1.275 y 1.277 CC francés y dominicano; art. 1.060 CC haitiano; art. 2.101 CC nicaragüense; art. 1.104 CC santaluciano; art. 1441 CC surinamés antiguo; art. 1.317 CC venezolano; art. 256 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013; *North & Anor v Brown & Anor* (2012, EWCA Civ 223), en relación con la "*vicarious performance*". Comoquiera que en estos casos no ha existido una

verdadera cesión de la obligación, sino un mero cumplimiento delegado, se ha optado por la remisión a las normas sobre cumplimiento por cuenta de un tercero, contenidas en el art. 6.1.6 de estos Principios, a diferencia de lo propuesto por los PU (art. 9.2.6).

Téngase en cuenta, no obstante, que los Principios, ante la falta de consenso de los sistemas de los Estados OHADAC, no se pronuncian sobre la validez y eficacia de las relaciones jurídicas afectadas por la falta de consentimiento (como por ejemplo hace el art. 1.487 del CC hondureño). Estas cuestiones se regirán por la ley aplicable según las normas de Derecho internacional privado. Así, por ejemplo, los Principios no determinan la validez del acuerdo de cesión, como consecuencia de la falta de consentimiento. Habrá que estar a lo que pacten las partes, ya que estas pueden concebir el contrato de cesión como una obligación condicionada a la obtención del consentimiento del acreedor. Sin este, se resolvería el contrato, incluidas las obligaciones internas entre deudor y cesionario. A falta de lo dispuesto por las partes, en aquellos sistemas que sí contienen una regulación, se observan dos tendencias. La primera, presente en instrumentos como el CC alemán, establece sin más que la no aceptación por el acreedor implica que la asunción no ha tenido efecto [§ 415 (2) BGB]. La segunda, seguida por los PU, matiza esta solución y establece la validez de la asunción y su eficacia entre el deudor y el cesionario, a modo de asunción "interna", que genera derechos y obligaciones entre estos [art. 9.2.6 (1) PU]. Respecto del acreedor, no se generarán derechos y obligaciones, dada su falta de consentimiento, con lo cual conserva sus acciones contra el deudor originario y no contra el cesionario [art. 9.2.6 (2) PU]. Si este paga, dicho cumplimiento se entenderá funcionalmente como un pago por cuenta de terceros, al que no se puede oponer el acreedor salvo que se trate de una obligación personal [art. 9.2.6 (1) PU].

En el marco de las consecuencias de la cesión sin consentimiento de la contraparte, resulta especialmente interesante el caso de la cesión con ocultación de que existe una prohibición contractual o una exigencia de consentimiento. El cesionario podría reclamar al cedente por mala fe o negligencia en la negociación y en la celebración del acuerdo de cesión.

Artículo 8.2.5: *Liberación del deudor originario*

1. **En caso de liberación del deudor originario, sus excepciones frente al acreedor podrán ser alegadas por el cesionario.**
2. **Las excepciones del cesionario frente al deudor originario no podrán ser alegadas contra el acreedor.**

3. **Los créditos del cesionario pueden compensarse con los del acreedor. Sin embargo, los créditos del deudor originario no serán objeto de compensación, tras su liberación.**

4. **La liberación del deudor originario extingue las garantías previstas para el cumplimiento, salvo disposición en contra del garante.**

COMENTARIO:

1. Excepciones del deudor originario

En los ordenamientos de los Estados OHADAC está comúnmente aceptada la atribución al cesionario de todas las excepciones que tenía el deudor originario [art. 265 CC cubano; arts. 1.463 y 1.467 CC guatemalteco; art. 2.056 CC mexicano; art. 242 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013; art. 9.2.7 PU; art. 12:102 PECL; art. III-5:205 (1) DCFR]. Se trata, en consecuencia, de una transmisión integral de la relación jurídica fundamentada en que el cesionario adquiere las mismas obligaciones y los mismos medios de defensa que tenía el deudor originario. La integridad de la transmisión es positiva para el nuevo deudor, que conocerá de antemano todos los medios de defensa disponibles, pero tampoco entraña ningún riesgo para el acreedor, cuya posición contractual no se ve alterada.

> Ejemplo: A está diseñando y fabricando una maquinaria industrial para B por valor de 500.000 $, la mitad pagadera en el momento del encargo y la otra mitad, en el momento de la entrega. Antes de la entrega de la maquinaria, B revende la maquinaria a C, quien asume la deuda frente al fabricante. Si el fabricante A requiere el pago del precio por C, este puede oponerse a tal pago en tanto en cuanto el fabricante no entregue la maquinaria (*exceptio non adimpleti contractus*), en las mismas condiciones que podía ejercitar la oposición B.

En todo caso, no ha de olvidarse que, en estas relaciones triangulares, muchas veces existirá el consentimiento de todas las partes: de los deudores, como firmantes del acuerdo de cesión; del acreedor, como consentidor de la transmisión. Ello significa que, en la mayoría de sistemas, algunas de estas excepciones son disponibles por las partes. Los deudores podrían pactar en el contrato la reducción de medios de defensa y de excepciones, respecto de la que el acreedor podría consentir fácilmente por beneficiosa. El acreedor también podría: a) consentir una ampliación de los medios de defensa del nuevo deudor, aceptando una modificación contractual de su posición; o

b) aceptar la cesión condicionadamente a que se reduzca o modifique el alcance de los medios de defensa del nuevo deudor. En este último caso, la eficacia del contrato de transmisión dependerá de que los deudores incorporen las pretensiones del acreedor.

Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta que la ley aplicable según las normas de Derecho internacional privado puede matizar esta solución. Así, la ley nacional determinará si existen excepciones que son personales y, por tanto, ajenas a cualquier transmisión (art. 1.467 CC guatemalteco; art. 2.056 CC mexicano). Además, la ley nacional determinará si la transmisión de excepciones se extiende a aquellas que han nacido con posterioridad a la sustitución sin que conste consentimiento del acreedor.

Adviértase, por último, que la ley nacional rectora del contrato entre acreedor y deudor (contrato de "expromisión") determinará las excepciones que el nuevo deudor tenga frente al acreedor. Este supuesto no ha sido regulado por los Principios porque se trata de una cuestión puramente contractual y dependiente del contrato firmado entre acreedor y nuevo deudor, sin que afecte a terceras partes, que es la perspectiva que interesa a los Principios.

2. Excepciones existentes entre deudores

Es un principio común en los Estados de la OHADAC que el cesionario no pueda alegar ninguna excepción contra el acreedor, si estas derivan del contrato de cesión celebrado entre el antiguo y el nuevo. Ello se debe a que tales excepciones nacen de una relación en la que no ha participado el acreedor, que no puede ver modificada su posición contractual, salvo disposición en contra. En particular, el cesionario no puede oponer al acreedor el incumplimiento del contrato de transmisión de deuda por parte del antiguo deudor, la *exceptio non adimpleti contractus*. Un incumplimiento de este tipo pertenece a la esfera de relaciones de ambos deudores, a la que es ajena el acreedor.

> Ejemplo: A vende maquinaria industrial a B por valor de 600.000 $, 200.000 $ pagaderos en el momento del encargo, 200.000 $ a la entrega y 200.000 $ a los dos años. Entregada la maquinaria y pagados dos de los tres plazos, B revende la maquinaria a C, quien asume la deuda frente al fabricante. El fabricante puede exigir el pago a C (re-comprador y cesionario), sin que este pueda negarse alegando que B (re-vendedor y cedente) no le ha entregado la maquinaria.

Desde una perspectiva transnacional, los PU guardan silencio a este respecto, pero la imposibilidad de oponer al acreedor excepciones nacidas de las relaciones entre deudores se deduce del funcionamiento general de sus normas y de una interpretación *a sensu contrario* de su artículo 9.2.7 (que solo permite la oponibilidad de excepciones nacidas de la relación entre acreedor y deudor originario). Por su parte, el DCFR recoge

la prohibición de que, en el marco de una sustitución completa o incompleta, el nuevo deudor invoque excepciones o derechos nacidos del contrato de delegación firmado con el deudor originario [arts. III-5:205 (3) y III-5:207 (1)].

3. Compensación de créditos

Mención especial merece el régimen de la compensación de créditos en el marco de una cesión de deuda dineraria. En este sentido, parece posible la compensación respecto de créditos del cesionario, teniendo en cuenta que el acreedor ha consentido en la cesión y, por tanto, ha aceptado esta eventual forma de pago. Lo expuesto puede alterarse, no obstante, por la autonomía de la voluntad de las partes (*novation agreements)*, respetando al máximo los sistemas de tradición anglosajona, como Belice, Trinidad y Tobago o Guyana, que no han codificado esta regulación [*Hughes v Groveholt Ltd* (2005), EWCA Civ 897]. Así, en primer lugar, si en el contrato originario entre acreedor y deudor se excluyó la posibilidad de compensar créditos, dicha exclusión es oponible al cesionario. Recuérdese, de hecho, que el cesionario ha de cumplir la obligación en las condiciones originariamente pactadas con el primitivo deudor. En segundo lugar, y por el contrario, puede ocurrir que el tercero solo esté dispuesto a asumir la deuda si se incluye la posible compensación de los créditos que tenga, condición que solo tendrá efectos si es aceptada por el acreedor. En tercer lugar, también es posible que el acreedor acepte la transmisión condicionada a que esta se haga con exclusión de los derechos de compensación. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que el acreedor no introdujo esa cláusula en el contrato originario porque no tenía ninguna relación previa con el deudor originario, a diferencia de lo que ocurre con el tercero cesionario, con el que sí ha realizado negocios previamente. Desde una perspectiva transnacional, ni los PU ni el DCFR se pronuncian respecto de esta compensación de créditos del acreedor y el deudor cesionario. No obstante, aplicando las reglas generales de compensación, existe el derecho del cesionario de invocar la compensación de su propio crédito con el del acreedor.

Analizada la compensación con créditos del cesionario, los Principios abordan la compensación con créditos del deudor originario. Parece comúnmente aceptado que, producida la liberación del deudor originario, el nuevo deudor no puede invocar ningún derecho de compensación que tuviera el deudor originario. No en vano, el deudor originario ha quedado liberado y sin responsabilidad alguna frente al acreedor; por tanto, los créditos que a este le pertenezcan no pueden ser invocados por el cesionario. En consecuencia, este cesionario solo podrá invocar los derechos de compensación respecto de créditos de los que él es titular. Lo expuesto también tiene su relevancia práctica para el acreedor que consiente la sustitución de deudores. Si, una vez producida la sustitución, el acreedor es requerido de pago por el deudor

originario respecto de créditos ajenos a la sustitución, dicho acreedor está obligado al pago. No podrá alegar la compensación de créditos porque consintió que su deudor fuera plenamente sustituido y liberado. En esta línea se posicionan los PU (art. 9.2.7) y DCFR [art. III-5:205 (2)], cuando establecen que el deudor cesionario no puede ejercer ningún derecho de compensación que tuviera el deudor originario con el acreedor.

4. Extinción de las garantías

Existe un principio común en los Estados OHADAC, según el cual la cesión de las obligaciones implica la extinción de cualquier garantía personal o real que dicho deudor hubiera ofrecido al acreedor para el cumplimiento (art. 1.701 CC colombiano; art. 820 CC costarricense art. 264 CC cubano; arts. 1.278, 1.279 y 1.281 CC francés y dominicano; art. 1.063 CC haitiano; art. 6:157 del CC holandés y surinamés; arts. 1.443 y 1.445 CC surinamés antiguo; art. 1.463 CC guatemalteco; art. 2.055 CC mexicano; art. 2.106 CC nicaragüense; art. 1.108 CC santaluciano; art. 1.321 CC venezolano; art. 243 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013). Se trata de un principio común en el Derecho comparado, basado en que el garante ha prestado garantía en función del riesgo de cumplimiento o incumplimiento (solvencia o insolvencia) del deudor originario. La irrupción de un nuevo deudor introduce una variable ajena al garante, que no ha participado en la negociación de la asunción ni ha podido calcular *ex ante* el riesgo de insolvencia del cesionario. Corresponderá a la ley nacional designada por las normas de Derecho internacional privado determinar si la extinción se produce, incluso, aunque la cesión sea después declarada nula o inválida.

No obstante, este principio general tiene una excepción: se mantiene la garantía en relación con el cumplimiento por parte del cesionario, si el garante, sea el propio deudor originario o un tercero, acepta tal mantenimiento. Así se recoge en los PU (art. 9.2.8), en los PECL (art. 12:102), en el DCFR [art. III–5:205 (5)] y en buena parte de los ordenamientos OHADAC (*ad ex.* art. 820 CC costarricense; art. 1.463 CC guatemalteco; art. 2.055 CC mexicano; art. 2.106 CC nicaragüense; art. 1.443 CC surinamés antiguo; art. 1.108 CC santaluciano; *Caterpillar Financial Services Ltd v Goldcrest Plant & Groundworks Ltd & Ors* (2007), EWCA Civ 272; *Rhodia International Holdings Ltd Rhodia UK Ltd v Huntsman International Llc* (2007), EWHC 292]. Por falta de una respuesta clara y unánime entre los distintos ordenamientos analizados, los Principios OHADAC no han incluido una segunda excepción, en virtud de la cual la garantía no se extingue si el garante era el nuevo deudor [art. 9.2.8 PU; art. 12:102 PECL; art. III–5:205 (5) DCFR]. En cualquier caso, esta falta de previsión se soluciona fácilmente por medio de una aceptación del acreedor, condicionada a que el nuevo deudor mantenga para sí las garantías que había prestado para el antiguo deudor. Los Principios tampoco han incluido una tercera excepción según la cual la garantía se conserva si recae sobre

un bien cuya propiedad se transmite del deudor originario al cesionario, previa o simultáneamente a la cesión de obligaciones. Ello se debe a que algunos ordenamientos, por ejemplo el nicaragüense, obliga a la extinción de la garantía y la constitución de una nueva (arts. 2.107 y 2.108 del CC). En cualquier caso, y como se verá más adelante, se recomienda incluir una cláusula contractual en este sentido por su importante función jurídico-económica.

Artículo 8.2.6: ***Obligación subsidiaria del deudor originario***

1. **Cuando el deudor originario quede obligado subsidiariamente, el cesionario tendrá los derechos y obligaciones previstos en el artículo anterior.**
2. **El deudor originario, cuando sea requerido subsidiariamente, podrá alegar la compensación de sus propios créditos.**
3. **Las garantías establecidas antes de la cesión asegurarán el cumplimiento subsidiario del deudor originario.**

COMENTARIO:

1. Posición del cesionario

Cuando se pacte una obligación de cumplimiento subsidiaria por parte del deudor originario, el cesionario tendrá los derechos y obligaciones previstos en el artículo anterior. Ello se fundamenta en que el cesionario se coloca en una situación de "responsable principal" de la deuda, quedando el deudor originario como responsable subsidiario. Es lógico, pues, que el cesionario, obligado principal, pueda oponer al acreedor todas las excepciones de dicho deudor originario, evitando, así, que los medios de defensa queden relegados a un segundo plano, para el supuesto de una reclamación subsidiaria al deudor originario. Pero, al mismo tiempo, también está justificado que el cesionario no pueda oponer al acreedor ninguna excepción derivada de la relación entre dicho cesionario y el deudor originario. Como también que el cesionario no pueda invocar ningún derecho de compensación perteneciente al deudor originario, pues se produciría una anomalía en el pago, hecho con bienes ajenos: los del deudor originario.

2. Posición del deudor originario

A diferencia de lo anteriormente expuesto, los Principios recogen la idea de que la posición del deudor originario sí que cambia respecto del precepto anterior, porque no ha sido liberado y permanece como obligado subsidiario. En este contexto, si el nuevo deudor no procede al pago y el acreedor reclama subsidiariamente el pago al antiguo deudor, este podrá, en ese preciso momento, invocar su derecho a la compensación, porque opone un crédito propio. A este respecto, los PU guardan silencio y el DCFR tampoco resulta excesivamente claro, pues, se limita a establecer que, en el marco de la sustitución incompleta, el régimen de la compensación será el aplicable a la sustitución completa [art. III-5:207 (1)], esto es, la improcedencia de la compensación con créditos del deudor originario. Dicha previsión es acertada en cuanto impida al nuevo deudor compensar créditos pertenecientes al deudor originario. Pero es insuficiente, porque no se fija en el hecho diferencial de la sustitución incompleta, esto es: que el deudor originario es responsable subsidiario y que, como tal, podrá invocar la compensación de créditos propios.

> Ejemplo 1: A, acreedor, acepta que B, el deudor, ceda una deuda de 100.000 $ a C, el cesionario, siempre que el cedente B se mantenga como responsable subsidiario por incumplimiento del cesionario. Por su parte, el cedente B también tiene un crédito contra el acreedor A, por valor de 80.000 $. Cuando el acreedor A requiere de pago al cesionario C, este no puede alegar compensación. Pero si el cesionario C no paga y el acreedor A se dirige contra el cedente B, como obligado subsidiario, este puede alegar compensación de su propio crédito.

Esta misma lógica se aplica a las garantías previstas antes de la cesión, que asegurarán el cumplimiento del deudor originario, cuando sea requerido subsidiariamente (art. 243 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013). Las garantías han de seguir la misma suerte que la obligación principal para cuyo aseguramiento nacen, en este caso, el incumplimiento del deudor originario. Sería desproporcionado, de hecho, que se extinguieran dichas garantías cuando no se ha extinguido la responsabilidad del deudor originario que aseguran. El *iter* de la reclamación es, pues, el siguiente: ante el incumplimiento del nuevo deudor, reclamación al deudor originario; ante el incumplimiento de este, y dejando a salvo las garantías a primera demanda, reclamación al tercero garante. Este planteamiento ha sido recogido por el DCFR (art. III-5:207). También se deduce de los PU a través de una interpretación *a sensu contrario* de lo dispuesto respecto de la extinción de las garantías en caso de liberación del deudor (art. 9.2.8). Lógicamente, lo expuesto no impide que el tercero garante acepte una modificación de la garantía, de modo que pase a asegurar el cumplimiento del deudor cesionario.

Ejemplo 2: En el mismo caso que en el ejemplo 1: A, acreedor, acepta que B, el deudor, ceda una deuda de 100.000 $ a C, el cesionario, siempre que el cedente B se mantenga como responsable subsidiario por incumplimiento del cesionario. La deuda estaba garantizada con un aval personal de D. Si el cesionario C no paga, el acreedor A puede requerir al cedente B; si este tampoco paga, podrá ejecutar el aval.

Artículo 8.2.7: *Obligación solidaria entre deudor y cesionario*

1. **Cuando el deudor originario quede obligado solidariamente, el derecho del cesionario a oponer las excepciones del deudor originario, el derecho de compensación y los efectos en las garantías se regirán por las reglas sobre obligaciones solidarias.**
2. **Las excepciones del cesionario frente al deudor cedente serán oponibles al acreedor de conformidad con las reglas sobre pactos a favor de terceros. El cesionario será considerado promitente, el deudor originario, estipulante, y el acreedor, beneficiario.**

COMENTARIO:

1. La lógica de la responsabilidad solidaria

La mayoría de sistemas de la OHADAC y de instrumentos internacionales no se refieren expresamente a las excepciones originarias, en caso de una responsabilidad solidaria entre el deudor originario y el cesionario. Por ello, los Principios remiten a las normas generales sobre obligaciones solidarias que, como también ocurre en el DCFR (art. III–4:112) y en los PU (art. 11.1.4), permiten que cada codeudor oponga sus propias excepciones o las que sean comunes a todos los codeudores.

En esta misma línea, tanto el nuevo deudor como el originario podrían compensar sus créditos propios con el acreedor, extinguiendo la obligación respecto de los restantes codeudores. Así ocurre en otros textos internacionales, como el DCFR, que, al remitir a las normas sobre pluralidad de deudores [art. III-5:209 (2)], ofrece una solución clara en torno a que la compensación por uno de los deudores extingue la obligación de los restantes [art. III-4:108 (1)]. Aunque los PU no se pronuncien expresamente, se entiende que existe una remisión a las normas sobre solidaridad y, en particular, a su artículo 11.1.5, que establece la extinción de la obligación por la compensación de créditos de cualquiera de los codeudores.

> Ejemplo 1: El acreedor A reclama la deuda a un nuevo deudor C, incorporado solidariamente por el deudor originario, B. El nuevo deudor opone la compensación con un crédito del que es titular frente al acreedor, lo que produce la extinción de la obligación tanto del nuevo deudor C como del antiguo deudor B.

El deudor requerido, ya sea el originario o el incorporado solidariamente, no podrá oponer excepciones de otros codeudores que no sean comunes. Del mismo modo, el deudor requerido no podrá oponer la compensación de créditos de otros codeudores, ya que no forman parte de su propio patrimonio.

> Ejemplo 2: En el supuesto del ejemplo 1, el acreedor A reclama la deuda al deudor originario B y no al nuevo codeudor C, incorporado solidariamente y que es titular de un crédito respecto de A. El deudor originario se verá obligado a pagar sin posibilidad de alegar la compensación de créditos de otros codeudores. De esta forma, el acreedor A puede conseguir liquidez evitando la alegación de compensación de créditos.

Por último, en relación con las garantías, dado que la posición del deudor originario no se ve modificada y sigue siendo responsable del cumplimiento de forma solidaria, subsisten las garantías que aseguran su cumplimiento (*ad ex.* art. 1.702 CC colombiano; art. 243 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013).

2. La lógica de la estipulación a favor de tercero

Si el cesionario se obliga solidariamente con el deudor cedente, por un acuerdo celebrado con este, está accediendo a la obligación funcionalmente a través de una "estipulación a favor de tercero", el acreedor (beneficiario), con el que no ha establecido ninguna relación directa. Por ello, los Principios, en la misma línea que el DCFR [art. III–5:209 (1)], permiten que el deudor incorporado invoque las excepciones de las que dispone respecto del deudor originario. No hay en ello perjuicio alguno para tal acreedor, que no ve alterada su posición contractual anterior a la adición, en la que únicamente respondía el deudor primitivo. Como se observa, la inoponibilidad contra el acreedor de las excepciones entre deudores, que imperaba en casos de liberación del deudor originario o de fijación de una obligación subsidiaria, no rige en estos casos. Propiamente no existe una "cesión" de la obligación, sino una asunción conjunta y solidaria por parte del deudor originario y el nuevo deudor.

> Ejemplo: El acreedor A tiene un crédito respecto del deudor originario B. Este pacta con C su incorporación como codeudor solidario, a cambio de la prestación de unos servicios por parte del deudor originario B. Comoquiera que este no presta los

servicios pactados, el nuevo deudor C puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* al acreedor A, cuando este reclame al nuevo deudor.

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS SOBRE CESIÓN DE OBLIGACIONES

1. Cláusulas sobre modalidades de cesión de obligaciones

Como ya se ha señalado, los Principios dan libertad a cedente y cesionario para que pacten la modalidad de cesión de obligaciones que estimen oportuna, sin perjuicio de que en ocasiones se requiera el consentimiento de la contraparte. Así, cedente y cesionario pueden pactar la liberación del deudor originario, que queda eximido de responsabilidad frente al acreedor:

Cláusula A: Liberación del cedente

"El cesionario asume la deuda referenciada en la cláusula [indicar número]. El cedente queda liberado y sin responsabilidad alguna frente al acreedor."

Por otra parte, las partes pueden pactar que el cedente se mantenga como obligado subsidiario, para el caso en el que el cesionario no cumpla adecuadamente:

Cláusula B: Obligación subsidiaria del cedente

"El cesionario asume la deuda referenciada en la cláusula [indicar número]. El cedente solo podrá ser requerido por el acreedor en caso de que el cesionario no pague íntegramente la deuda referenciada."

En la cláusula mencionada, no existe liberación del deudor originario pero si una relegación de su obligación a un segundo plano, dejando de ser el obligado a título principal.

Por último, cedente y cesionario pueden pactar una relación de solidaridad entre ambos, de modo que el acreedor podrá dirigirse a cualquiera de los codeudores por la totalidad de la deuda y sin perjuicio de las acciones de reembolso:

Cláusula C: Obligación solidaria entre codeudores

"El cesionario asume la deuda referenciada en la cláusula [indicar número]. El cedente permanecerá como obligado en régimen de solidaridad frente al acreedor".

Aunque los Principios optan por esta modalidad cuando las partes guarden silencio al respecto, lo cierto es que resulta muy recomendable que una cláusula como la citada sea incluida en el propio contrato de cesión.

2. Cláusulas sobre el consentimiento del deudor a la cesión

Como ya se ha destacado, los Principios OHADAC regulan la cesión de obligaciones por el deudor o por el propio acreedor. En este último caso, la regla general es que no se requiere consentimiento del deudor, salvo que se haya hecho mención en contra en el contrato.

La primera mención en contra puede referirse a la prohibición de cesión de obligaciones, por ejemplo:

Cláusula A: Prohibición de cesión de obligaciones

"Queda prohibida la cesión de cualquier obligación establecida por el presente contrato".

Se trata de cláusulas poco habituales porque la cesión de obligaciones por parte del acreedor suele interesar a ambas partes. Al acreedor, porque preserva su libre voluntad para ceder la obligación por las razones que estime oportunas. Al deudor, porque la cesión puede implicar una liberación en sus obligaciones. No obstante, en el caso de que se haya incluido, se producen dos consecuencias. En primer lugar, cualquier cesión de obligaciones por el acreedor requerirá de consentimiento del deudor, de modo que la prohibición inicial incluida en el contrato se entiende modificada si el deudor consiente en una posterior cesión. En segundo lugar, si el acreedor cede la obligación sin consentimiento del deudor podría haber lugar a una indemnización por daños y perjuicios.

La segunda posibilidad, más flexible que la anterior, es que las partes expresamente incluyan en el contrato la necesidad de consentimiento del deudor. Esta misma situación se origina cuando la cláusula se refiere no al consentimiento del deudor sino al "acuerdo de las partes":

Cláusula B: Consentimiento preceptivo del deudor a la cesión

"La cesión de cualquiera de las obligaciones establecidas en este contrato requerirá del acuerdo por escrito de las partes".

En estos casos, la voluntad del acreedor queda clara por el mero hecho de firmar la cesión, siendo, pues, preceptivo obtener el consentimiento del deudor. Del mismo modo, puede concederse un derecho de oposición al deudor en un determinado plazo. Así, por ejemplo:

Cláusula C: Derecho de oposición a la cesión por parte del deudor

"La cesión de cualquiera de las obligaciones establecidas en este contrato no requerirá de acuerdo de las partes.

Sin embargo, la parte deudora de la obligación podrá oponerse a la cesión en el plazo de [indicar plazo], a contar desde que recibió la notificación de dicha cesión".

En relación con esta última cláusula, si no manifiesta su oposición, el silencio del deudor se entiende como aceptación de la cesión. Mientras que en el DCFR se ha elevado a regla (art. III–5:202), la falta de una regla clara en los Estados OHADAC aconseja su mera recomendación como cláusula contractual.

3. Declaraciones sobre la aceptación de la cesión

Los Principios requieren la aceptación de la contraparte en el contrato originario en casos tasados, siendo el de mayor importancia práctica la exigencia de consentimiento del acreedor a la cesión pactada por el deudor originario y un tercero. Las declaraciones de aceptación adquieren, pues, una relevancia máxima para el funcionamiento de la cesión. A este respecto, ha de recordarse que el acreedor ha de aceptar la cesión, pero no tiene el derecho a decidir la modalidad de cesión, a menos que tal derecho haya sido conferido por cedente y cesionario. Los Principios rehúyen afirmaciones tan discutibles como las de los PU según las cuales "el acreedor puede liberar al deudor originario" o "el acreedor puede también retener al deudor originario como deudor" (art. 9.2.5). En su lugar, los Principios OHADAC y las cláusulas y declaraciones recomendadas dejan bien claro que la elección de la modalidad de

cesión corresponde a las partes en este contrato (cedente y cesionario); el acreedor simplemente tiene la potestad de aceptarla, rechazarla o realizar una contraoferta.

Así pues, la primera posibilidad pasa por la aceptación de la cesión en los términos y condiciones que le hayan sido notificados a la contraparte. Es importante, por ello, incluir en la declaración de aceptación los documentos en los que consten los términos de la cesión, así como la salvedad de que cualquier variación en dichos términos y condiciones deberán ser notificados a la contraparte para que se pronuncie sobre su aceptación o no. De acuerdo con lo expuesto, se recomendaría esta declaración:

Declaración A: Aceptación de la cesión

"D. [nombre y apellidos], con pasaporte número [indicar], nacional de [indicar], mayor de edad, con domicilio en [indicar], y en representación de la sociedad mercantil [denominación social], constituida mediante escritura autorizada por el Notario de [indicar población y país], D. [nombre del notario autorizante], con fecha [indicar fecha] y número de protocolo [indicar número de protocolo], domiciliada en [indicar dirección completa], inscrita en el Registro Mercantil de [indicar población y país y circunstancias de la inscripción: tomo, general, folio, hoja, inscripción], y con código de identificación fiscal [indicar número], DECLARA:

1º. Que ACEPTA la cesión de la deuda referenciada en el documento anejo a esta declaración en los términos y condiciones allí establecidos [adjuntar el documento firmado por el cedente o por el cesionario en el que se notifica la cesión y se informa de sus condiciones].

2º-. Que cualquier variación en los términos y condiciones de la cesión contenidos en el documento anejo a esta declaración deberá ser notificada al abajo firmante para que se pronuncie sobre su aceptación o no.

Lo que dice en [indicar población y país] a [indicar fecha]".

La segunda posibilidad de la contraparte originaria, normalmente el acreedor, es la no aceptación de la cesión en los términos y condiciones que le hayan sido notificados.

Verdaderamente no es necesaria una declaración de oposición a la cesión, dado que esta se produce por silencio; no obstante, un pronunciamiento expreso de la contraparte da mayor seguridad jurídica a las partes. Tiene, de hecho, dos ventajas. Para el cedente y cesionario, evita dilaciones indebidas, que se producirían si estos esperan, incluso después de celebrado el acuerdo de cesión, a conocer la opinión de la contraparte. Para la contraparte, la declaración puede ser útil para neutralizar cualquier atisbo de aceptación tácita, si se declara que ningún acto pasado o futuro podrá entenderse como aceptación. En definitiva, serían aconsejables declaraciones como la siguiente:

Declaración B: Oposición a la cesión

"D. [nombre y apellidos], con pasaporte número [indicar], nacional de [indicar], mayor de edad, con domicilio en [indicar], y en representación de la sociedad mercantil [denominación social], constituida mediante escritura autorizada por el Notario de [indicar población y país], D. [nombre del notario autorizante], con fecha [indicar fecha] y número de protocolo [indicar número de protocolo], domiciliada en [indicar dirección completa], inscrita en el Registro Mercantil de [indicar población y país y circunstancias de la inscripción: tomo, general, folio, hoja, inscripción], y con código de identificación fiscal [indicar número], DECLARA:

1º. Que NO ACEPTA la cesión de la deuda referenciada en el documento anejo a esta declaración ni ninguno de los términos ni condiciones allí establecidos [adjuntar el documento firmado por el cedente o por el cesionario en el que se notifica la cesión y se informa de sus condiciones].

2º. Que ningún acto pasado o futuro realizado por el abajo firmante podrá entenderse como aceptación tácita de dicha cesión.

Lo que dice en [indicar población y país] a [indicar fecha]".

Existe una tercera posibilidad: que la contraparte condicionara su aceptación a una modificación de los términos del acuerdo de cesión y, en particular, de las modalidades de cesión. A este respecto, resulta habitual que el interés de cedente y cesionario sea la liberación del deudor originario, quedando eximido de cualquier obligación de cumplimiento. Al contrario, el interés del acreedor suele ser la articulación de una responsabilidad solidaria entre el nuevo deudor y el deudor originario, para aumentar las posibilidades de satisfacción de la obligación. A estos efectos, las posibilidades de la contraparte son variadas, pudiendo destacarse una oposición a la cesión, acompañada de una invitación a modificar los términos del acuerdo de cesión. Producida la modificación, la cesión volvería a presentarse a la consideración de la contraparte para un pronunciamiento definitivo. En estos casos, se recomiendan declaraciones del siguiente tipo:

Declaración C: Oposición a la cesión e invitación a negociar

"D. [nombre y apellidos], con pasaporte número [indicar], nacional de [indicar], mayor de edad, con domicilio en [indicar], y en representación de la sociedad mercantil [denominación social], constituida mediante escritura autorizada por el Notario de [indicar población y país], D. [nombre del notario autorizante], con fecha [indicar fecha] y número de protocolo [indicar número de protocolo], domiciliada en [indicar dirección completa], inscrita en el Registro Mercantil de [indicar población y país y circunstancias de la inscripción: tomo, general, folio, hoja, inscripción], y con código de identificación fiscal [indicar número], DECLARA:

1º. Que NO ACEPTA la cesión de la deuda referenciada en el documento anejo a esta declaración en los términos y condiciones allí establecidos [adjuntar el documento firmado por el cedente o por el cesionario en el que se notifica la cesión y se informa de sus condiciones].

2º. Que ningún acto pasado o futuro realizado por el abajo firmante podrá entenderse como aceptación tácita de dicha cesión en los términos y condiciones establecidos en el documento adjunto.

3º. Que se compromete a considerar la posible aceptación de la cesión de la deuda referenciada si cedente y cesionario modifican los términos expuestos en el documento anejo a esta declaración y acuerdan que el cedente [opción 1: permanezca como obligado en régimen de solidaridad por la totalidad de la deuda] / opción 2: pueda ser requerido de pago en caso de que el cesionario no pague íntegramente la deuda referenciada].

Lo que dice en [indicar población y país] a [indicar fecha]".

Una última opción sería que la contraparte aceptase por anticipado la cesión, a condición de que se incluya la condición impuesta, normalmente, el mantenimiento del deudor originario como obligado solidario o subsidiario. Convendría aclarar que, de no aceptarse la condición, existe oposición a la cesión. Así, por ejemplo:

Declaración D: Aceptación condicionada

"D. [nombre y apellidos], con pasaporte número [indicar], nacional de [indicar], mayor de edad, con domicilio en [indicar], y en representación de la sociedad mercantil [denominación social], constituida mediante escritura autorizada por el Notario de [indicar población y país], D. [nombre del notario autorizante], con fecha [indicar fecha] y número de protocolo [indicar número de protocolo], domiciliada en [indicar dirección completa], inscrita en el Registro Mercantil de [indicar población y país y circunstancias de la inscripción: tomo, general, folio, hoja, inscripción], y con código de identificación fiscal [indicar número], DECLARA:

1º. Que, si, y solo si, el cedente [opción 1: permanece como obligado en régimen de solidaridad por la totalidad de la deuda] / opción 2: puede ser requerido de pago en caso de que el cesionario no pague íntegramente la deuda referenciada], ACEPTA la cesión de la deuda referenciada en el documento anejo [adjuntar el documento firmado

por el cedente o por el cesionario en el que se notifica la cesión y se informa de sus condiciones].

2º-. Que cualquier variación en los términos y condiciones de la cesión contenidos en el documento anejo a esta declaración, y distinta a la condición establecida en el párrafo 1º, deberá ser notificada al abajo firmante para que se pronuncie sobre su aceptación o no.

3º. Que, si no se cumple la condición establecida en el párrafo 1º, NO ACEPTA la cesión de la deuda referenciada en el documento anejo a esta declaración en los términos y condiciones allí establecidos.

4º. Que, si no se cumple la condición establecida en el párrafo 1º, ningún acto pasado o futuro y realizado por el abajo firmante podrá entenderse como aceptación tácita de dicha la cesión en los términos y condiciones del documento anejo a esta declaración.

Lo que dice en [indicar población y país] a [indicar fecha]".

4. Cláusulas sobre garantías en caso de cesión

Los Principios OHADAC recogen el principio básico de que la cesión de deuda implica la extinción de cualquier garantía personal o real, salvo aceptación por parte del garante, sea el propio deudor originario o un tercero. Los Principios no han ido más allá, por falta de consenso en los Estados de la OHADAC, pero resulta muy recomendable la inclusión de una cláusula de "blindaje" en el contrato entre acreedor y deudor originario, en virtud de la cual, la garantía se conserva si recae sobre un bien cuya propiedad es transmitida del deudor originario al cesionario previa o simultáneamente a la cesión de obligaciones. Para mayor seguridad del acreedor, en el momento en el que este manifiesta la aceptación de la cesión podría condicionarla al mantenimiento de la garantía. Véanse, así, los siguientes ejemplos:

Cláusula en el contrato originario: Conservación de las garantías reales

"El acreedor solo aceptará la cesión de la presente deuda a terceros si, después de la cesión, el bien referenciado

como garantía de pago de dicha deuda continúa afecto al cumplimiento".

Declaración: Aceptación de la cesión con conservación de la garantía

"D. [nombre y apellidos], con pasaporte número [indicar], nacional de [indicar], mayor de edad, con domicilio en [indicar], y en representación de la sociedad mercantil [indicar denominación social, constituida mediante escritura autorizada por el Notario de [indicar población y país], D. [nombre del notario autorizante], con fecha [indicar fecha] y número de protocolo [indicar número de protocolo], domiciliada en [indicar dirección completa], inscrita en el Registro Mercantil de [indicar población y país y circunstancias de la inscripción: tomo, general, folio, hoja, inscripción], y con código de identificación fiscal [indicar número], DECLARA:

Que ACEPTA la cesión de la deuda referenciada en el documento anejo [adjuntar el documento firmado por el cedente o por el cesionario en el que se notifica la cesión y se informa de sus condiciones], SI, Y SOLO SI, el cesionario y nuevo propietario del bien referenciado como garantía de pago de la presente deuda, mantiene dicho bien como garantía.

Lo que dice en [indicar población y país] a [indicar fecha]".

Se trata de incluir una cláusula contractual o de formular una declaración que siga la línea de los PU (art. 9.2.8), de los PECL (art. 12:102), del DCFR [art. III–5:205 (4)], de algunos sistemas de la OHADAC [art. 1.464 CC guatemalteco; art. 6:157 CC holandés y surinamés; en contra, art. 2.107 CC nicaragüense; art. 1.063 CC haitiano]. Sin necesidad de consentimiento del deudor originario, propietario inicial del bien que sirve de garantía, este asegurará el cumplimiento por el nuevo deudor. La cláusula y la declaración parten de una lógica económica y atribuyen a las partes y a sus patrimonios "destinos paralelos": deudor originario y sus bienes, liberados; nuevo deudor y sus bienes, afectados. Esta lógica no afecta negativamente a las expectativas del cesionario, que siempre ha negociado sobre unos bienes con cargas. Se protegen,

además, las expectativas del acreedor: si el anterior deudor, como propietario de los bienes, los afectó a la operación, tiene pleno sentido que el cesionario, en su condición de nuevo propietario, también los vincule a la operación. Desde la perspectiva del deudor originario, en nada le perjudica que el bien continúe afecto a la operación, porque ha dejado de ser propietario del bien. Como ejemplo del funcionamiento de esta cláusula puede verse el siguiente ejemplo:

> Ejemplo: el deudor compra un bien inmueble y obtiene financiación de una entidad bancaria, a cambio de constituir una hipoteca sobre el inmueble. Después, vende el bien inmueble a un tercero, quien asume la deuda frente a la entidad financiera en las mismas condiciones y con los mismos plazos. La cláusula propuesta implica que el consentimiento del acreedor a la cesión está condicionado a que la hipoteca continúe vigente.

Como se observa, la cláusula abarca dos situaciones-tipo. En la primera, el bien garantiza el pago del cesionario cuando su transmisión esté vinculada a la relación de la que deriva la asunción de deuda. Sirva como ejemplo el expuesto de la compraventa de bienes hipotecados, en el que el cesionario adquiere el bien y la deuda hipotecaria contraída frente al acreedor, en las mismas condiciones que el deudor originario. En la segunda, el bien también garantiza el cumplimiento del cesionario, si se transmitió a través de una operación desvinculada de la asunción, pero anterior a esta. Por el contrario, se extingue la garantía si el bien afecto es transmitido al cesionario con posterioridad a la asunción de deuda y con independencia de esta.

Sección 3. Cesión del contrato

Artículo 8.3.1: *Ámbito de aplicación*

1. Mediante la cesión del contrato, uno de los contratantes, denominado "cedente", transmite a un tercero, denominado "cesionario", sus derechos y obligaciones en un contrato respecto del otro contratante, denominado "contraparte".

2. Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa.

COMENTARIO:

1. Funcionamiento de la cesión de contratos

Los Principios, tras regular la cesión de un derecho contractual (sección 1) y de una obligación contractual (sección 2), se ocupan de la cesión global de un contrato, que tiene la dificultad añadida de transferir tanto derechos como obligaciones [sección 2-210 UCC; art. 6:159 CC holandés y surinamés; art. 9.3.1 PU].

> Ejemplo: un franquiciado desea ceder su contrato de franquicia internacional a un tercero. Dicha cesión se regirá por esta sección de los Principios desde el momento en el que implique ceder los derechos del franquiciado (adquisición de conocimientos y *know how*, explotación de marcas, suministro de productos o materias primas…), pero también a ceder sus obligaciones (comercialización de los productos, abono de las retribuciones y contraprestaciones dinerarias….). Por el contrario, si el franquiciado únicamente deseara ceder su obligación de abonar las retribuciones dinerarias al franquiciador, se aplicaría la sección sobre cesión de obligaciones.

En este contexto, son muchos los ordenamientos de los Estados OHADAC que no ofrecen una regulación autónoma de la cesión de contratos, que se diferencie de la cesión de derechos y obligaciones. Por ello, el mínimo consensuado ha de encontrarse en unas reglas básicas, acompañadas de una remisión en lo que proceda, a la cesión de derechos y de obligaciones, en la misma línea de los PU (arts. 9.3.6 y 9.3.7), de los PECL (art. 12:201), del DCFR (art. III–5:302) y del artículo 244 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013. Otros aspectos, por ejemplo cómo modificar un contrato sometido a cesión (sección 9-405 UCC), se regirán por la ley nacional a la que remitan las normas de Derecho internacional privado.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, para que los Principios OHADAC sean eficaces en su totalidad, deberían elegirse tanto en el contrato originario como en el acuerdo de cesión contractual.

2. Exclusiones de la sección

Siguiendo la línea de las secciones anteriores sobre cesión de derechos y cesión de obligaciones, y en concordancia con los PU (art. 9.3.2) y con el DCFR (art. III–5:301), esta sección sobre cesión de contratos no se aplica a aquellas cesiones sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa o de un patrimonio. En estos casos, la existencia de una cesión global del conjunto de relaciones de una parte hace que no se deban aplicar las reglas sobre cesión individual de cada uno de los contratos.

Artículo 8.3.2: *Condiciones relativas a las partes*

1. **La cesión requerirá el consentimiento de la contraparte.**
2. **Este consentimiento podrá prestarse expresa o tácitamente y previa, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.**

COMENTARIO:

1. Consentimiento de la contraparte

En la medida en que la cesión del contrato implica no solo la transferencia de derechos, sino también de obligaciones, se precisa el consentimiento de la contraparte (art. 244 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013; *Tolhurst v Associated Portland Cement Manufacturers* (1902), 2 KB 660; *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd* (1994), 1 AC 85, HL; art. 9.3.3 PU; art. 12:201 PECL; art. III–5:302 DCFR). Así pues, la regulación se aparta de las disposiciones previstas para la cesión de derechos y se aproxima a la prevista para la cesión de obligaciones. Tal y como se destacó en los comentarios a estos Principios, la necesidad de consentimiento por la otra parte se debe a que el deudor de la obligación no puede disponer a su antojo de su propia obligación, dado que se puede producir un perjuicio evidente para el acreedor.

2. Momento de prestación del consentimiento

Al igual que ocurría en las secciones anteriores, el consentimiento puede ser prestado en distintos momentos. Así, puede prestarse en el momento mismo de celebración del acuerdo, siendo una estrategia de máxima seguridad. Puede también obtenerse con posterioridad a la celebración del acuerdo, en cuyo caso se corre el riesgo de que los esfuerzos de las partes en lo que respecta a la negociación y celebración del acuerdo de cesión no se vean recompensados porque dependerán de la actitud de la contraparte *a posteriori*. Por último, también puede prestarse el consentimiento *ex ante* de que se celebre el acuerdo de cesión (art. 9.3.4 PU; art. III–5:302 DCFR). Esta estrategia tiene un doble riesgo: el primero, que la información que se suministra a la contraparte para que consienta varíe en el momento de celebración del acuerdo. Este riesgo ha de ser atajado por las partes ofreciendo a la contraparte un acuerdo cerrado y solo pendiente de firma. El segundo riesgo, que sí pueden atajar los Principios, es que la contraparte ha de ser conocedora de cuándo producirá efectos la cesión. Para ello

será necesario hacer una notificación del acuerdo a la contraparte o asegurarse de que este identifica la fecha de eficacia de dicho acuerdo, por ejemplo, si, cuando se solicita el consentimiento, ya se informa de la fecha de celebración del acuerdo.

3. Especial incidencia de la cesión en las obligaciones

Como ya se ha destacado, la cesión de contratos puede implicar, respecto de la cesión de obligaciones, una liberación del deudor o una retención como obligado subsidiaria o solidariamente. Los Principios OHADAC tienen, en este punto, una ventaja respecto de los PU (art. 9.3.5). Estos se encabezan con la expresión "la otra parte puede" liberar al cedente, retenerlo o hacerlo codeudor solidario, lo que *prima facie* parece que es un derecho exclusivo y excluyente de la contraparte. Ello podría dar a entender que el cedente y el cesionario no pueden disponer nada al respecto, lo que resulta inexacto. De hecho, esta posible interpretación conduce a resultados desproporcionadamente perjudiciales para el cedente, ya que puede ocurrir que transfiera sus derechos al cesionario, perdiendo su titularidad, y, sin embargo, continúe obligado solidariamente en lo que respecta a los deberes contractuales, porque así lo ha decidido la contraparte. Genera, además, gran inseguridad jurídica entre cedente y cesionario, porque un término fundamental de su acuerdo de cesión depende de un tercero que no participa en dicho acuerdo.

Para evitar estos riesgos, en los Principios OHADAC son el cedente y el cesionario quienes acuerdan cuál es la modalidad de cesión que les interesa; es más, probablemente será uno de los aspectos centrales de la negociación del acuerdo de cesión del contrato. Pero el cedente y el cesionario necesitarán el consentimiento de la contraparte (art. 244 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013). La contraparte solo puede consentir la cesión en los términos fijados por el cedente y el cesionario. Por ejemplo, si cedente y cesionario acuerdan una cesión con liberación del cedente [*Graiseley Properties Ltd & Ors v Barclays Bank Plc & Ors* (2013), EWCA Civ 1372], la contraparte podrá aceptarla o no, pero su consentimiento condicionado a que el cedente continúe obligado solidariamente equivaldrá a la no aceptación de la cesión en los términos pactados por cedente y cesionario. No en vano, la condición de la contraparte altera un término fundamental del acuerdo de cesión. Es verdad que cedente y cesionario podrían conceder a la contraparte, aunque no es habitual en la práctica, un derecho a decidir la modalidad de cesión. Pero se trataría, en cualquier caso, de un derecho concedido por cedente y cesionario, y no por los Principios.

> Ejemplo 1: Un contratista desea ceder el contrato de obra a un tercero, para lo que requiere el consentimiento del comitente. Cedente y cesionario pactarán si el

contratista originario queda liberado o responde subsidiaria o solidariamente de la ejecución de la obra. El comitente podrá aceptar los términos del acuerdo de cesión, anterior, simultánea o posteriormente a su celebración, pero no podrá modificarlos unilateralmente. Si cedente y cesionario han pactado la cesión con liberación del contratista originario, el comitente o contraparte no podrá aceptar la cesión condicionada a la responsabilidad solidaria del primer contratista. Ello sería tanto como rechazar el acuerdo de cesión en los términos en los que fue concebido.

Artículo 8.3.3: ***Eficacia de la cesión***

1. La cesión producirá efectos frente a la contraparte:

a) Desde que presta su consentimiento, si es simultáneo o posterior a la celebración del acuerdo de cesión.

b) Desde que recibe notificación del acuerdo o puede conocer su vigencia, si ha consentido por anticipado.

2. Después de que la cesión produzca efectos, la contraparte solo quedará liberada de sus obligaciones cumpliendo respecto del cesionario.

3. Cuando un cesionario cede sucesivamente el contrato a otro cesionario, la contraparte se liberará cumpliendo de acuerdo con la última cesión que produjo efectos.

COMENTARIO:

1. Momento de producción de efectos

Comoquiera que la cesión de contratos puede implicar la transferencia de los derechos, es fundamental determinar el momento en el que esta cesión produce efectos y la contraparte ha de cumplir en favor del cesionario. Esta cuestión ya se planteaba en la cesión de derechos respecto del deudor y, de hecho, la regulación tiene muchos aspectos en común. La principal diferencia se encuentra en que, en la cesión de contratos, siempre se requiere consentimiento de la contraparte y ello condiciona notablemente el momento de producción de efectos. Si la contraparte ha consentido por anticipado, el momento de producción de efectos será cuando la contraparte reciba notificación del acuerdo, sin perjuicio de que la fecha de vigencia pueda diferirse (art. III–5:302 DCFR). También se prevé la posibilidad de que la

contraparte conozca por otros cauces la vigencia de dicho, por ejemplo: si la contraparte, en el momento de consentir anticipadamente, ya fue informada de la fecha de vigencia del futuro contrato (art. 244 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013). Si la contraparte ha consentido simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo, el acuerdo produce efectos desde que la contraparte presta su consentimiento, salvo que, por voluntad de las partes, se haga constar una eficacia diferida.

En cualquiera de los casos, desde el momento en el que la cesión del contrato implica la cesión de los derechos que se tengan respecto de la contraparte, esta contraparte ha de cumplir respecto del cesionario. Por ello, y en la misma línea que la cesión de derechos, después de la notificación de la cesión o del consentimiento de la contraparte, cuando proceda, esta solo quedará liberada de sus obligaciones cumpliendo respecto del cesionario.

> Ejemplo 2: El contratista cede la ejecución de la obra a un tercero. A) Si el comitente ha aceptado antes de la celebración misma del acuerdo de cesión, una vez que reciba la notificación de la vigencia del acuerdo, los pagos por la ejecución de la obra y la entrega de materiales deberán hacerse al cesionario. B) Si el comitente ha aceptado simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo, desde ese momento deberá cumplir con sus obligaciones a favor del cesionario.

2. Cesiones "en cadena"

Los Principios también recogen la regla tácitamente consensuada en la práctica de los Estados OHADAC, según la cual, cuando un cesionario cede sucesivamente el contrato a otro cesionario, la contraparte se liberará de sus obligaciones cumpliendo respecto del último cesionario cuya cesión haya sido notificada o aceptada.

Se obvia, no obstante, la regla sobre "cesiones múltiples" por el mismo cedente, prevista para la cesión de derechos, dado que se trata de un supuesto anómalo y no regulado por la mayoría de Estados OHADAC. En la cesión de derechos, esta regulación tenía su sentido especialmente en relación con los créditos dinerarios, porque un mismo crédito podía servir de garantía de cumplimiento del cedente en varios contratos. Por tanto, sobre un mismo crédito podían existir varios derechos de terceros. Sin embargo, la cesión del contrato no juega como garantía de cumplimiento del cedente, por lo que carece de interés una regla semejante a la prevista para la cesión de derechos.

Artículo 8.3.4: ***Régimen de la cesión***

1. **En la medida en que la cesión del contrato implique la transmisión de derechos, se aplicará la sección 1 de este capítulo.**
2. **En la medida en que la cesión del contrato implique la transmisión de obligaciones, se aplicará la sección 2 de este capítulo.**

COMENTARIO:

1. Los derechos en la cesión contractual

Como ya se ha destacado en el comentario al artículo 8.3.1, el mínimo consensuado entre los sistemas legales de la OHADAC pasa por una remisión, en lo que proceda, a las normas sobre cesión de derechos y de obligaciones. Esta es, además, la tendencia de los PU (arts. 9.3.6 y 9.3.7), de los PECL (art. 12:201) del DCFR (art. III–5:302) y del artículo 244 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones de 2013.

> Ejemplo: El caso es el mismo que en el ejemplo 2, en el que el contratista cede la ejecución de la obra a un tercero. En cuanto se produzca una cesión de derechos, por ejemplo, el derecho a recibir el pago, se aplicarán las normas sobre cesión de derechos. En cuanto se produzca una cesión de obligaciones, por ejemplo, el deber del contratista de aportar los materiales o de entregar en plazo la obra, se aplicarán las normas sobre cesión de obligaciones.

Cuando la contraparte sea el deudor de la prestación y el cedente el acreedor, se aplicarán las normas sobre cesión de derechos. De este modo, la contraparte puede oponer al cesionario todas las excepciones que tenía frente al cedente y cualquier derecho de compensación que tenga contra el cedente y que se haya originado antes de la notificación de la cesión o, en su caso, de la aceptación de esta. Al tiempo, la contraparte deudora tiene derecho a ser compensado por los costes adicionales generados por la cesión.

En este contexto, como acreedor de la obligación que es, el cedente asume frente al cesionario, y salvo manifestación en contra a este, las siguientes obligaciones. Primera: garantizar que el derecho existe o que es un derecho futuro identificable, que puede cederse y que está libre de cualquier pretensión o derecho de tercero. Segunda: garantizar que está facultado para ceder el derecho, que el deudor no tiene excepción alguna y que no existe ni existirá un derecho de compensación con deudas del

cedente. También ha podido pactarse en el acuerdo de cesión la repercusión en beneficio del cesionario de cualquier cumplimiento hecho a favor del cedente desde que el acuerdo de cesión entró en vigor hasta que fue notificado al deudor.

En estos casos, el cesionario, como consecuencia de la cesión del contrato, adquiere los derechos. Será beneficiario de todas las garantías que aseguren el cumplimiento del derecho cedido. No obstante, las garantías prestadas por terceros no asegurarán el cumplimiento a favor del cesionario y se tendrán por extinguidas en tres casos. Primero: si la obligación del deudor se vuelve más onerosa como consecuencia de la cesión. Segundo: si el acreedor y el deudor pactaron la prohibición de cesión de derechos. Tercero: si el tercero garante prestó su garantía con la condición de que el derecho no fuera cedido.

2. Las obligaciones en la cesión contractual

Cuando la contraparte sea la acreedora de la prestación y el cedente el deudor, se aplican las normas sobre cesión de las obligaciones. Pueden darse varias posibilidades. Primera: una liberación del cedente, quedando eximido de cualquier obligación contractual. Segunda: una obligación de cumplimiento subsidiaria por parte del cedente, en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente. Se establece aquí una responsabilidad subsidiaria para el caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente. Tercera: una obligación de cumplimiento solidaria entre el cedente y el cesionario, de modo que la contraparte podrá dirigirse a cualquiera de los dos para obtener el cumplimiento de lo debido. Es importante destacar que, de acuerdo con dicha sección sobre cesión de obligaciones, si las partes no acuerdan nada en contra, se entenderá que existe una obligación solidaria entre el cedente y el cesionario (en la misma línea, el art. 9.3.5 PU).

Esta norma de remisión implica que, si se pacta la liberación del deudor originario cedente, el cesionario puede oponer a la contraparte acreedora todas las excepciones de dicho deudor originario. En cambio, el cesionario no puede oponer a la contraparte acreedora ninguna excepción derivada de la relación entre dicho cesionario y el deudor originario. En este contexto, el cesionario puede alegar la compensación de los créditos de los que sea titular respecto de la contraparte acreedora. Sin embargo, no podrá alegar compensación de los créditos de los que sea titular el deudor originario cedente. Además, la liberación del cedente deudor originario implica la extinción de las garantías previstas para el pago, salvo que conste la aceptación de la conservación de la garantía por parte del garante. También se ha podido establecer en el contrato el mantenimiento de la garantía sobre un bien cuya propiedad es transmitida del deudor originario al cesionario previa o simultáneamente a la cesión de obligaciones.

Cuando se pacte una obligación subsidiaria de cumplimiento por parte del cedente-deudor originario, este, cuando sea requerido subsidiariamente, podrá alegar la compensación de los créditos de los que sea titular. Las garantías previstas antes de la cesión asegurarán el cumplimiento del deudor originario cedente, cuando sea requerido subsidiariamente.

En caso de obligación solidaria entre el cedente, deudor originario, y el cesionario, el derecho del cesionario a oponer las excepciones del cedente deudor originario, el derecho a alegar compensación y el funcionamiento de las garantías se regirán por las normas de estos Principios sobre obligaciones solidarias. Las excepciones que el cesionario tenga frente al cedente-deudor originario serán oponibles frente a la contraparte acreedora, considerada beneficiaria, en los términos de estos Principios sobre pactos a favor de terceros.

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS SOBRE CESIÓN DE CONTRATOS

1. Cláusulas sobre el alcance de la cesión del contrato

Ya se ha destacado que la cesión de contrato implica no solo la transmisión de derechos sino también de obligaciones. Por ello, resulta importante que la posición del cedente quede determinada en el contrato entre cedente y cesionario. Véanse distintas posibilidades:

Cláusula A: Liberación del cedente

"El cesionario asume todas las obligaciones del contrato cedido. El cedente queda liberado y sin responsabilidad alguna frente a la contraparte del contrato cedido."

Mediante esta cláusula, el cesionario, al asumir todas las obligaciones del contrato cedido, libera al cedente, que ya no quedará obligado frente a la contraparte, a diferencia de cláusulas como la siguiente:

Cláusula B: Obligación subsidiaria del cedente

"El cesionario asume todas las obligaciones del contrato cedido. No obstante, en caso de incumplimiento o de

cumplimiento defectuoso, la contraparte en el contrato cedido podrá exigir el cumplimiento al cedente".

En este caso, el cedente no queda liberado y se mantiene como obligado subsidiario, para el caso en el que el cesionario no cumpla adecuadamente. Con cláusulas de este estilo se incentiva que la contraparte acepte la cesión contractual, como ocurre, todavía con más intensidad, con la siguiente cláusula:

Cláusula C: Obligación solidaria entre cedente y cesionario

"El cesionario asume todas las obligaciones del contrato cedido. No obstante, el cedente permanecerá como obligado en régimen de solidaridad frente a la contraparte".

De acuerdo con la cláusula que precede, cedente y cesionario responden solidariamente frente a la contraparte en el contrato cedido, a salvo de las acciones de reembolso. A pesar de que este régimen es el aplicable si cedente y cesionario no han dispuesto nada en el contrato de cesión, conviene explicitar esta relación solidaria, para mayor seguridad jurídica de las partes y para que la contraparte en el contrato cedido encuentre incentivos a prestar su consentimiento.

2. Cláusulas sobre prohibición de cesión

De acuerdo con los Principios OHADAC, la cesión de un contrato requiere consentimiento de la contraparte. Por esta razón, no es necesario incluir esta previsión en el contrato originario, como tampoco prohibir expresamente tal cesión. Esta no tendrá lugar si no hay un acuerdo posterior de las partes en el contrato cedido manifestado de la siguiente forma: por el cedente, en el propio acuerdo de cesión; por la contraparte, a través del consentimiento que necesariamente ha de prestar en relación con dicho acuerdo de cesión.

No obstante, es habitual que las partes en el contrato originario introduzcan cláusulas sobre prohibición o admisión de la cesión, que, en determinadas ocasiones, generan problemas interpretativos. Son, en este sentido, paradigmáticos la sección 2-210 (4) UCC sobre cómo interpretar expresiones tales como "prohibición de cesión del contrato" o admisión de "la cesión de todos mis derechos en el contrato", y ciertos casos de la jurisprudencia inglesa [*Helstan Securities Ltd v Hertfordshire County Council*

(1978), 3 All ER 262; *Barbados Trust Company Ltd v Bank of Zambia & Anor* (2007), EWCA Civ 148]. En estas circunstancias, los Principios OHADAC regirán la interpretación del contrato, pero resulta muy recomendable que las partes aclaren y concreten exactamente el sentido de sus palabras y, en particular, si la prohibición de ceder el contrato también afecta a la de ceder un derecho o una obligación en concreto. En la práctica, ello es especialmente relevante en relación con la cesión concreta de derechos. Si se interpreta que esta no queda prohibida, puede hacerse por la parte acreedora sin consentimiento alguno de la parte deudora. Por el contrario, si se entiende que la cesión individual de derechos también queda prohibida, el acreedor precisa del consentimiento del deudor para cualquier cesión de alguno de sus derechos.

En este contexto, la cláusula podría redactarse de un modo absoluto, impidiendo no solo la cesión del contrato en su conjunto, sino también la cesión individual de cualquiera de sus derechos y obligaciones:

Cláusula de prohibición de cesión de contrato, derechos y obligaciones

> *"Queda prohibida la cesión a terceros del presente contrato, así como de cualquiera de los derechos y obligaciones en él establecidos".*

De acuerdo con la cláusula señalada, el acreedor de un derecho concreto no podrá disponer de él libremente, sin consentimiento del deudor. Por el contrario, podría ocurrir que las partes prohibieran la cesión del contrato en su conjunto, sin perjuicio de que tuvieran disponibilidad total para disponer de sus derechos en él. Tal sería el caso de la siguiente cláusula:

Cláusula: Prohibición de cesión de contrato y no de derechos

> *"Queda prohibida la cesión a terceros del presente contrato, así como de cualquiera de sus obligaciones. Sin embargo, la parte acreedora de un derecho conferido por este contrato podrá cederlo a terceros sin consentimiento de la parte deudora".*

Esta cláusula impide la cesión del contrato y de cualquiera de sus obligaciones sin consentimiento de la contraparte. Sin embargo, cualquiera de las partes puede disponer de sus derechos contractuales y transferirlos libremente, de acuerdo con los Principios, sin necesidad de consentimiento por la parte deudora. Estas cláusulas pueden, además, modularse en interés de las partes, admitiendo, por ejemplo, únicamente la cesión de créditos dinerarios derivados del contrato.

3. Declaraciones sobre la aceptación de la cesión (remisión)

Al igual que ocurría en las cesiones de obligaciones, cobra gran importancia la aceptación por la contraparte de la cesión. Conviene, pues, remitirse *mutatis mutandis* a los modelos de declaraciones allí contenidos, teniendo en cuenta que el declarante actúa como contraparte, no solo como acreedor, y que acepta o no, y de una forma condicionada o no, una cesión del contrato, y no solo de obligaciones.

CAPÍTULO 9
PRESCRIPCIÓN

Artículo 9.1. *Derechos y acciones susceptibles de prescripción*

Salvo que se disponga otra cosa, los derechos y acciones derivados de los contratos se extinguen por prescripción al vencimiento de un plazo determinado de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones siguientes.

COMENTARIO:

1. Alcance de la prescripción

Las diferencias entre los ordenamientos romano-germánicos y los ordenamientos de raíz anglosajona por lo que respecta a la regulación de la prescripción empiezan por la propia denominación y naturaleza que se atribuye al instituto; tales diferencias están representadas en la región caribeña.

En el entorno OHADAC, los sistemas de tradición continental o romano-germánica, especialmente los tributarios de Derecho francés, abordan conjuntamente el tratamiento de la prescripción "adquisitiva o positiva", y de la prescripción "extintiva, negativa o liberatoria".

Los sistemas angloamericanos diferencian con expresiones distintas cada una de las repercusiones que el tiempo tiene en las relaciones jurídicas. La expresión "*prescription*" queda reservada, por lo general, para el fenómeno de consolidación de la propiedad u otros derechos reales por el transcurso del tiempo (*Prescription Act, Chapter 158*, de Bahamas; *Prescription Act, Chapter 192,* de Belice; *Limitation and Prescription Act, Chapter 252*, de Barbados; *Prescription Act, Chapter 7:02*, de Dominica; *Prescription Act* de 1973 de Jamaica). Para aludir al efecto defensivo o inhibitorio de la prescripción, que permite a un sujeto, basándose en el mero transcurso del tiempo, adoptar una actitud de rechazo frente a una reclamación se utilizan comúnmente los términos *limitation actions* o *limitation periods*. En estos sistemas su regulación, desde una perspectiva más procesal, se encuentra al margen de la normativa privada de carácter sustantivo [*Limitation Act 2000, Chapter L60,* de Anguila*; Limitation Act 1997* de Antigua y Barbuda; *Limitation Act 1995, Chapter 83*, de

Bahamas; *Limitation of Actions Act, Chapter 173*, de Granada; *Limitation Act, Chapter 7:02*, de Guyana; art. 2.047 CC santaluciano*, Revised laws of Saint Lucia*, 2006, *Chap 4.01; The limitation of Actions Act, part. IV* (*Debt and Contract*) de Jamaica; *Limitation Act, Chapter 2.12*, de Montserrat; *Limitation Act, Chapter 90*, de San Vicente y Granadinas; *Limitation of Certain Actions Act, Chapter 7:09,* de Trinidad y Tobago; y *Limitation of Actions Act*, de Jamaica].

En estos Principios el término "prescripción" (sin calificativos) alude a la incidencia que la inactividad prolongada en el tiempo tiene en el ejercicio de los derechos y acciones que se derivan para cada parte de la celebración del contrato. Su regulación en los Principios, como reglamentación de carácter privado, tiene por objeto garantizar la agilidad y seguridad del tráfico jurídico. La coexistencia en el ámbito internacional de multitud de sistemas con diferentes alternativas y opciones de regulación que afectan a los núcleos temáticos de la prescripción (objeto, régimen objetivo o subjetivo en el cómputo de los plazos, interrupción *versus* suspensión, preclusión de plazos, efecto extintivo o meramente defensivo, alcance de la autonomía privada de la voluntad, eficacia respecto de las garantías que protegen los derechos…) constituye un serio freno y obstáculo al comercio internacional, haciendo necesaria una convergencia entre sistemas, fundamentalmente entre el modelo romano-germánico y el angloamericano, a través de la propuesta de normas uniformes que puedan ser esencialmente compartidas por todas las familias jurídicas que conforman el territorio OHADAC.

En esta convergencia entre sistemas incide el debate sobre la naturaleza procesal o sustantiva de la prescripción y el carácter imperativo o dispositivo de sus normas reguladoras. La tendencia clara en la contratación internacional apunta a una calificación sustantiva, como cuestión "contractual", tal y como se deduce del art. 12 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

2. El objeto de la prescripción en los sistemas nacionales de OHADAC

Las reglas de la prescripción suscitan una duda inicial acerca de su objeto: si son las acciones (*claim*, en inglés; *créance*, en francés, *rechtsvordering*, en holandés) o los derechos (*rights* en inglés, *droits* en francés, *rechts*, en holandés). Si se sitúa el centro de gravedad en los derechos, la prescripción provoca su extinción; si se incide en la facultad de ejercitarlos, la prescripción solo permite adoptar una actitud de rechazo frente a la reclamación intempestiva por parte del titular, esto es, el deudor sigue obligado aunque hayan quedado desvirtuadas las pretensiones para la reclamación del crédito. Conforme a la primera de las perspectivas, la prescripción afecta al derecho

mismo provocando su extinción, incluso, se defiende el automatismo o extinción *ipso iure* del derecho mismo. Por el contrario, mantener que lo que prescribe no es el derecho sino la acción que le sirve de cobertura para hacerlo valer en juicio, supone que, verificada la prescripción, el derecho subjetivo continuaría subsistiendo, aunque falto de toda posibilidad de encontrar amparo ante los tribunales.

En el c*ommon law* la propia expresión *limitation actions*, con la que se incide en la naturaleza procesal de la institución, pone de manifiesto la posición general en el sistema angloamericano en el que se reconoce que la prescripción tiene por objeto, no el derecho subjetivo, sino la pretensión, entendida como derecho a reclamar a quien corresponda el respecto o la satisfacción del derecho subjetivo por medio de una determinada conducta activa o pasiva [*Limitation Act 1980* inglesa y el apartado 2.93 del Informe de la *English Law Comission*, presentado al Parlamento en 2001 (*The Law Commission - Law Com, núm 270-, Limitation of actions. Item 2 of the Seventh Programme of Law Reform*-]. Este enfoque comporta la subsistencia del derecho subjetivo tras la consumación de la prescripción, aunque el beneficiado por este puede rehusar el cumplimiento de la prestación u oponerse de otra forma al ejercicio del derecho (así también § 194.1 y § 214.1 BGB). No obstante, en el Reino Unido, difiere de esta concepción la *Prescription and Limitation Act 1973* de Escocia.

Los territorios tributarios del Derecho holandés cuentan con una reglamentación derivada del art. 3:306 CC holandés, que refiere la prescripción al ejercicio de los derechos por medio de acciones (art. 3:306 CC surinamés).

La solución es diferente en algunos sistemas jurídicos de habla hispana y en territorios OHADAC que tributan o están sujetos directamente a la influencia del Derecho francés. En ellos se recoge la prescripción como un modo de extinción de acciones o derechos (arts. 1.625 y 2.512 CC colombiano; arts. 633, 865, 866 y 868 CC costarricense; art. 112 CC cubano; art. 2.219 CC francés y dominicano; art. 1.501 CC guatemalteco; art. 2.263 CC hondureño; art. 1.684 CCom hondureño; art. 1.698 CC panameño, art. 1.830 CC portorriqueño, art. 1.069 CC santaluciano) o un mecanismo para liberarse del cumplimiento de las obligaciones (art. 1.135 CC mexicano, arts. 868 y 869 CC nicaragüense, art. 1.952 CC venezolano y art. 2.047 CC santaluciano).

3. La prescripción en los textos internacionales de armonización del Derecho contractual

La conveniencia de establecer una reglamentación de la prescripción aparece invariablemente en todos los textos internacionales de unificación del Derecho contractual como mecanismo para solventar los conflictos que en las operaciones

comerciales internacionales suscitan las divergencias entre los ordenamientos jurídicos en lo que respecta a la base conceptual, plazos y efectos de la prescripción.

En estos textos la prescripción se presenta como figura que no produce automáticamente un efecto extintivo, sino que permite al beneficiario utilizarla como medio de defensa frente a la reclamación o el ejercicio procesal de la acción por parte del acreedor. Es el caso de la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974 (en adelante, Convención sobre Prescripción), que establece reglas uniformes sobre el plazo en el que las partes en un contrato de compraventa internacional de mercancías pueden hacer valer una reclamación derivada del contrato, relacionada con su incumplimiento, revocación o validez. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la Convención, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de agosto de 1988, tiene una limitada eficacia en el ámbito geográfico de OHADAC, dado que ha sido ratificada por pocos Estados (Cuba, EE.UU., México y República Dominicana), lo que aporta elementos para incorporar en los Principios OHADAC un tratamiento específico sobre la materia.

La prescripción es objeto de atención específica en el capítulo 10 de los Principios UNIDROIT, en la III Parte de los PECL y en el capítulo 7 del Libro III del DCFR que, con leves matices diferenciales, recoge las previsiones de los PECL. Todos estos textos se inclinan abiertamente por lo que podría llamarse la concepción defensiva de la prescripción. Es el criterio de los Principios UNIDROIT que configuran la prescripción como un límite al ejercicio de los derechos (art. 10.1) y expresamente afirman que el vencimiento del periodo de prescripción no extingue el derecho (art. 10.9); de los PECL (arts. 14:101 y 14:501) y del DCFR (art. III-7:101). Terminológicamente los PECL aluden a «*claims subject to prescription*», mientras que el DCFR utiliza como rúbrica general la de «*rights subject to prescription*».

Esta misma concepción es la que deriva de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (2011) al prever, como efecto de la prescripción, que "el deudor tendrá derecho a denegar el cumplimiento de la obligación en cuestión y el acreedor perderá todos los remedios por incumplimiento salvo dejar en suspenso el cumplimiento" (art. 185 CESL).

4. El alcance de la prescripción propuesto en los Principios OHADAC

Analizadas las diferentes ópticas conceptuales sobre la prescripción, sin duda, lo más llamativo del debate no está en cuál sea el objeto, sino en las consecuencias que se derivan de ello. Y lo cierto es que, en ocasiones, los efectos que se hacen derivar de

cada una de las concepciones mantenidas (renuncia de la prescripción ganada, admisibilidad o no de la repetición de la deuda prescrita espontáneamente satisfecha, oponibilidad del crédito prescrito por vía compensación, apreciación o no de oficio de la prescripción…) no siempre guardan la debida coherencia.

Por un lado, concebida la prescripción como un fenómeno que provoca la extinción de derechos, es difícil justificar determinadas previsiones como la necesidad de su alegación, la posibilidad de renunciar a la prescripción consumada y consiguiente restablecimiento o reaparición del derecho prescrito o la irrepetibilidad de lo pagado tras la consumación de la prescripción.

Por otro lado, configurada la prescripción como un instrumento meramente defensivo, solo apreciable a instancia de parte, no tiene fácil acomodo prohibir la alteración por vía convencional de los plazos prescriptivos o aplicar el principio de accesoriedad, de manera que, alegada la prescripción de la pretensión principal, su efecto se propaga a las pretensiones por razón de prestaciones accesorias.

La norma propuesta, fiel al carácter de mínimos de estos Principios, responde a lo que puede considerarse la base o núcleo común de la institución en los países que conforman OHADAC: la prescripción incide en las concretas facultades que, derivadas de la celebración del contrato, cada una de las partes puede ejercitar frente a la otra. La regla refiere la prescripción al ejercicio de los derechos y acciones que para las partes se deriven de la celebración del contrato, abarcando, no solo a los principales derechos que, conforme a estos Principios, le corresponden a las partes del contrato (reclamar el cumplimiento, ejercitar cualquiera de los remedios que resultan del incumplimiento, hacer valer la invalidez del contrato), sino también a los que nazcan del acuerdo contractual para cada una de ellas, tales como, *ad. ex*., el cumplimiento de una cláusula penal.

> Ejemplo: En el contrato de prestación de servicios de asesoramiento entre la consultora A y la compañía B, dedicada a la fabricación de productos informáticos, se incluye una cláusula de confidencialidad por la que A se compromete a no revelar información alguna sobre el proceso de producción de la empresa B, estipulándose para el supuesto de incumplimiento, además de la correspondiente indemnización de daños, el abono de un millón de euros. Tanto la acción indemnizatoria como la de reclamación de la pena estarán sujetas al plazo de prescripción.

Artículo 9.2: ***Plazos de prescripción***

1. **El plazo general de prescripción será de tres años, contados a partir del momento en el que la parte conoció o debió razonablemente haber conocido los hechos a partir de los cuales pueda ejercer su derecho.**
2. **Las partes pueden acordar una reducción o una prolongación de los plazos de la prescripción, con un mínimo de un año y un máximo de diez años.**
3. **El plazo máximo de prescripción será de quince años contados a partir del momento en que el derecho pudo ser ejercitado, con independencia del conocimiento de los hechos que permiten ejercerlo, de los acuerdos de las partes, o de la concurrencia de causas de suspensión.**

COMENTARIO:

1. El plazo prescriptivo y la autonomía de la voluntad en los sistemas nacionales de OHADAC

Tres son los elementos claves de la configuración de la prescripción en cualquier sistema, a saber: la duración de los plazos prescriptivos; el momento a partir del cual empiezan a correr; y el margen de maniobra que se deja a la autonomía de la voluntad para modificarlos.

En buena parte de los sistemas nacionales de habla hispana que conforman OHADAC o en los de influencia romano-germánica proliferan una pluralidad de plazos prescriptivos, si bien se cuenta con uno general, que tiene como punto de partida un criterio objetivo, la regla de la *actio nata*, es decir, el momento en que el derecho o acción puede ser ejercido o es exigible. Por lo general, en estos sistemas no se permite la alteración del régimen por la voluntad de las partes.

La duración de los plazos establecidos con carácter general es bien diferente: 3 años (art. 1.151 CCom nicaragüense); 4 años (984 CCom costarricense); 5 años (art. 2.536 CC colombiano; art. 868 CC costarricense; art. 114 CC cubano; art. 943 CCom cubano; art. 1.502 CC guatemalteco; art. 1.708 CCom hondureño; art. 1.650 CCom panameño); 10 años (art. 2.292 CC hondureño; art. 1.159 CC mexicano; art. 1.047 CCom mexicano; art. 1.977 CC venezolano; art. 132 CCom venezolano); y finalmente, 15 años (art. 1.864

CC portorriqueño). En algunos casos, el plazo en materia contractual civil es superior al comercial. Es el caso de los 7 años establecidos en el art. 1.701 CC panameño (frente a los 5 previstos en su Código de comercio); o de los 10 años previstos en el art. 2.292 CC hondureño frente a los 5 de su Código de comercio.

El inicio del cómputo, por lo general en estos sistemas, suele establecerse a contar desde que la acción pudo ser ejercitada (art. 2.535 CC colombiano; art. 874 CC costarricense; art. 969 CCom costarricense; art. 2.297 CC hondureño; art. 1.685 CCom hondureño; art. 1.159 CC mexicano; art. 1.040 CCom mexicano; art. 1.650 CCom panameño) o, tratándose de una pretensión ejercitada en un proceso, desde la firmeza judicial de la resolución judicial (art. 873 CC costarricense; art. 986 CCom costarricense art. 120.1 y 2 CC cubano; art. 2.299 CC hondureño; art. 1.871 CC portorriqueño). En ciertos casos, para determinadas acciones de ineficacia o daños y perjuicios extracontractuales, el inicio del computo se hace depender del conocimiento de la causa de ineficacia o de los daños (art. 120.3 y 4 CC cubano).

En la mayor parte de estos sistemas nacionales de habla hispana no se formula expresamente ninguna regla, ni prohibitiva ni permisiva, sobre el ámbito de la autonomía de la voluntad en materia de prescripción, por lo que suele entenderse que la validez de los pactos queda sometida a las cláusulas generales (buena fe, orden público), que lleva a distinguir entre cláusulas que suponen una ampliación de los plazos y cláusulas que restringen la duración legal. En cuanto a las primeras, el principio de irrenunciabilidad a la prescripción futura vigente en algunos sistemas conduce a considerar contrarios al orden público y, por ende, prohibidos, los pactos de imprescriptibilidad o los acuerdos de alargamiento cuya desproporcionada prolongación represente en la práctica una auténtica imprescriptibilidad. En cambio, se consideran válidos los pactos de acortamiento o abreviación de plazos, siempre que respeten las exigencias de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones, de manera que no comporten para el titular de la acción o derecho la privación de la posibilidad de actuar. No obstante, algún ordenamiento nacional consagra expresamente la prohibición de modificación de los plazos por acuerdo entre las partes. Es el caso del artículo 119 del CC cubano y de los artículos 1.158 y 1.686 CCom hondureño.

En los territorios bajo influencia de Derecho francés suelen preverse plazos dilatados, a semejanza del *Code* antes de su reforma operada por operada por la *Loi n° 2008-561, du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile*. Es el caso de los 20 años establecidos por el art. 2.262 CC dominicano y el art. 2.030 CC haitiano. No obstante, la nueva regulación del Código civil francés, operada por la Ley 2008-561, de 17 de junio, introduce importantes novedades en el régimen de la prescripción. En

primer término, reduce sensiblemente tanto la duración como el número de prescripciones y la multiplicidad de plazos. En segundo lugar, en cuanto al cómputo, adopta un punto de partida subjetivo: el día en que el titular del derecho ha conocido o debido conocer los hechos que le permiten ejercerlo (*vid*. art. 2.224 CC francés, para las acciones personales o mobiliarias, y art. 2.227 CC francés, para las acciones reales inmobiliarias), con algunas excepciones (arts. 2.225, 2.226 y 2.232 CC francés). En cualquier caso, el artículo 2.232 CC francés se ocupa de acotar la duración máxima señalando que ni el criterio subjetivo fijado como punto de partida, ni la suspensión o la interrupción de la prescripción, pueden conducir, salvo contadas excepciones, a que el periodo de prescripción exceda de los veinte años a contar desde el nacimiento del derecho. Finalmente, se otorga un amplio campo de acción a la autonomía de voluntad (art. 2.254 CC francés).

En el ámbito del *common law*, el tráfico comercial suele ir acompañado de plazos prescriptivos breves. Esta es la situación característica de los territorios OHADAC que tributan o están sujetos directamente a la influencia del Derecho inglés, cuyas legislaciones especiales en materia de *limitation actions* prevén plazos entre los 4 y 6 años a computar desde el momento en que el derecho pudo ejercitarse (arts. 3.4 y 7 *Limitation Act 1997* de Antigua y Barbuda; sección 3.1 *Limitation of Certain Actions Act* de Trinidad y Tobago; sección 7 *Limitation Ac*t de Bermudas; sección 4 *Limitation Act* de Montserrat) o la sentencia judicial es firme (art. 2.10.a *Limitation Act 1997* de Antigua y Barbuda; sección. 3.2 *Limitation of Certain Actions Act* de Trinidad y Tobago; sección 26 *Limitation Ac*t de Bermudas). Se sigue así el criterio consagrado en la *Limitation Act* inglesa de 1980 que, para los supuestos de incumplimiento o daños, establece un periodo de 6 años a contar desde la fecha en que "*the cause of action accrued*". Es la regla general imperante en el Derecho anglosajón que, sin embargo, para ciertas pretensiones opta por el criterio subjetivo. La *Limitation Act* inglesa exige el conocimiento o cognoscibilidad de los datos cuando se trata de *actions in respect of personal injuries* (sección 11), las relativas a productos defectuosos (sección 11 A) o las *actions under fatal accidents legislation* (sección 12) o en los casos de fraude, ocultación o error (sección 32). En el mismo sentido, sección 12 *Limitation Act* de Bermudas; sección 5 *Limitation of Certain Actions Act, Chapter 7:09,* de Trinidad y Tobago; sección 11 *Limitation Act* de Guyana; sección 36 *Limitation Act* de Bahamas; sección 29 *Limitation Act* 1984 de Bermuda; sección 21 *Limitation Act, Chapter 2.12*, de Montserrat.

La *Law Commission inglesa (*apartado 3.5 del Informe *núm 270- Limitation of actions)* propone generalizar la fijación de la "*the date of knowledge"* (criterio subjetivo) como punto de partida de la prescripción, reseñando, además, los datos que deberá conocer

el demandante, aunque el periodo prescriptivo no podrá extenderse más allá de 10 años desde el nacimiento de la acción (salvo respecto de las *personal injuries claims*). En cualquier caso, la *Law Commission* se decanta por la admisibilidad de modificación convencional del régimen de prescripción (parágrafo 3.175), aunque con sujeción a ciertos límites, no en orden a la duración mínima y máxima de los plazos, sino derivados de las normas de protección del consumidor.

En EE.UU los plazos derivados del incumplimiento contractual difieren de unos Estados a otros, oscilando entre periodos que van de los 3 a 15 años. En la mayoría de los Estados se suele diferenciar entre un plazo de prescripción más breve para los contratos verbales y más largos para los escritos. Generalmente, el cómputo de los plazos de prescripción parte de un dato objetivo: una vez que se producen los hechos que dan lugar al ejercicio de la acción, sin atender a que sean o no conocidos. No obstante, conocida es la evolución del sistema norteamericano hacia criterios subjetivos, a través de la doctrina jurisprudencial de la "*delayed discovery doctrine"* o "*discovery rule"* que comporta que la acción no se considere nacida hasta que el demandante descubra, o debiera haber descubierto, ciertos hechos que le permitan interponer la demanda. Es el criterio de la sección 2-725 del UCC, en relación con la acción de incumplimiento de cualquier contrato de venta, cuyo plazo queda fijado en 4 años, si bien confiere a las partes la posibilidad de reducirlo a no menos de 1 año, aunque se impide su extensión por pacto. La admisibilidad de la modificación contractual de los plazos en las transacciones comerciales es objeto de resoluciones judiciales favorables en algunos Estados, es el caso del pronunciamiento de la Corte Suprema de Massachusetts en el asunto *Creative Playthings Franchising Corp v Reiser* (SJC-11026, Mass. November 21, 2012), en el se consideran que no son contrarios al orden público los acuerdos contractuales relativos al acortamiento de los plazos de prescripción siempre que sea "razonables".

También los territorios tributarios del Derecho holandés cuentan con una reglamentación derivada del Código civil holandés, que ha reducido el plazo máximo de treinta años a veinte (art. 3:306 CC holandés y surinamés) y generalizado el de cinco años (arts. 3:308, 3:309, 3:310 y 3:311), en particular para las obligaciones derivadas del incumplimiento contractual (art. 3:307), salvo que el derecho derive de una resolución judicial o arbitral en cuyo caso el plazo se incrementa a 20 años a partir del día siguiente al de la firmeza de la decisión (art. 3:324). Se adopta, con carácter general, el criterio de la *actio nata*, es decir, el momento en que el derecho o acción es exigible (arts. 3:307, 3:308, 3:313, 3:314 y 3:315), si bien de esta regla queda exceptuado el cómputo del plazo para la acción indemnizatoria de daños que se hace depender de un criterio subjetivo (art. 3:310: 5 años a contar desde que se tiene

conocimiento tanto de los daños como de la identidad del responsable), aunque en cualquier caso limitado por un plazo de preclusión de 20 años desde el día en que ocurrió el suceso causante del daño.

2. Plazos prescriptivos y autonomía de la voluntad en los textos internacionales

En los textos internacionales de unificación del Derecho contractual es apreciable una tendencia clara hacia la simplificación y reducción de los plazos. Se pretende de este modo clarificar el régimen de la prescripción unificando plazos y reduciendo su duración. Por lo general, se fijan periodos generales u ordinarios de prescripción relativamente breves: 3 años (art. 10.2 PU; art. 14:201 PECL; art. III–7:201 DCFR) o 4 años (art. 8 Convención UNCITRAL sobre prescripción). No obstante en los PECL y en el DCFR, el plazo se amplía a los 10 años cuando se trata de pretensiones establecidas judicialmente o por arbitraje (art. 14:202 PELC; art. III–7:202 DCFR).

En cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo, con un marcado tinte objetivo, en el ámbito internacional, la Convención UNCITRAL (arts. 9 a 12) fija, con carácter general, el inicio del plazo de prescripción en la fecha en que la acción pueda ser ejercitada, aunque también se pueden advertir periodos subjetivos (*ad ex.* fecha en que el dolo fue o pudiera haber sido razonablemente descubierto). En todo caso, el art. 23 de la Convención establece un límite general: el plazo de prescripción en todo caso expirará a más tardar transcurridos diez años contados a partir de la fecha de su comienzo. No obstante, la tendencia más actual en los textos internacionales pasa por la combinación de un plazo relativo, breve y de carácter subjetivo (basado en el conocimiento por el demandante o titular afectado de ciertos datos que configuran la pretensión) con un plazo absoluto, más largo y asentado en parámetros objetivos, denominado plazo de preclusión, cuya finalidad es evitar que, por razón del cómputo subjetivo de los plazos o de la interferencia de causas de interrupción o suspensión, la prescripción se prolongue excesivamente (art. 10.2 PU; art. 14:301 PECL; art. III-7:301 DCFR art. 180 CESL).

Establecidos plazos y cómputo, el ámbito reservado a la autonomía de la voluntad difiere de unos textos a otros. La Convención UNCITRAL sobre prescripción consagra expresamente la prohibición de alteración convencional del régimen de la prescripción (art. 22.1). Esta es una disposición a tener en cuenta en relación con lo previsto en el apartado III del Preámbulo de estos Principios, pues afecta a la eficacia de la sujeción por las partes al régimen de prescripción establecido en estos Principios cuando se trate de compraventas internacionales de mercancías y estén afectados los tribunales o la legislación de los Estados caribeños parte: Cuba, EE.UU, México y República Dominicana. La sujeción a los Principios, sin embargo, debe entenderse como una

exclusión expresa por las partes de la aplicación de la Convención, conforme a su artículo 3.2º.

En los textos internacionales más recientes aparece, por el contrario, una opción claramente favorable a la admisibilidad moderada de los pactos sobre prescripción, si bien con alcance diferente (art. 10.3 PU; art. 14:601 PECL; art. III–7:601 DCFR; art. 186 CESL).

3. Plazos, cómputo y autonomía de la voluntad en los Principios OHADAC

La reglamentación propuesta en los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales responde a la necesidad de hallar un punto de encuentro entre sistemas que garantice la mayor celeridad del tráfico mercantil internacional, lo que exige una reducción de los plazos prescriptivos previstos en algunos sistemas y unas dosis mayores de seguridad para los operadores internacionales.

Se ha considerado improcedente seguir la línea marcada en algunos Derechos nacionales que establecen plazos prescriptivos excesivamente largos; esta posibilidad legal es fuente de inseguridad en las transacciones comerciales internacionales, y por añadidura choca frontalmente con la cultura jurídica de los países tributarios del *common law*.

Unas mayores dosis de seguridad jurídica se consiguen a través de juego combinado de dos plazos (general y máximo) que permiten, en atención al diferente criterio de cómputo previsto, equilibrar los intereses de las partes en conflicto. El inicio del cómputo del plazo general o voluntario a partir del conocimiento o cognoscibilidad de ciertos elementos (criterio de la posibilidad de conocimiento con el empleo de una razonable diligencia) garantiza la posición de una de las partes contratantes pero presenta, para quien alega la prescripción y le incumbe probar el evento que constituye su punto de partida, mayores dosis de inseguridad, dadas las dificultades que puede ofrecer la determinación del *dies a quo* y la prueba del conocimiento de determinadas circunstancias por la otra parte. No obstante, el equilibrio se consigue con la previsión de un plazo más amplio cuyo cómputo se realiza abstracción hecha del conocimiento o no de la existencia de la acción por su titular o de la situación personal de este. La finalidad de este plazo máximo consiste en evitar que, por razón del cómputo subjetivo, suspensión o renovación del plazo, la prescripción se prolongue excesivamente y se resienta con ello la seguridad jurídica. La prescripción tendrá lugar en todo caso una vez transcurrido ese plazo máximo, destinado así a reequilibrar las incertidumbres que puedan suscitar los elementos subjetivos introducidos en el régimen de la prescripción.

Puede discutirse si la duración prevista en los Principios para el plazo general (tres años) y para el plazo máximo (quince años) es la más oportuna. En principio, ambos plazos parecen suficientes, razonables y adecuados para una reglamentación destinada a garantizar la transparencia y la agilidad del tráfico jurídico transfronterizo en la región.

> Ejemplo: El 10 de mayo de 1995 la empresa A encarga la construcción e instalación de un equipo industrial a la empresa B, estipulándose en el contrato una indemnización si en algún momento de la vida útil del equipo su producción es inferior a 200.000 unidades con un cierto nivel de calidad. El 10 mayo de 2005, como resultado de una auditoría anual de calidad, se detecta que el nivel de calidad de las unidades producidas no se corresponde con el pactado. A puede exigir la indemnización pactada en el plazo de 3 años a contar desde el 10 de mayo de 2005, momento en el que conoce los hechos, aunque la falta de calidad de las unidades fuese anterior.

No parece aconsejable, sin embargo, imponer esta reglamentación con carácter imperativo. Se considera más conveniente dejar a las partes cierta libertad para modular el plazo general, garantizando el equilibrio contractual y la seguridad jurídica a través del establecimiento de un periodo mínimo y máximo.

CLÁUSULAS RECOMENDADAS:

Cláusula de modificación del plazo general en contrato de ingeniería

> *"No podrá entablarse ninguna acción o proceso en virtud de este contrato contra el proveedor de servicios o contratista después de: (a) el plazo de un año a contar desde la fecha de la completa finalización de los servicios; o (b) cuando esto no se produzca, el plazo de un año desde la fecha en que se realizó el último de los servicios relacionado con el proyecto".*

Artículo 9.3: *Suspensión de la prescripción*

1. El plazo de prescripción, general o voluntario, se suspenderá por la apertura de un procedimiento judicial, arbitral, de mediación o de cualquier otra clase, que se inicie con objeto de tomar una decisión

respecto al derecho, así como por el inicio de un procedimiento de insolvencia o de disolución de la entidad deudora, en los que el titular ejerza su derecho. La suspensión se prolongará hasta que recaiga una sentencia definitiva o hasta la conclusión del procedimiento.

2. **La muerte o incapacidad de cualquiera de la partes del contrato, así como la concurrencia de circunstancias razonablemente imprevisibles e inevitables que hayan impedido ejercer el derecho, son causas de suspensión del plazo de prescripción hasta la designación de sucesor o representante o hasta que el impedimento haya dejado de existir.**

3. **El inicio por las partes de un proceso de negociación sobre el derecho o sobre las circunstancias por las cuales podría reclamarse el derecho suspenderá el plazo de prescripción hasta que hayan transcurrido seis meses desde la última comunicación realizada dentro del proceso de negociación o desde que una de las partes comunicara a la otra que no desea proseguir las negociaciones.**

4. **La suspensión de la prescripción detiene temporalmente su curso sin eliminar el plazo ya transcurrido.**

COMENTARIO:

1. La ruptura del plazo prescriptivo: interrupción, suspensión y extensión

En todos los sistemas se prevén determinados hechos o circunstancias que afectan al curso de los plazos de prescripción, si bien la incidencia puede provocar efectos diferentes que pasan, bien por una mera ampliación del tiempo previsto inicialmente, bien por el comienzo de un nuevo plazo.

Los ordenamientos civiles de corte romano-germánico distinguen tradicionalmente dos formas básicas de ruptura del plazo prescriptivo: la interrupción y la suspensión. Mientras que la interrupción determina la inutilidad del plazo prescriptivo transcurrido y el inicio de uno nuevo, por lo general de idéntica duración al originario, la suspensión

tan solo paraliza o detiene el curso del plazo prescriptivo, que se reanuda y continua una vez que cesa la causa determina la suspensión. La diferencia entre el evento suspensivo y el interruptivo estriba, pues, en que mientras el primero provoca la "reanudación" del plazo prescriptivo, el segundo origina su "reinicio".

En gran medida, las circunstancias o eventos interruptivos son coincidentes en los territorios OHADAC de tradición continental romano-germánica. Principalmente lo son el ejercicio judicial del derecho y el reconocimiento por el deudor del derecho del acreedor.

La suspensión, de efectos más débiles sobre el plazo prescriptivo, hace que sea una incidencia jurídica más ampliamente considerada por los diferentes sistemas que, de esta manera, han conferido una especial fuerza a la regla expresada con el aforismo "*contra non valentem agere non currit prescritio*", cuyo significado queda claramente recogido en el reformado (2008) artículo 2.234 del Código civil francés.

Aunque las causas de suspensión previstas por los diferentes sistemas son múltiples y variadas, suelen obedecer a supuestos en los que, por alguna causa suficiente, el titular no puede ejercitar su pretensión efectivamente. En primer término aparecen circunstancias objetivas o impedimentos fuera del control del titular de la pretensión que le impiden ejercitarla, principalmente fuerza mayor (art. 2.234 CC francés; art. 2.530 CC colombiano; art. 123 CC cubano). Un segundo motivo frecuente es la yacencia hereditaria o sucesoria (art. 2.237 CC francés; art. 880 CC costarricense; art. 10.8 (2) PU). En tercer término se retienen circunstancias subjetivas, personales o familiares, del titular de pretensión o acción que dificultan su ejercicio, tales como: minoría de edad o la incapacidad sin representación legal o, estando sometidos a representación legal, para las reclamaciones recíprocas entre representantes y representados [art. 2.235 CC francés y art. 59 Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones de 2013; art. 2.530 CC colombiano; art. 880 CC costarricense; art. 976 CCom costarricense; art. 2.252 CC dominicano; art. 1.505 CC guatemalteco; art. 1.691 CCom hondureño; art. 2.020 CC haitiano ; art. 1.166 CC mexicano, art. 931 CC nicaragüense; art. 2.093 CC santaluciano; art. 1.965 CC venezolano]. La existencia de matrimonio o de convivencia de hecho, en relación con las pretensiones recíprocas entre cónyuges o convivientes (art. 2.236 CC francés; art. 123 CC cubano; art. 1.505 CC guatemalteco; art. 1.691 CCom hondureño; art. 1.167 CC mexicano; arts. 2.094 a 2.096 CC santaluciano); la sujeción a administración de determinados bienes o las relaciones entre las personas jurídicas y sus directores o representantes, en relación con las relaciones recíprocas entre aquellos cuyos bienes sean administrados y quienes los administren o entre las personas jurídicas y sus representantes (art. 976 CCom costarricense; art. 1.691 CCom hondureño); la ignorancia o desconocimiento por el

acreedor de la identidad del deudor o de las circunstancias que fundamentan la reclamación (art. 14:301 PECL; art. III-7:301 DCFR); la ocultación dolosa de la deuda (art. 880 CC costarricense; art. 976 CCom costarricense; art. 1.691 CCom hondureño; art. 931 CC nicaragüense).

La posposición del vencimiento (prórroga del vencimiento, extensión de la prescripción) es una figura distinta a la interrupción y a la suspensión, que ha ido adquiriendo terreno en algunos sistemas. Su efecto no es la ruptura del plazo, sino la extensión o alargamiento del momento de consumación del plazo de prescripción, de modo que el plazo de prescripción solo concluye tras la expiración de un cierto tiempo añadido al plazo inicial. Es la solución por la que opta el CC holandés (arts. 3:320 y 3:321) para la mayoría de las causas de suspensión que acabamos de contemplar más arriba. La extensión (*verlenging van de verjaring*) supone que la concurrencia de alguna de estas circunstancias, subjetivas u objetivas, en el momento de vencimiento del periodo prescriptivo o en sus últimos seis meses determina su ampliación hasta que transcurran seis meses desde el cese de la causa de extensión. La extensión es igualmente la fórmula propuesta por la sección 28 de la *Limitation Act* inglesa para los supuestos de discapacidad, y el mecanismo utilizado en los territorios bajo su influencia para el supuesto de muerte (sección 11 *Limitation Act* Guyana), incapacidad o minoría de edad (sección 11 *Limitation Act* de Guyana; sección 42 *Limitation of Actions Act, Chapter 173* de Granada; sección 36 *Limitation Act* de Bahamas; sección sección 29 *Limitation Act* 1984 de Bermuda; sección 21 *Limitation Act* de Montserrat; sección. 11 *Limitation of Certain Actions Act* de Trinidad y Tobago).

2. La suspensión como regla general en los textos internacionales

Interrupción, suspensión y extensión aparecen con diferente intensidad en los textos de armonización del Derecho contractual. Estos reconocen cierto margen a la extensión del periodo prescriptivo o aplazamiento del vencimiento. La ampliación está prevista, en primer lugar, para el supuesto en que las partes se encuentran negociando sobre la pretensión o las circunstancias que podrían dar lugar al nacimiento de una pretensión, de modo que el plazo de prescripción no vencerá hasta que no haya transcurrido un año desde la última comunicación hecha a lo largo de las negociaciones (art. 14:304 PECL; art. 182 CESL); en segundo lugar, para los supuestos de incapacidad cuando no existe representación, en los que el plazo de prescripción a favor o en contra de dicha persona no se agotará hasta que haya transcurrido un año desde que desaparezca su incapacidad o desde que se le hubiese designado un representante (art. 14:305 PECL; art. III-7:305 DCFR); y, por último, para el supuesto de fallecimiento del acreedor o del deudor, supuesto en el que el plazo de prescripción de un crédito a favor o en perjuicio de la herencia no se extinguirá hasta que haya

transcurrido un año desde que pudiera ejecutarse a favor o en contra de un heredero o de un representante de la masa hereditaria (art. 14:306 PECL; art. III–7:306 DCFR).

Lo destacable de estos textos es que convierten en regla general la suspensión de la prescripción frente a su interrupción, estableciendo como supuestos de suspensión: casos de fuerza mayor, muerte o incapacidad, (art. 10.8 PU; arts. 14:303 PECL; art. III–7:303 DCFR; art. 21 Convención UNCITRAL); casos en los que el acreedor ignore o no pudiera conocer de manera razonable la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito, incluyendo, en el caso de una indemnización por daños y perjuicios, el tipo de daño causado (art. 14:301 PECL; art. III-7:301 DCFR); inicio por el acreedor de un procedimiento judicial o extrajudicial para la reclamación de su crédito (art. 13 Convención UNCITRAL; arts. 10.5 y 10.6 PU; art. 14:302 PECL; art. III-7:302 DCFR) o los procedimientos dirigidos a evitar la insolvencia del deudor (art. 10.5 PU y art. 181 CESL).

La interrupción y consiguiente reinicio del plazo ocupa un papel residual para los supuestos de reconocimiento de la deuda por el deudor (art. 10.4 PU; art.14:401 PECL; art. III-7:401 DCFR; art. 184 CESL) y el intento por el acreedor de obtener el cumplimiento por la vía ejecutiva (art. 14:402 PECL; art. III-7:402 DCFR).

3. La suspensión en los Principios OHADAC

Con independencia del efecto en el plazo de prescripción, existe un punto en común entre todos los sistemas: tanto los procedimientos judiciales, arbitrales u otros de resolución alternativa de conflictos, como aquellos eventos subjetivos u objetivos que, escapando a su ámbito de control y no siendo previsibles, impiden a una de las partes contractuales ejercitar sus derechos, inciden en el curso del plazo prescriptivo. La regla contenida en el artículo 9.3 trata de compaginar de forma armónica el régimen de ruptura de los plazos de prescripción en los sistemas romano-germánicos y del *common law* presentes en el Caribe, reconociendo la incidencia de estas circunstancias en los plazos prescriptivos.

De las posibles opciones (interrupción/suspensión/extensión), la adoptada en la reglamentación propuesta obedece a la necesidad de redactar una regla aceptable en todos los ordenamientos del entorno OHADAC y una solución adecuada para una reglamentación destinada a agilizar el tráfico jurídico transfronterizo en la región. No resulta recomendable atribuir a estos eventos eficacia interruptiva, por ser excesivamente gravosa para el deudor esta declaración con efecto retroactivo. La existencia de un proceso judicial o de otra clase, o la concurrencia de un suceso que escapa al control del titular de la pretensión, producirá efectos meramente

suspensivos. Esta misma eficacia expresamente se reconoce a las negociaciones entre las partes.

En cuanto al primer grupo de causas que conforme a los Principios provocan la suspensión (la apertura de un procedimiento judicial, arbitral, de mediación o de cualquier otra clase), se ha optado por reconocer eficacia suspensiva al inicio de cualquiera de estos procedimientos conforme a lo dispuesto en la *lex fori*, incluso si la pretensión ejercitada es rechazada por una excepción procesal que no permita a conocer el fondo del asunto, ya sea por ser defectuosa, por falta de competencia jurisdiccional, por caducidad de la instancia o por desistimiento del actor. Este aspecto se excluye expresamente en algunos sistemas en los que la reclamación judicial provoca la interrupción (art. 877 CC costarricense; art. 977 CCom costarricense; art. 944 CCom cubano; art. 2.243 CC francés; art. 1.506 CC guatemalteco; art. 2.015 CC haitiano; art. 3:316.2º CC holandés y surinamés; art. 1.692 CCom hondureño; art. 1.649A CCom panameño; arts. 2086 y 2087 CC santaluciano; art. 17 Convención UNICITRAL). La razón de la opción acogida en estos Principios es que, aun no habiendo terminado el proceso con una resolución sobre el fondo, su inicio por una de la partes demuestra su voluntad de ejercitar su derecho, incluso en los supuestos de desistimiento por el demandante o de caducidad en la instancia, en los que ha dejado de realizarse el impulso procesal al procedimiento en cuestión; tales actitudes no deben considerarse como un acto de renuncia a la prescripción, puesto que no hay voluntad expresa tendente al efecto. La suspensión se prolongará hasta que el procedimiento llegue a su fin conforme a lo determinado por la ley procesal del foro.

> Ejemplo 1: La multinacional aseguradora A se compromete a prestar los servicios de asistencia médica de los empleados que la consultora B tiene en toda la región caribeña durante 10 años a contar desde la celebración del contrato el 1 de septiembre de 2005. El 10 de julio de 2010 la entidad aseguradora decide cerrar sus clínicas de Guatemala y México por su baja rentabilidad. La consultora B inicia un proceso judicial por incumplimiento contractual el 1 de enero de 2013, que termina mediante declaración judicial, de 15 de diciembre de 2013, en la que el órgano se abstiene de conocer por falta de competencia. El periodo entre el 1 de enero y el 15 de diciembre no computará a efectos del plazo general o voluntario de prescripción.

Otro grupo de causas, previstas en el apartado segundo del artículo 9.3, abarca los tradicionales eventos suspensivos contemplados en la mayoría de los sistemas; casos en los que el titular del derecho se ve impedido para actuar, para ejercer su derecho, bien por motivos personales, bien por motivos ajenos y externos a él. Se engloban aquí supuestos como los de menores e incapacitados sin representación legal, que no disponen de mecanismos jurídicos para ejercer sus derechos; pretensiones en contra y

a favor de la herencia yacente, en la que la suspensión opera como forma de protección de los intereses de los futuros sucesores; o casos de fuerza mayor. No se considerarán como causas suspensivas en estos Principios, a diferencia de lo que ocurre en sistemas como los tributarios del derecho anglosajón, las conductas dolosas de una de las partes que ocasionen ocultación o engaño sobre aspectos determinantes para el ejercicio de su derecho por la contraparte, dado el criterio del conocimiento o cognoscibilidad adoptado (art. 9.2 Principios OHADAC) en orden al inicio del cómputo del plazo general.

Por último, el reconocimiento de efecto suspensivo a las negociaciones entabladas entre las partes evita, por una parte, que puedan ser utilizadas frente al titular del derecho como mecanismo para dilatar el cumplimiento de lo debido y agotar el plazo prescriptivo y, por otra, que puedan ser catalogadas como supuesto interruptivo conforme a lo dispuesto en el siguiente artículo de estos Principios, impidiendo la asimilación que pudiera producirse con el reconocimiento de la deuda, lo que en nada beneficiaría a quien se aviene a tratar informalmente la pretensión con su acreedor.

El efecto de la suspensión supone el no inicio del plazo prescriptivo, en unos casos, o su paralización temporal durante el tiempo de duración de la causa de la suspensión. Conforme a lo dispuesto en estos Principios, bastará con que la causa de suspensión tenga lugar dentro del plazo de prescripción para que entre en juego la suspensión, y quede paralizado dicho plazo. Razones de conveniencia, ligadas a la celeridad del tráfico comercial, imponen que no se adopte el criterio acogido por algunos sistemas en orden a concretar el momento en que debe producirse el evento generador de la suspensión, como sucede con aquellos ordenamientos que exigen que el evento se produzca en un tiempo anterior al vencimiento del plazo (art. III–7:303 DCFR) o que la suspensión se prolongue cierto tiempo después de finalizado el hecho suspensivo. El motivo que subyace en los sistemas que imponen esa limitación (evitar una excesiva prolongación del plazo prescriptivo tras la suspensión) queda atendido en los Principios OHADAC con el plazo máximo previsto en el artículo 9.2.

Cualquiera que sea el evento que interfiera en el transcurso del plazo de prescripción, la suspensión afecta al periodo ordinario o voluntario de prescripción. La certidumbre y agilidad que requiere el tráfico transfronterizo imponen que pueda oponerse al titular de la pretensión la expiración del periodo máximo de prescripción si tal periodo ha transcurrido antes de que aquel pueda ejercerla.

> Ejemplo 2: Los mismo hechos que en el ejemplo 1. La multinacional aseguradora A y la consultora B entablan negociaciones para fijar el importe de la indemnización por incumplimiento que se prolongan hasta el 20 de julio de 2024. Iniciado un proceso

judicial el 1 de agosto de 2025, la compañía aseguradora A podrá alegar eficazmente el transcurso del plazo máximo de prescripción.

Artículo 9.4: *Nuevo plazo de prescripción por reconocimiento*

1. **En caso de reconocimiento del derecho del acreedor por el deudor, un nuevo plazo de prescripción se iniciará al día siguiente del reconocimiento.**
2. **El reconocimiento resulta, en particular, del cumplimiento total o parcial de la obligación en cuestión, del pago de intereses, de la provisión de una garantía o de la oposición de la compensación.**
3. **El reconocimiento elimina el plazo de prescripción adquirido y da lugar al inicio de un nuevo plazo de la misma duración que el anterior.**
4. **El plazo máximo de prescripción no se renovará por el reconocimiento ni podrá ser superado por el comienzo del nuevo plazo general o voluntario.**

COMENTARIO:

1. El alcance de la interrupción-renovación del plazo prescriptivo

El artículo 9.4 recoge uno de los supuestos que en los territorios de tradición romano-germánica provocan la denominada "interrupción" de la prescripción, conocida en sistema anglosajón como "renovación" (*renewal*). La interrupción o renovación impide que la prescripción se produzca, eliminando, haciendo inútil, el plazo hasta entonces transcurrido y dando inicio al cómputo de un nuevo plazo prescriptivo de idéntica duración al anulado.

En buena parte de los sistemas nacionales que conforman OHADAC se suele conceder un amplio margen a la interrupción de la prescripción. Esta es la situación característica de los territorios que están sujetos directamente a la influencia del Derecho francés, en los sistemas jurídicos de habla hispana y en los territorios tributarios del Derecho holandés. Las circunstancias o eventos que la provocan son, principalmente: el ejercicio judicial del derecho (art. 2.539 CC colombiano; art. 876 CC costarricense; art. 121 CC cubano; art 944 CCom cubano; art. 2.244 CC dominicano; art. 2.241 CC francés; art. 1.506.1 CC guatemalteco; art. 2.012 CC haitiano; art. 3:316

CC holandés y surinamés; art. 2.301 CC hondureño; art. 1.041 CCom mexicano; art. 927 CC nicaragüense; art. 1.711 CC panameño; art. 1.873 portorriqueño; art. 2.085 CC santaluciano; art. 1.969 CC venezolano); el reconocimiento por el deudor del derecho del acreedor (art. 2.539 CC colombiano; art. 876 costarricense; art. 2.242 CC dominicano; CC art. 2.240 CC francés; art. 1.506.2 guatemalteco; art. 2.016 CC haitiano; art. 3:318 CC holandés y surinamés; art. 2.301 CC hondureño; art. 1.041 CCom mexicano; art. 927 nicaragüense; art. 1.711 CC panameño; art. 1.873 portorriqueño; art. 2.088 CC santaluciano); la reclamación extrajudicial del acreedor (art. 977 CCom costarricense; art. 1.711 CC panameño; art. 1873 portorriqueño; art. 1.973 CC venezolano); la comunicación escrita en la que el acreedor se reserva su derecho al cumplimiento (art. 3:317 CC holandés y surinamés); y el pago de intereses o amortizaciones por el deudor, así como el cumplimiento parcial de la obligación por parte de este (art. 1.506.3º CC guatemalteco).

En la órbita del *common law*, la *"renewal" o "fresh accrual action"* es una figura prácticamente circunscrita al reconocimiento por el deudor de la obligación y al pago o cumplimiento parcial (sección 29 *Limitation Act* de Reino Unido; secciones 29-31 *Limitation Act 1997* de Antigua y Barbuda; sección 10 *Limitation Act, Chapter 7:02* de Guyana; secciones 38-40 *Limitation Act* de Bahamas; sección 30 *Limitation Act 1984* de Bermudas; sección 37 *Limitation of Actions Act, Chapter 17* de Granada; sección 22 *Limitation Act, Chapter 2.12* de Montserrat; sección 12 *Limitation of Certain Actions Act, Chapter 7:09* de Trinidad y Tobago).

En esta línea, más cercana al modelo anglosajón, se mueven los textos internacionales de armonización del Derecho contractual. En los textos internacionales hay una clara preferencia por el mecanismo de la suspensión frente al reinicio del plazo de prescripción, que queda relegado al reconocimiento realizado por el deudor (art. 20 Convención UNCITRAL; art. 10.4 PU; art. 14:401 PELC; art. III-7:401 DCFR; art. 184 CESL). Los arts. 14:402 PELC y art. III–7:402 DCFR prevén también la *renewal of period* para los créditos constatados judicialmente, con cada intento razonable de ejecución por el acreedor (*renewal by attempted execution*).

2. El inicio de un nuevo plazo de prescripción en los Principios OHADAC

La formulación del artículo 9.4 permite la convergencia entre el modelo previsto en el Derecho inglés y los sistemas romano-germánicos en el ámbito del tráfico transfronterizo comercial, al reconducir las causas que provocan el inicio de un nuevo plazo de prescripción solo al reconocimiento realizado por el deudor del derecho del acreedor. Esta limitada eficacia de la interrupción-renovación del plazo de prescripción busca alcanzar un equilibrio entre las exigencias de celeridad que impone el

funcionamiento del comercio en la región y los postulados de seguridad jurídica. Asentada la prescripción en la necesidad de dotar de certidumbre a la situación del sujeto pasivo de la pretensión ante un prolongado silencio por el titular del derecho, no hay razón para proteger la situación de confianza que en él podía haber creado el prolongado silencio del titular del derecho si el propio obligado expresa o tácitamente manifiesta conocer y esperar la pretensión.

El reconocimiento ha de ser inequívoco. No se considera adecuado imponer, como se hace en los sistemas tributarios del *common law*, exigencias formales para su validez. Una declaración o actuación del sujeto obligado a quien la prescripción haya de favorecer, inequívocamente reveladora de su conformidad con la existencia, vigencia y pertenencia del derecho en cuestión, impide a quien la efectúa invocar a su favor el tiempo transcurrido desde el inicio del cómputo prescriptivo. A título ilustrativo, el apartado segundo del artículo 9.4 menciona, como conductas concluyentes que ponen de manifiesto y revelan inequívocamente la conformidad del deudor con la existencia y pertenencia del derecho, el cumplimiento o pago parcial, pago de intereses, provisión de una garantía o compensación, en la línea del artículo 184 CESL. Tales actos no agotan el elenco de los que pueden ser considerados como reconocimiento realizado por el deudor; todo aquel que revele la disposición del deudor al cumplimiento deberá tener tal consideración, *ad ex*., solicitud de aplazamiento del pago. En todo caso, cualquiera que sea la forma, expresa o tácita, escrita u oral, a través de la cual el deudor manifieste el conocimiento y aceptación del derecho del acreedor, tal manifestación valdrá como reconocimiento, correspondiendo la prueba de su realización al titular del derecho favorecido con el inicio de un nuevo plazo de prescripción.

El reconocimiento afecta al periodo general o, en su caso, al voluntario establecido por las partes, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 de estos Principios, aunque no podrá exceder en ningún caso, ni como consecuencia de múltiples reconocimientos, del plazo máximo de quince años.

> Ejemplo: El 1 de abril de 2008 la empresa A encarga la construcción de una planta industrial a la compañía B comprometiéndose a entregarla el 1 de octubre de 2008. La entrega se retrasa 6 meses. A reclama extrajudicialmente en repetidas ocasiones la indemnización por retraso (2010, 2015, 2018 y 2021), siendo reconocida la deuda en todas ellas por el empresa B. El 2 de octubre de 2023 el plazo de prescripción se habrá consumado, sin que el último reconocimiento realizado la empresa B en 2021 pueda comportar una ampliación del plazo máximo de prescripción.

Artículo 9.5: ***Efectos de la prescripción***

1. **Vencido el plazo, la parte del contrato beneficiada por la prescripción deberá invocarla para que tenga efecto frente a quien hace valer su derecho.**
2. **Lo ejecutado en cumplimiento de la obligación no podrá reclamarse por el mero hecho de haber expirado el plazo de prescripción en el momento del cumplimiento, aunque se ignorase esta circunstancia.**

COMENTARIO:

1. Eficacia defensiva de la prescripción en los Principios OHADAC

El artículo se centra en el efecto defensivo o inhibitorio de la prescripción que permite a una de las partes contractuales, basándose en el mero transcurso del tiempo, adoptar una actitud de rechazo frente a una reclamación, pero sin entrar a dilucidar la incidencia que el fenómeno de la prescripción ejerce sobre los derechos. Es la denominada eficacia "débil", que contempla el instituto como un medio de defensa frente a reclamaciones tardías e intempestivas, sin afectar al derecho. Esta concepción es la característica de la perspectiva procesal de la institución en el modelo anglosajón [*Rodriguez v Parker* (1967), 1 QB 116, (1966) 2 All ER 349], y la acogida en el ámbito internacional (arts. 10.1 y 10.9 PU; arts. 14:101 y 14:501 PECL; art. III-7:501 DCFR, art. 185 CESL). No obstante, no puede desconocerse que en ámbito OHADAC ciertos sistemas tributarios del Derecho francés, confieren eficacia extintiva o "fuerte" a la prescripción, considerando que, transcurrido el periodo de prescripción, se extingue el derecho (art. 2.219 CC francés)

Aunque los sistemas jurídicos caribeños adoptan distintas concepciones como se ha indicado en el comentario al artículo 9.1 de estos Principios, los resultados o efectos suelen ser coincidentes en estos tres aspectos: necesidad de alegación por la parte beneficiada, no repetición de lo pagado voluntariamente en cumplimiento de la deuda prescrita y posibilidad de renuncia a la prescripción consumada.

2. No apreciación de oficio de la prescripción

Cualquiera que sea el fundamento (presunción implícita de abandono de derechos o protección de la seguridad y certidumbre jurídicas) o el efecto de la prescripción (extinción o subsistencia del derecho, acción o pretensión), es un lugar común en los sistemas caribeños que la prescripción no opera automáticamente (*ipso iure*) y los

tribunales no pueden acogerla o estimarla de oficio rechazando la demanda aunque resulte que ha transcurrido el plazo prescriptivo sin interrupción ni suspensión.

La necesidad de alegación, característica de la perspectiva procesalista de la institución en los sistemas tributarios del derecho anglosajón [*Ronex Properties Ltd v John Lang Construction Ltd* (1983), 1 QB 404], se encuentra expresamente consagrada en algunos ordenamientos de la OHADAC (art. 2.513 CC colombiano; art. 973 CCom costarricense; art. 2.223 CC dominicano; art. 2.247 CC francés; art. 1.991 CC haitiano; art. 3:322.1 CC holandés y surinamés; art. 1.688 CCom hondureño; art. 876 CC nicaragüense; art. 1.956 CC venezolano), y en los textos internacionales (art. 24 Convención UNCITRAL; art. 10.9 (2) PU).

3. Legitimación para invocar la prescripción

Solo si es oportunamente invocada, la legitimación directa para alegar la prescripción corresponde a la parte contractual favorecida por ella. No obstante, aunque no está claramente admitido en todos los sistemas caribeños, algunos ordenamientos, con el fin de evitar perjuicios a quienes resulten afectados por la mera pasividad de quien puede invocarla por derecho propio o por su renuncia, reconocen expresamente la legitimación de ciertos terceros para invocar o excepcionar la prescripción. En concreto, algunos sistemas jurídicos de habla hispana y territorios OHADAC que tributan o están sujetos directamente a la influencia del Derecho francés prevén la legitimación de los acreedores del deudor favorecido con la prescripción y de cualquier persona interesada o con un interés legítimo (art. 974 CCom costarricense; art. 2.225 CC dominicano; art. 2.253 CC francés; art. 1.993 CC haitiano; art. 1.689 CCom hondureño; art. 1.143 CC mexicano; art. 877 CC nicaragüense; art. 1.837 CC portorriqueño; art. 2.051 CC santaluciano; art. 1.958 CC venezolano). Los Principios OHADAC no prejuzgan la posibilidad de invocar la prescripción por parte de terceros a quienes no alcanza el carácter opcional y material de la presente reglamentación. Dicha cuestión deberá ser resuelta por la ley nacional aplicable conforme a las reglas de Derecho internacional privado.

4. No repetición de lo pagado voluntariamente en cumplimiento de una deuda prescrita

Este efecto es consecuencia de que la prescripción, conforme a los Principios, no extingue el derecho y solo opera si es invocada por el sujeto al que favorece. De ahí que si quien puede oponerla paga o cumple en lugar de invocarla el pago no será indebido o por error (aunque se desconozca por el deudor el efecto del paso del tiempo), sino que estará bien hecho por quien ha declinado defenderse, disponiendo

así de un interés privado. Será un pago irrecuperable, no procediendo el ejercicio de una acción de enriquecimiento sin causa [*Mill v Fowkes* (1839), 5 Bing NC 455].

Algunos ordenamientos justifican este efecto considerando que, tras el cumplimiento de los plazos de prescripción, la obligación se transforma en una obligación natural jurídicamente imperfecta, en cuanto no cabe imponer coactivamente su cumplimiento, pero que el ordenamiento jurídico excluye de la restitución (*soluti retentio*) por existir un deber moral de pagar las deudas prescritas (art. 1.527 CC colombiano; art. 1.372 CC hondureño). Sin acudir a esta justificación, muchos sistemas reconocen de manera expresa la irrepetibilidad de lo pagado en cumplimiento de una deuda prescrita, aunque se haya realizado con desconocimiento de la prescripción (art. 975 CCom costarricense; art. 113 CC cubano; art. 2.249 CC francés; art. 1.690 CCom hondureño; art. 26 Convención UNCITRAL; art. 10.11 PU; art. 14:501-2 PECL; art. III–7:501 (2) DCFR).

> Ejemplo: La compañía A, proveedora de material y equipos protésicos a la empresa B, con el fin de mantener los lazos comerciales abona una indemnización por equipamiento protésico defectuoso transcurridos más de 3 años desde que fue entregado y descubiertos sus defectos. Tras la ruptura de las relaciones comerciales por desavenencias producidas 2 meses después, no podrá reclamar la devolución de la indemnización por enriquecimiento injusto o pago indebido, argumentando haberla abonado una vez expirado el plazo de prescripción.

Artículo 9.6: *Renuncia a la prescripción*

1. **Solo vencido el plazo de prescripción podrá renunciarse a la prescripción consumada.**
2. **La renuncia anticipada a la prescripción produce los efectos del reconocimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 9.4.**

COMENTARIO:

1. Renuncia a la prescripción consumada

La configuración de la prescripción como institución que faculta a la parte contractual beneficiada para utilizarla como medio de defensa frente a la reclamación o al ejercicio procesal de la acción por parte del acreedor, admite que, afectando a derechos e intereses disponibles, el interesado pueda renunciar a la ventaja económica que la

propia prescripción comporta. La efectividad de esta renuncia requerirá que haya transcurrido la totalidad del tiempo de prescripción, no siendo posible ya su interrupción. La renuncia comporta el inicio de un nuevo plazo, general o voluntario, de prescripción. Desde la perspectiva procesalista del *common law*, la renuncia se traducirá en una simple falta de oposición procesal a la acción judicialmente ejercitada. El abandono de este medio defensivo permite que una extemporánea reclamación pueda obtener una resolución favorable al derecho de quien la promueve.

La regla propuesta no impone ningún formalismo para la validez de la renuncia, admitiéndose, como establecen la mayor parte de los sistemas de la región caribeña, tanto la renuncia expresa como tácita (art. 851 CC costarricense; art. 2.514 CC colombiano; art. 2.221 CC dominicano; art. 2.251 CC francés; art. 1.504 CC guatemalteco; art. 1.989 CC haitiano; art. 2.268 CC hondureño; art. 1.687 CCom hondureño; art. 1.141 CC mexicano; art. 874 CC nicaragüense; art. 1.835 CC portorriqueño; art. 2.049 CC santaluciano; art. 1.957 CC venezolano). La renuncia expresa puede derivar tanto de una declaración de voluntad unilateral del favorecido con la prescripción como de un pacto o convenio con la otra parte, por el que se renuncie a la prescripción a cambio de una contraprestación. Entre los actos expresivos de una renuncia tácita pueden encontrarse el pago de la deuda prescrita, su reconocimiento por el deudor, la oferta de pago al acreedor, la solicitud de plazo para hacerlo efectivo, las negociaciones sobre la cuantía a pagar o el sometimiento de su determinación al arbitrio de un tercero [*Lubovsky v Snelling* (1944), KB 44; *Wright v John Bagnall & Sons Ltd* (1900) 2 QB 240; *Rendall v Hill's Dry Docks & Engineering Company* (1900) 2 QB 245].

Existiendo una pluralidad de sujetos en cualquiera de las partes contratantes, los efectos de la renuncia formulada solo por alguno o frente alguno de los sujetos que integran el lado activo o pasivo de esa relación (crédito u obligación) serán determinados por las normas específicas por las se rija el concreto tipo de obligación (solidaridad, mancomunidad) conforme a lo dispuesto en estos Principios. Eludir el tratamiento en sede de prescripción de la incidencia que la pluralidad de sujetos en cualquiera de las partes contractuales ocasiona en orden a la alegación, suspensión, reconocimiento o renuncia al plazo prescriptivo ofrece claridad al sistema (art. 177 del Anteproyecto de reforma del Derecho francés de obligaciones elaborado en 2013).

2. Legitimación

Los Principios únicamente regulan los efectos de la renuncia entre las partes contratantes. No prejuzga los derechos de eventuales terceros perjudicados en sus intereses legítimos para oponerse a la renuncia a la prescripción consumada (art. 2.225

CC colombiano; art. 974 CCom costarricense; art. 2.253 CC francés; art. 1.993 CC haitiano; art. 2.270 CC hondureño; art. 1.689 CCom hondureño; art. 877 CC nicaragüense; art. 1.837 CC portorriqueño; art. 2.090 CC santaluciano, art. 1.958 CC venezolano), que eventualmente vendrán determinados por el Derecho nacional aplicable conforme a las normas de Derecho internacional privado.

3. Renuncia a la prescripción futura

Por influencia del Código civil francés (arts. 2.250 a 2.253), la mayor parte de los sistemas caribeños de tradición continental o romano-germánica rechazan expresamente la admisibilidad y validez de la renuncia anticipada por convenio entre las partes o por declaración unilateral del interesado (art. 2.514 CC colombiano; art. 850 CC costarricense; art. 970 CCom costarricense; art. 2.220 CC dominicano; art. 1.503 guatemalteco; art. 1.988 CC haitiano; art. 2.268 CC hondureño; art. 1.687 CCom hondureño; art. 3:322.2 y 3 CC holandés y surinamés; art. 1.141 CC mexicano, art. 873 CC nicaragüense; art. 1.835 CC portorriqueño; art. 2.048 CC santaluciano, art. 1.954 CC venezolano).

La irrenunciabilidad a la prescripción futura tiene su base en el fundamento objetivo de la institución, vetando los negocios jurídicos dirigidos a hacer imprescriptibles el ejercicio de derechos que la ley declara prescriptibles e imponiendo límites de esta forma a la autonomía de la voluntad. Su fundamento se encuentra en impedir una excesiva prolongación de los plazos que pudiera convertir en imprescriptible una pretensión prescriptible.

En estos Principios, dada la admisibilidad limitada que se realiza de los pactos dirigidos a modificar el plazo general de prescripción (art. 9.2), se considera innecesario declarar la nulidad de la renuncia anticipada a la prescripción, siendo más razonable poner en valor su consideración como supuesto de reconocimiento (tácito) por el deudor del derecho del acreedor conforme a lo dispuesto en el artículo 9.4.

> Ejemplo: Transcurridos 2 años desde la entrega de las mercancías defectuosas, comprador y vendedor acuerdan que el este último renuncia a hacer valer el plazo de prescripción de la acción de indemnización por falta de conformidad que pueda ejercitar el comprador. Este acuerdo servirá para iniciar un nuevo plazo general de prescripción.

PRINCIPIOS OHADAC SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES (2015)

PREÁMBULO

I. Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales serán de aplicación, en todo o en parte, cuando las partes contratantes así lo hayan acordado expresamente.

II. Salvo que se establezca otra cosa, las reglas de estos Principios pueden ser excluidas o modificadas por las partes. Prevalecerán las cláusulas contractuales que sean contrarias a los Principios.

III. Los presentes Principios no impiden la aplicación de normas imperativas o de orden público internacional, tanto de origen estatal como internacional, que resulten de aplicación conforme a las normas de Derecho internacional privado.

IV. Los presentes Principios no impiden la aplicación de los usos comerciales internacionales.

V. Los presentes Principios serán objeto de interpretación uniforme, teniendo en cuenta su carácter internacional.

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.1: *Libertad de contratación*

Las partes tienen libertad para contratar y determinar el contenido del contrato.

Artículo 1.2: *Pacta sunt servanda*

Las partes de un contrato se obligan al cumplimiento de las obligaciones pactadas en las condiciones previstas en el contrato.

Artículo 1.3: *Declaraciones y notificaciones*

1. Las declaraciones y notificaciones de las partes deberán realizarse por medios apropiados y efectivos. Surtirán efecto cuando sean recibidas por el destinatario.

2. Se entenderá que una declaración o notificación es recibida por el destinatario de forma inmediata cuando se realiza oralmente y en su presencia.

3. Se entenderá que una declaración o notificación escrita es recibida por el destinatario cuando es entregada en su establecimiento o dirección postal, o cuando es recibida en su receptor telemático o servidor de correo electrónico.

Art. 1.4: *Cómputo de plazos*

1. Cuando un plazo es expresado en días, el día del contrato, hecho, decisión o notificación que inicia el plazo no será computado.

2. Cuando el plazo se inicia en un día determinado, dicho día se computará dentro del plazo.

3. Los plazos fijados por meses o años expirarán el día del último mes o año que se corresponda con el guarismo fijado para el comienzo del plazo. Si el mes en que el periodo expira no cuenta con ese día, el plazo se entenderá expirado el último día del mes. Si el plazo se expresa en meses y días, se computaran los meses y, posteriormente, los días.

4. Todos los días, incluso feriados y no laborables, se computarán en el plazo. Si el plazo de cumplimiento de una obligación expira en un día feriado o no laborable en el lugar de cumplimiento o en el lugar de establecimiento de la parte encargada del cumplimiento, se presumirá prorrogado hasta el día hábil siguiente.

5. El uso horario de referencia será el correspondiente al lugar de establecimiento de la parte que fija el plazo. Si la fijación del plazo no es imputable a ninguna de las partes, para el cumplimiento de las obligaciones se estará al uso horario del lugar de cumplimiento y, en su defecto, al del lugar del establecimiento de la parte encargada del cumplimiento.

CAPÍTULO 2

FORMACIÓN DEL CONTRATO

Sección 1. Oferta y aceptación

Artículo 2.1.1: *Formación del contrato*

El contrato se perfecciona por la aceptación de una oferta.

Artículo 2.1.2: *Definición de oferta*

Una propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta si es lo suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación.

Artículo 2.1.3: *Oferta e invitatio ad offerendum*

1. La oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas.

2. Una propuesta dirigida al público no constituirá oferta, salvo que así lo haya dispuesto el oferente o lo indiquen las circunstancias.

3. Las circunstancias indicadas en el apartado anterior concurren, en particular, en el caso de exposición de bienes y servicios en un espacio físico o virtual. Se presume en tal caso que la oferta se mantiene hasta que se agoten las mercancías almacenadas o las posibilidades de prestar el servicio.

Artículo 2.1.5: *Revocación de la oferta*

1. La oferta puede ser revocada si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación.

2. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse si establece un plazo de irrevocabilidad o el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha comenzado a realizar actos de ejecución del contrato.

3. Cuando la oferta establece un plazo de aceptación se presume que dicho plazo implica un plazo de irrevocabilidad, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

Artículo 2.1.6: *Definición de aceptación*

1. La aceptación es la adhesión en firme a una oferta.

2. La aceptación resulta de una declaración o de un comportamiento del destinatario de la oferta. Este último puede consistir en el comienzo de la ejecución de un contrato por el destinatario de una oferta.

3. El silencio o la inactividad, por sí solos, no constituyen aceptación.

Artículo 2.1.7: *Plazo de aceptación*

1. La oferta debe ser aceptada dentro del plazo previsto por el oferente, y si no se ha previsto plazo, dentro del que sea razonable teniendo en cuenta las circunstancias.

2. Al término del plazo de aceptación, estipulado o razonable, la oferta se entenderá caducada. La aceptación tardía no surtirá efectos como aceptación, a menos que el oferente renuncie a prevalerse de la caducidad notificando sin demora al oferente que la admite.

Artículo 2.1.8: *Aceptación con modificaciones*

La aceptación por el destinatario de la oferta que establezca o conlleve términos nuevos o diferentes que modifiquen o condicionen la oferta constituye un rechazo de la oferta inicial y, a su vez, una contraoferta.

Artículo 2.1.9: *Condiciones generales*

1. Una condición general del contrato es una cláusula no negociada individualmente por las partes y que ha sido redactada de antemano con vistas a la conclusión de un mismo tipo de contratos.

2. Una condición general únicamente puede invocarse frente a la parte adherente si esta ha podido conocerla antes de la perfección del contrato. No se considerará cumplida esta condición por la mera referencia en el contrato a una condición general, aunque el adherente haya firmado el contrato, cuando

a) resulta tan sorprendente o desacostumbrada que el adherente no ha podido razonablemente contar con ella, en atención a las circunstancias y al objeto del contrato, o

b) sea excesivamente onerosa, teniendo en cuenta la naturaleza, el lenguaje y la forma en que ha sido establecida.

Artículo 2.1.10: *Conflicto entre formularios*

1. Cuando ambas partes utilizan formularios con condiciones generales y han llegado a un acuerdo excepto en lo referente a dichas condiciones, el contrato se entenderá perfeccionado

sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en las condiciones generales que sean sustancialmente comunes.

2. Sin embargo, no se entenderá perfeccionado el contrato si alguna de las partes ha informado o informa a la contraparte, sin demora injustificada, de su voluntad de no quedar obligada por dicho contrato.

Sección 2. Lugar y momento de perfección del contrato

Artículo 2.2.1: *Momento de perfección del contrato*

El contrato se entiende perfeccionado, según el caso y salvo estipulación contraria en la oferta, por la recepción por el oferente de la aceptación de la oferta o por el conocimiento por el oferente del comportamiento del destinatario que implique aceptación.

Artículo 2.2.2: *Lugar de perfección del contrato*

Salvo que en la oferta se haya dispuesto otra cosa, el contrato se entenderá celebrado en el lugar en que el oferente tiene su establecimiento.

Sección 3: Representación

Artículo 2.3.1: *Ámbito de aplicación*

1. La presente sección regula la facultad de una persona (representante) para afectar la esfera jurídica de otra (representado) mediante un contrato celebrado con un tercero, ya actúe el representante en nombre del representado o en nombre propio.

2. La presente sección no regula las relaciones internas entre el representante y el representado.

3. La presente sección no regula las facultades del representante legal ni las del representante designado por una autoridad pública o judicial.

Artículo 2.3.2: *Apoderamiento*

1. El apoderamiento del representante por parte del representado puede ser expreso o tácito.

2. Se considerará que una persona ha apoderado a un representante cuando las declaraciones o la conducta de dicha persona induzcan razonablemente a un tercero de buena fe a creer que el representante aparente dispone de poder para la realización de ciertos actos.

3. Salvo que el representado establezca expresamente otra cosa, el representante dispondrá de poder para realizar cuantos actos sean necesarios, según las circunstancias, para el cumplimiento de su encargo.

Artículo 2.3.3: *Representación revelada*

1. Cuando el representante actúe dentro del ámbito de su poder revelando al tercero su condición, los actos del representante generarán una relación jurídica directa entre el

representado y el tercero. No se generará relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.

2. Los actos del representante, no obstante, vincularán a este con el tercero cuando, con el consentimiento del representado, el representante asuma su posición contractual.

3. Cuando el representante actúe por cuenta de un representado cuya identidad se comprometa a revelar más tarde, pero no lleve a cabo tal revelación en un plazo razonable tras ser requerido para ello por el tercero, el representante quedará vinculado por el acto de que se trate.

Artículo 2.3.4*: Representación no revelada*

1. Cuando el representante actúe dentro el ámbito de su poder pero sin revelar al tercero su condición, los actos del representante solo generarán una relación jurídica entre este y el tercero.

2. Tales actos no afectarán la esfera jurídica del representado frente al tercero salvo que así lo establezca específicamente la ley nacional que resulte aplicable a la representación.

Artículo 2.3.5: *Ausencia o exceso de poder*

1. Los actos del representante realizados sin poder o excediéndose de sus límites no afectarán a la esfera jurídica del representado, a menos que este los ratifique en las condiciones previstas en el artículo 2.3.9.

2. El representante que actúe sin poder o excediéndose de sus límites incurrirá en responsabilidad frente al tercero, a quien deberá indemnizar hasta situarlo en la situación en que se habría encontrado de haber actuado el representante con poder y no excediéndose de sus límites. El representante, sin embargo, no será responsable si el tercero sabía o debía saber que el representante no tenía poder o se excedía de sus límites.

Artículo 2.3.6: *Conflicto de intereses*

1. En caso de conflicto de intereses entre el representante y el representado, el representado puede anular el contrato conforme a las disposiciones de la sección quinta del capítulo 3, a menos que el tercero haya ignorado legítimamente la existencia de tal conflicto.

2. Se presumirá la existencia de un conflicto de intereses si el representante asume la posición de la contraparte, o detenta dos o más poderes que le permiten concluir el contrato por sí solo.

3. El representado no podrá anular el contrato si ha autorizado al representante a concluir el contrato a pesar del conflicto de intereses, o cuando conocía o debía haber conocido tal conflicto y no se opuso en un plazo razonable.

Artículo 2.3.7: *Sustitución del representante*

1. Salvo disposición en contra, el representante puede designar a un tercero (sustituto) para llevar a cabo actos que no revistan un carácter personal.

2. Las reglas de esta sección se aplicarán a los actos del sustituto.

Artículo 2.3.8: *Poder conjunto*

1. Si dos o más representados apoderan conjuntamente a un representante responderán solidariamente frente al tercero por los actos concluidos en virtud de tal apoderamiento.

2. Si el representado apodera de forma conjunta a dos o más representantes, cada uno de ellos podrá realizar de forma independiente los actos encomendados, a menos que el representado disponga otra cosa.

Artículo 2.3.9: *Ratificación*

1. El acto llevado a cabo por el representante careciendo de poder o excediéndose de sus límites podrá ser ratificado por el representado. La ratificación implica que el acto en cuestión produce los mismos efectos que si se hubiera llevado a cabo existiendo poder y dentro de sus límites.

2. El tercero podrá, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para que ratifique. De no ratificar dentro de ese plazo, no podrá hacerlo después.

3. El tercero que en el momento de contratar con el representante ignoraba legítimamente la falta de poder podrá notificar al representado su rechazo a quedar vinculado por cualquier ratificación ulterior.

Artículo 2.3.10: *Extinción y restricción del poder*

1. La extinción del poder o su restricción no surtirán efecto frente al tercero salvo que este las haya conocido o debido conocer.

2. Aun cuando las haya conocido, ni la extinción ni la restricción del poder surtirán efecto frente al tercero, subsistiendo el poder del representante, cuando el representado se hubiera obligado frente al tercero a no revocarlo o restringirlo.

3. A pesar de la extinción de su poder, el representante, durante un tiempo razonable, seguirá estando facultado para realizar cuantos actos resulten necesarios para proteger los intereses del representado o de sus herederos.

CAPÍTULO 3

VALIDEZ DEL CONTRATO

Sección 1. Disposiciones generales

Artículo 3.1.1: *Validez del mero acuerdo*

Un contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

Artículo 3.1.2: *Libertad de forma*

Los contratos son válidos con independencia de su forma de celebración.

Artículo 3.1.3: *Imposibilidad inicial*

La imposibilidad de cumplimiento del contrato en el momento de su celebración no afectará a su validez, sin perjuicio del derecho de las partes a invocar las normas sobre fuerza mayor.

Sección 2. Capacidad

Artículo 3.2.1*: Exclusión*

Los presentes Principios no se aplican a la capacidad de las partes ni a la invalidez del contrato derivada de la falta de capacidad.

Sección 3. Ilicitud

Artículo 3.3.1: *Ilicitud*

Los presentes Principios no limitan ni impiden la aplicación de normas imperativas, de policía o de orden público internacional, tanto de origen estatal como internacional, que determinen la ilicitud o ilegalidad del objeto, del contenido o del cumplimiento del contrato o de alguna de sus obligaciones.

Sección 4. Consentimiento viciado

Artículo 3.4.1: *Vicios del consentimiento*

Son vicios del consentimiento el error, el dolo, la intimidación y el abuso de debilidad o dependencia.

Artículo 3.4.2: *Carácter imperativo o dispositivo de las disposiciones*

1. El régimen del dolo, de la intimidación y del abuso de debilidad o dependencia es imperativo.

2. El régimen del error es de aplicación salvo pacto en contrario.

Artículo 3.4.3: *Error*

1. Una parte podrá anular el contrato si en el momento de su perfección cometió un error esencial de hecho o de derecho, y si:

a) la otra parte provocó el error o hizo el error posible por razón de su silencio contrario a los deberes legales de información; o

b) la otra parte incurrió en el mismo error; o

c) la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la existencia del error, y dejar a la otra parte en el error resulta contrario a la lealtad negocial propia del comercio.

2. Se considera que un error es esencial cuando es de tal gravedad que una persona razonable, en la misma situación de la parte que sufrió el error, no habría celebrado el contrato.

3. El derecho a anular el contrato no procede si:

a) el error es inexcusable debido a una falta de atención o diligencia de la parte que sufrió el error; o

b) el riesgo de error ha sido asumido por la parte que sufrió el error o, atendidas las circunstancias, esta parte debe correr con el riesgo de error.

Artículo 3.4.4: *Error en la declaración*

El régimen del error contenido en el artículo anterior también es de aplicación en los casos de error o inexactitud en la transmisión o expresión de una declaración de voluntad, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la sección primera del capítulo 4 de los Principios relativas a la interpretación del contrato.

Artículo 3.4.5: *Extinción del derecho a anular el contrato*

1. El derecho a anular el contrato se extingue si, antes de que la parte que sufrió el error haya anulado el contrato, la otra parte notifica su voluntad de cumplir el contrato o lo cumple en los términos en los que fue entendido por la parte facultada para anularlo. Esta notificación deberá tener lugar sin demora una vez conocida la existencia del error. En este caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos.

2. La notificación de anulación basada en el error realizada por la parte que lo ha sufrido no tendrá efecto si, de forma inmediata, la otra parte notifica que está dispuesta a cumplir el contrato en el modo en que fue entendido por la parte que sufrió del error. En ese caso, el contrato se entenderá perfeccionado bajo tales términos.

Artículo 3.4.6: *Dolo*

Una parte puede anular el contrato si fue inducida a contratar por error, incluso no sustancial, en razón de los actos fraudulentos o engañosos de la otra parte.

Artículo 3.4.7: *Intimidación*

1. Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo por la otra parte mediante la amenaza injustificada de un mal inminente y grave.

2. Una amenaza es considerada como injustificada si la acción u omisión con la que una parte fue amenazada es ilícita o resulta ilícito recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

Artículo 3.4.8: *Abuso de debilidad o dependencia*

1. Una parte puede anular el contrato o alguna de sus cláusulas si la otra parte, para contratar, ha abusado de una situación de confianza o dependencia existente entre las partes, o bien de la ignorancia, dificultades económicas, estado de necesidad o falta manifiesta de experiencia de la otra parte.

2. La anulación solo procede si la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la situación y se aprovechó de tal situación, produciendo un perjuicio excesivo en la otra parte.

Artículo 3.4.9: *Vicios causados por un tercero*

La parte que ha sufrido el error, el dolo, la intimidación o el abuso de debilidad o dependencia puede anular el contrato cuando tales vicios hayan sido causados por un tercero, siempre que la otra parte haya conocido o haya debido conocer la implicación del tercero.

Sección 5. Anulación

Artículo 3.5.1. *Derecho a la anulación del contrato*

1. El contrato puede ser anulado por la parte que ha sufrido un vicio del consentimiento.

2. El contrato también puede ser anulado por el representado en caso de conflicto de intereses con el representante

3. El derecho a anular el contrato se ejerce mediante notificación a la otra parte en el plazo de seis meses a contar:

a) En caso de error o de dolo, desde que la parte afectada conoció o debió haber conocido la realidad.

b) En caso de intimidación y en caso de abuso de debilidad o dependencia, desde que cesó esa situación o la parte afectada pudo obrar con libertad.

c) En caso de conflicto de intereses, desde que el representando conoció o debió haber conocido la realización del contrato por el representante y el conflicto de intereses.

Artículo 3.5.2: *Confirmación del contrato anulable*

El derecho a anular un contrato se extingue por la confirmación expresa o tácita por la parte que tiene derecho a anularlo, realizada después de conocer la causa de anulación y de que esta haya cesado.

Artículo 3.5.3: *Derecho a la restitución*

1. En caso de anulación, cada parte tiene derecho a la restitución de su prestación y a una compensación por los beneficios razonables obtenidos por la otra parte.

2. En caso de imposibilidad o dificultad excesiva, la restitución tendrá lugar por equivalente. Sin embargo, la parte que anule el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo por fuerza mayor.

CAPÍTULO 4

INTERPRETACIÓN Y CONTENIDO DEL CONTRATO

Sección 1. Interpretación de los términos del contrato

Artículo 4.1.1 : *In claris non fit interpretatio*

1. Un término contractual claro se intepretará de conformidad con su sentido literal.

2. No se entenderá que un término es claro cuando admita diversos significados o a la luz del contexto del contrato se infiera que dicho término o expresión obedece a un error manifiesto.

Artículo 4.1.2: *Criterio general de interpretación*

1. Los contratos y las declaraciones de las partes se interpretarán conforme al sentido que una persona razonable de la misma condición que las partes habría dado a sus términos en circunstancias similares.

2. En particular, en la interpretación del contrato y de las declaraciones de las partes se tendrán en cuenta:

a) La intención de una parte en la medida en que era conocida o debía o podía ser conocida por la otra parte.

b) Las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y durante su ejecución.

c) Los usos comerciales y prácticas entre las partes.

d) Los usos comerciales y el significado de los términos en el sector comercial de que se trate.

e) Los usos generales del comercio internacional.

f) El objeto del contrato.

g) El sentido común comercial.

Art. 4.1.3: *Principio contra proferentem*

Los términos oscuros serán interpretados en el sentido más desfavorable para la parte responsable de su redacción.

Art. 4.1.4: *Favor negotii*

Los términos oscuros serán interpretados en el sentido más favorable a su eficacia y a la eficacia de todos los términos del contrato.

Art. 4.1.5: *Interpretación sistemática*

1. Los términos del contrato se interpretarán los unos por los otros, atribuyendo a los términos particulares el sentido más acorde al resto de los términos del contrato.

2. Los términos del contrato negociados de manera individual prevalecerán sobre los que no lo han sido.

Art. 4.1.6: *Disparidad de versiones lingüísticas*

Cuando un contrato se ha redactado en dos o más lenguas diferentes y las versiones son discrepantes, se estará a la versión en que se haya redactado el contrato originalmente si las partes no han atribuido prevalencia a ninguna de ellas.

Sección 2. Contenido del contrato

Art. 4.2.1: *Integración del contrato*

1. El contenido del contrato resulta exclusivamente del acuerdo de las partes.

2. Cuando las partes no han acordado expresamente algún término contractual que resulta determinante de sus respectivas obligaciones, dicho término podrá ser inferido implícitamente en atención a su razonabilidad objetiva y a la finalidad del contrato.

Artículo 4.2.2: *Modificación en una forma acordada*

1. Cuando las partes han convenido la forma en que un contrato puede ser modificado o revocado, la modificación o revocación del contrato no podrá realizarse de otra forma.

2. No obstante, quedará vinculada por sus propios actos y no podrá invocar esta cláusula la parte que con sus declaraciones o comportamiento haya inducido a la otra parte a actuar razonablemente en función de dichos actos.

Artículo 4.2.3: *Cláusula de integridad*

El contenido de un contrato no puede ser completado o modificado mediante declaraciones o acuerdos anteriores si las partes han incluido una cláusula que establece que el contrato incorpora de forma completa lo acordado por las partes. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar el contenido del contrato.

Sección 3. Obligaciones contractuales

Artículo 4.3.1: *Obligaciones de resultado y obligaciones de medios*

1. En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

2. En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Artículo 4.3.2: *Criterios de calificación de la obligación*

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

a) Las cláusulas expresas e implícitas del contrato.

b) La naturaleza y finalidad del contrato.

c) El grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado.

d) La capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

Artículo 4.3.3: *Calidad de la prestación*

Cuando la calidad de la prestación no ha sido expresada ni puede determinarse conforme al contrato, el deudor debe cumplir la prestación con una calidad razonable y no inferior a la media, según las circunstancias.

Artículo 4.3.4: *Determinación del precio*

1. Cuando el precio del contrato no está determinado ni es determinable en virtud de sus cláusulas, se presume que las partes se remitieron al precio generalmente admitido al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo sector comercial o, en su defecto, a un precio razonable.

2. El precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

3. Cuando un tercero deba determinar el precio y no proceda a hacerlo, salvo estipulación contraria el precio se determinará conforme al generalmente admitido al momento de conclusión del contrato en el sector comercial que se trate o, en su defecto, a un precio razonable.

4. Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá al factor equivalente más cercano.

Artículo 4.3.5: *Obligación condicional*

Es obligación condicional la que depende de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 4.3.6. *Obligaciones condicionales nulas*

Las obligaciones condicionales son nulas cuando:

a) el cumplimiento de la condición depende de la voluntad exclusiva del deudor; o

b) la obligación depende de acontecimientos imposibles o contrarios a la ley o a las buenas costumbres.

Artículo 4.3.7: *Efectos de las condiciones*

1. Una condición es suspensiva cuando la obligación solo deviene eficaz si el acontecimiento previsto tiene lugar.

2. Una condición es resolutoria cuando la producción del acontecimiento implica el fin de los efectos de la obligación.

3. Pendiente la condición suspensiva se observarán las siguientes reglas:

a) Si la cosa objeto del contrato se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. Si la cosa se pierde por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

b) Si la cosa objeto del contrato se deteriora sin culpa del deudor, este cumplirá la obligación entregando al acreedor la cosa en el estado en que se encuentre. Si la cosa del contrato se

deteriora por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución del contrato o su cumplimiento, con la indemnización por daños y perjuicios en ambos casos.

c) El acreedor puede ejecutar todos los actos que tiendan a conservar su derecho.

4. Cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al tiempo en que el fue concluida, a menos que los efectos de la obligación, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto o del contrato, deban ser referidos a una fecha diferente.

Artículo 4.3.8: *Interferencia de una parte en las condiciones*

1. Antes del cumplimiento de la condición una parte no puede comportarse, sin interés legítimo, de manera que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que se cumpla la condición.

2. Si el cumplimiento de una condición es impedido, sin interés legítimo,por una parte, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición.

3. Si el cumplimiento de la condición es provocado, sin interés legítimo, por una parte, dicha parte no podrá invocar el cumplimiento de la condición.

Sección 4. Pluralidad de partes

Artículo 4.4.1: *Pluralidad de deudores*

1. Cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, dicha obligación es solidaria si cada uno está obligado a la totalidad, de manera que el acreedor puede dirigirse a cualquiera para reclamar el cumplimiento, y el cumplimiento hecho por uno libera a todos.

2. Cuando los deudores están obligados solo por la parte que le corresponde a cada uno, cada parte será igual, salvo pacto expreso en contrario.

Artículo 4.4.2: *Fuente de la solidaridad entre deudores*

La obligación contraída por una pluralidad de deudores se considera solidaria, salvo pacto expreso en contrario.

Artículo 4.4.3: *Solidaridad varia entre deudores*

La obligación puede ser solidaria entre algunos deudores solamente y no entre todos.

Artículo 4.4.4: *Derechos del acreedor*

El acreedor puede, a su elección, exigir de uno o varios de sus deudores el cumplimiento total o parcial de la obligación.

Artículo 4.4.5: *Efectos de la ejecución o de la reclamación parciales*

1. La ejecución de la obligación por uno de los deudores solidarios no extingue la obligación solidaria sino en la parte que ha sido satisfecha por dicho deudor.

2. Las acciones ejercitadas contra uno de los deudores solidarios suspenden la prescripción frente a todos.

Artículo 4.4.6: *Excepciones oponibles*

El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones comunes y todas las personales propias, pero no las que sean personales de otros codeudores.

Artículo 4.4.7: *Extinción de la obligación solidaria*

1. El cumplimiento o la compensación realizada con arreglo a lo previsto en la sección 2 del capítulo 6 de estos Principios extinguen la obligación totalmente o hasta la cantidad cumplida o compensada.

2. La remisión de la obligación a un codeudor extingue la obligación, salvo que el acreedor indique expresamente que solo alcanza a ese codeudor, en cuyo caso rebaja la cuota que corresponda a este en el resto de la obligación.

3. La renuncia a la solidaridad con respecto a uno de los deudores no implica la pérdida de la solidaridad con el resto, pero extingue la obligación en la parte del deudor respecto del que se renuncia.

4. La confusión extingue la obligación en la cuota del codeudor que reúne las cualidades de acreedor y deudor.

Artículo 4.4.8: *Relaciones entre deudores solidarios*

1. Los deudores solidarios se dividen entre sí la obligación por partes iguales, a menos que exista pacto en contrario.

2. Salvo pacto en contrario, si uno de los deudores solidarios resulta insolvente, su parte se reparte a prorrata entre los demás codeudores.

Artículo 4.4.9: *Derecho de regreso y acción subrogatoria*

1. El deudor solidario que paga o cumple más de lo que le corresponde puede reclamar la diferencia a los otros codeudores, pero únicamente por la parte que a cada uno le corresponde.

2. El deudor solidario que cumple más allá de lo que le corresponde también puede subrogarse en los derechos del acreedor.

3. Frente a la reclamación del codeudor solidario, cualquier deudor puede oponer las excepciones comunes que no se invocaron por el codeudor que cumplió, y las excepciones personales que le son propias, pero no las excepciones personales de los otros codeudores.

Artículo 4.4.10: *Solidaridad de acreedores*

Cuando un mismo deudor se obliga frente a diversos acreedores por una misma obligación, existe solidaridad de acreedores si cuando cada uno de los coacreedores puede demandar al deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, y el cumplimiento o pago que el deudor realiza a cualquiera de ellos libera a tal deudor de la obligación.

Artículo 4.4.11: *Fuente de la solidaridad entre acreedores*

No puede haber solidaridad entre acreedores sin pacto expreso al respecto.

Artículo 4.4.12: *Solidaridad varia entre acreedores*

El crédito puede ser solidario entre algunos acreedores solamente y no entre todos.

Artículo 4.4.13: *Derechos del deudor*

El deudor puede dirigirse a cualquiera de los acreedores para cumplir o realizar el pago.

Artículo 4.4.14: *Excepciones oponibles y extinción de la obligación del deudor*

1. El deudor puede oponer al acreedor que reclame todas las excepciones comunes y todas las personales que tenga frente a ese acreedor que reclama, pero no las que sean personales respecto de otros acreedores.

2. El cumplimiento y la compensación realizada conforme a la sección 2 del capítulo 6 de estos Principios extinguen la obligación en la parte cumplida o compensada.

3. La remisión y la confusión solo extinguen la obligación en la parte correspondiente al acreedor que condona o que reúne las cualidades de acreedor y deudor.

Artículo 4.4.15: *Regreso entre acreedores*

1. En defecto de disposición en contrario, las partes de los acreedores en el crédito se considerarán iguales.

2. El acreedor solidario que ha obtenido el cumplimiento de la obligación por más de su parte está obligado a reembolsar a cada acreedor la parte del crédito que le corresponda.

CAPÍTULO 5

EFECTOS DEL CONTRATO

Sección 1. Duración del contrato

5.1.1: *Contratos de duración indeterminada*

1. Cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de ejecución continuada de duración indefinida desistiendo unilateralmente en cualquier momento y sin necesidad de invocar causa alguna, siempre que medie un preaviso razonable.

2. Siempre que se respete el plazo razonable de preaviso, el contratante que decida terminar el contrato únicamente deberá compensar a la otra parte por los gastos razonables que haya realizado con vistas al cumplimiento del contrato.

5.1.2: *Contratos de duración determinada*

1. Los contratos de ejecución continuada en los que se ha señalado un periodo de duración determinado finalizarán al expirar tal plazo.

2. No obstante, si una de las partes ha notificado su deseo de prorrogar la vigencia del contrato, la parte que no desea renovarlo deberá notificar a la otra su decisión en un plazo razonable antes de la expiración del contrato.

3. Los contratos de duración determinada que continúan vigentes tras la expiración del periodo convenido se convierten en indefinidos.

Sección 2. Efectos frente a terceros

Art. 5.2.1: *Estipulación a favor de tercero*

1. Las partes contratantes (estipulante y promitente) pueden incluir estipulaciones a favor de un tercero (beneficiario), quien adquirirá, salvo pacto en contrario, el derecho a exigir al promitente su cumplimiento.

2. La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes.

Art. 5.2.2: *Cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad*

Las partes contratantes pueden otorgar al beneficiario el derecho a invocar contra el promitente una cláusula que excluya o limite la responsabilidad del estipulante.

Art. 5.2.3: *Revocación de la estipulación a favor de tercero.*

La estipulación puede ser modificada o revocada mientras el beneficiario no haya comunicado a cualquiera de las partes contratantes su aceptación.

Art. 5.2.4: *Excepciones oponibles*

El promitente solo podrá oponer al beneficiario, salvo pacto en contrario, las excepciones derivadas del contrato que contiene la estipulación en favor del beneficiario.

CAPÍTULO 6

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Sección 1: Disposiciones generales

Artículo 6.1.1: *Lugar del cumplimiento*

1. Si el contrato no determina el lugar de cumplimiento de una obligación contractual, dicho lugar será:

a) En las obligaciones pecuniarias, el lugar de establecimiento o, en su defecto, de residencia habitual del acreedor en el momento de celebración del contrato.

b) En los demás casos, el lugar del establecimiento o, en su defecto, de residencia habitual del deudor en el momento de celebración del contrato.

2. En caso de pluralidad de establecimientos, se estará a aquel que tenga un vínculo más próximo con el contrato en el momento de su conclusión.

3. No obstante, si una parte ha modificado su lugar de establecimiento o residencia con posterioridad a la celebración del contrato, podrá requerir o llevar a cabo el cumplimiento en el establecimiento o residencia posterior, siempre que lo notifique a la otra parte con suficiente antelación. En tal caso, la parte que ha modificado su establecimiento o residencia asumirá los gastos y costes que se deriven del cambio de lugar de cumplimiento.

Artículo 6.1.2: *Momento del cumplimiento*

1-. El deudor ha de cumplir sus obligaciones:

a) En la fecha pactada, cuando el contrato disponga una fecha determinada o determinable.

b) Cuando el contrato fije un periodo determinado o determinable, en cualquier momento de dicho periodo, a menos que se interprete que corresponde a la otra parte escoger el momento del cumplimiento.

c) En los demás casos, en un plazo razonable desde el momento de la conclusión del contrato.

2. El deudor deberá, en la medida de lo posible y salvo que las circunstancias indiquen lo contrario, cumplir sus obligaciones de una sola vez.

Artículo 6.1.3: *Cumplimiento anticipado*

1. El acreedor no podrá negarse a aceptar el cumplimiento anticipado de la obligación salvo que tenga un interés legítimo.

2. Los gastos adicionales derivados del cumplimiento anticipado serán de cuenta del deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que pueda corresponder al acreedor.

3. La aceptación por el acreedor del cumplimiento anticipado no altera el momento de cumplimiento de su obligación.

Artículo 6.1.4: *Orden de cumplimiento*

1. En defecto de pacto, las obligaciones de las partes deben cumplirse simultáneamente, siempre que las circunstancias no indiquen lo contrario.

2. No obstante, si el cumplimiento de las obligaciones de una sola de las partes requiere un periodo de tiempo, en defecto de pacto dichas obligaciones deben cumplirse en primer lugar, siempre que las circunstancias no indiquen lo contrario.

Artículo 6.1.5: *Cumplimiento parcial*

1. El acreedor puede negarse a aceptar el cumplimiento parcial de la obligación, venga o no acompañada de una garantía de buena ejecución, salvo que carezca de interés legítimo.

2. Los gastos adicionales derivados del cumplimiento parcial serán de cuenta del deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que pueda corresponder al acreedor.

3. Si la obligación fuera divisible, el acreedor que acepta un cumplimiento parcial puede a su vez cumplir su obligación de forma parcial o proporcional.

Artículo 6.1.6: *Cumplimiento por tercero*

Salvo que el contrato requiera un cumplimiento personal, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un tercero que actúa con el consentimiento del deudor.

Artículo 6.1.7: *Medios de pago*

1. Una deuda de dinero puede pagarse por cualquiera de los medios habituales en el comercio.

2. Cuando un acreedor acepte un instrumento cambiario, orden o promesa de pago, se presumirá que lo acepta únicamente a condición de que se haga efectivo.

6.1.8: *Moneda de pago*

1. Las partes pueden pactar que el pago se haga en una determinada moneda. Si el pago en la moneda pactada resulta imposible o no se ha determinado la moneda de pago, el pago se realizará en la moneda del lugar en que ha de realizarse el pago.

2. En defecto de pacto, toda obligación dineraria expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago podrá pagarse en la moneda del lugar en que ha de realizarse el pago, siempre que sea libremente convertible.

3. El pago en la moneda del lugar del pago se hará conforme al tipo de cambio aplicable en el lugar del pago en el momento en que debe realizarse el pago. Si el deudor no ha pagado en el momento pactado, el acreedor podrá optar por reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable en el lugar del pago al vencimiento de la obligación o al momento efectivo del pago.

Artículo 6.1.9: *Imputación del pago*

1. En defecto de pacto, el deudor que tiene varias deudas pecuniarias respecto de un mismo acreedor puede especificar al tiempo de realizar el pago a cuál de ellas debe aplicarse, siempre que anteponga las deudas vencidas a las no vencidas. No obstante, el pago se imputa en primer lugar a los gastos, en segundo lugar a los intereses vencidos y, por último, al capital.

2. A falta de indicación por el deudor, el acreedor podrá notificar al deudor la imputación del pago a la deuda de su elección en un plazo razonable después del pago, siempre que dicha obligación se halle vencida y no sea litigiosa.

3. En defecto de los apartados anteriores, el pago se imputará a aquella obligación que cumpla uno de los siguientes criterios, en el orden indicado:

a) la obligación vencida o la que venza en primer lugar;

b) la obligación que ofrezca la garantía más débil para el acreedor;

c) la obligación que resulte más onerosa para el deudor;

d) la obligación más antigua.

4. Si ninguno de los criterios anteriores resulta aplicable, el pago se prorrateará entre todas las deudas.

5. Las reglas anteriores serán aplicables por analogía a la imputación de obligaciones no pecuniarias que presenten idéntica naturaleza.

Artículo 6.1.10: *Negativa a recibir el cumplimiento*

1. El acreedor no puede rechazar el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones en las condiciones fijadas en el contrato y, en su defecto, conforme a las reglas previstas en estos Principios.

2. Si el acreedor rechaza el cumplimiento de una obligación dineraria por parte del deudor, este podrá liberarse mediante la consignación de los fondos, siempre que sea posible, de conformidad con la ley del lugar del pago.

3. Si el acreedor rechaza el cumplimiento de una obligación no dineraria por parte del deudor, este adoptará las medidas razonables para mitigar las consecuencias de dicha negativa. En particular, si el acreedor rechaza el cumplimiento de la obligación de entrega de un bien por parte del deudor, este tendrá la opción de cumplir mediante la consignación, siempre que sea posible, de conformidad con la ley del lugar de entrega.

Artículo 6.1.11: *Autorizaciones públicas*

1. La obligación de solicitar y gestionar las licencias y autorizaciones públicas requeridas como condición de validez o ejecución del contrato o de sus obligaciones se determinará de conformidad con lo establecido en las normas imperativas del país afectado y, en su defecto, conforme a lo establecido por las partes.

2. En defecto de pacto, se presume que la obligación de solicitar y gestionar las licencias y autorizaciones públicas corresponde a la parte del contrato que se encuentra establecida en el Estado en cuestión, salvo que se estime irrazonable en razón de las circunstancias. En su defecto, corresponderá a la parte a quien corresponda la ejecución de la prestación que requiera dicha licencia o autorización.

3. La obligación de solicitar y gestionar las licencias y autorizaciones a que hace referencia el apartado anterior requiere por parte del obligado una diligencia razonable, la asunción de los gastos derivados y la notificación diligente a la otra parte de la concesión o de la denegación.

Artículo 6.1.12: *Gastos derivados del cumplimiento*

En defecto de pacto, cada parte soportará los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones.

Sección 2. Compensación

Artículo 6.2.1: *Indicación y efectos de la compensación*

1. Cuando dos personas son, recíprocamente y a título principal, deudoras la una de la otra, cualquiera de ellas puede declarar la compensación de sus obligaciones. Ambas partes han de poder disponer de su derecho para la finalidad de la compensación.

2. La compensación tiene por efecto la extinción de ambas obligaciones a partir del día de su notificación.

3. Si las deudas difieren en su importe, la compensación las extingue en la cantidad concurrente por referencia a la deuda de menor importe.

Artículo 6.2.2: *Deudas compensables*

1. La compensación puede declararse cuando ambas obligaciones consistan en una cantidad de dinero o en cosas fungibles de la misma especie y calidad, si estas se han indicado.

2. Cuando las deudas dinerarias deben pagarse en distintas monedas, la compensación solo puede declararse si ambas monedas son libremente convertibles y si no se ha pactado el cumplimiento de la deuda de quien declara la compensación en una moneda determinada.

3. La compensación únicamente puede declararse si ambas deudas están vencidas y son exigibles.

4. No es posible oponer la compensación con un crédito cuya existencia o cuantía no están determinados, salvo que no perjudique los intereses del acreedor. Cuando los derechos de ambas partes deriven de la misma relación jurídica, se presume que no se verá perjudicado el interés del acreedor.

Artículo 6.2.3: *Deudas pagaderas en distintos lugares*

Si la compensación se refiere a deudas pagaderas en distintos lugares, deben compensarse los daños sufridos por una parte como consecuencia de que el cumplimiento no se efectúe en el lugar previsto.

Artículo 6.2.4: *Pluralidad de deudas*

En caso de pluralidad de deudas, el deudor podrá designar el crédito contra el que pretende compensar. En su defecto, se aplicarán las reglas sobre imputación de pagos previstas en el art. 6.1.9 de estos Principios.

Sección 3. Hardship

Artículo 6.3.1: *Hardship*

1. Las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, incluso si en virtud de cualesquiera hechos su ejecución se ha vuelto más onerosa de lo que razonablemente habrían podido considerar las partes en el momento de celebrarse el contrato.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado primero, cualquiera de las partes puede resolver el contrato si prueba que:

a) La ejecución de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente onerosa debido a un hecho ajeno a su control razonable, que no podía haber sido razonablemente previsto o tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato; y que

b) no podía razonablemente haber evitado o atenuado el hecho o sus consecuencias; y que

c) no asumió el riesgo de tal hecho.

3. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

4. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

6.3.2: *Frustración de la finalidad del contrato*

Lo dispuesto en el artículo anterior será igualmente aplicable en aquellos casos en que los hechos referidos produzcan una frustración sustancial de la finalidad del contrato asumida por ambas partes.

CAPÍTULO 7

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Sección 1: Disposiciones generales

Art. 7.1.1: *Concepto de incumplimiento*

Hay incumplimiento cuando una parte no lleva a cabo en la forma pactada todas sus obligaciones contractuales, cualquiera que sea la causa.

Art. 7.1.2: *Incumplimiento esencial*

El incumplimiento de la obligación es esencial si:

a) la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato; o

b) el incumplimiento priva sustancialmente a la otra parte contratante de aquello que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que en el momento de la conclusión del contrato no se hubiera previsto ni podido razonablemente prever ese resultado; o

c) el incumplimiento es de tal naturaleza que permite a la parte perjudicada creer que, en atención a las circunstancias, no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte.

7.1.3. *Remedios frente al incumplimiento*

1. En caso de incumplimiento, el acreedor, sin perjuicio del derecho de subsanación por el deudor, podrá utilizar las medidas reguladas en este capítulo, pero no podrá solicitar

indemnización de daños y perjuicios si el incumplimiento está justificado conforme al artículo 7.1.8 de estos Principios.

2. Los remedios frente al incumplimiento serán acumulables mientras no sean incompatibles.

3. El acreedor que ejercite el derecho al cumplimiento específico podrá cambiar de remedio si no obtiene oportuna satisfacción de su derecho.

7.1.4: *Suspensión del cumplimiento*

1. La parte que debe cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte puede suspender el cumplimiento de su obligación hasta que la otra parte haya cumplido la suya u ofrezca cumplirla.

2. La parte que debe cumplir su obligación con posterioridad a la otra parte puede suspender el cumplimiento de su obligación hasta que la otra parte haya cumplido la suya.

3. En todo caso, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá la suya llegado su vencimiento.

7.1.5: *Subsanación del incumplimiento*

1. El deudor puede tomar a su costa cualquier medida destinada a subsanar el incumplimiento, siempre que:

a) notifique dicha medida al acreedor sin demora injustificada, indicando la forma y el momento de la subsanación; y

b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias; y

c) el acreedor carezca de interés legítimo para rechazar la subsanación; y

d) la medida sea adoptada sin demora.

2. Mientras no tenga lugar la subsanación, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su propia prestación.

3. Sin perjuicio de la subsanación, el acreedor conserva su derecho a reclamar la indemnización por el retraso y por cualquier daño causado que la subsanación no resarza. Sin embargo, los derechos del acreedor que sean incompatibles con el cumplimiento de las obligaciones del deudor se suspenderán desde el momento de la notificación efectiva de la voluntad de subsanar hasta el vencimiento del plazo de subsanación.

4. La notificación de la resolución del contrato no afecta al derecho del deudor a la subsanación.

Art. 7.1.6: *Periodo suplementario para el cumplimiento*

1. En caso de incumplimiento, el acreedor podrá conceder al deudor, mediante notificación, un periodo suplementario para que cumpla sus obligaciones.

2. Durante el periodo suplementario, el acreedor podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones y reclamar el pago de daños y perjuicios, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio por incumplimiento, salvo que el deudor le comunique que no cumplirá dentro del periodo suplementario.

3. Si el retraso en la ejecución no constituye un incumplimiento esencial, el acreedor que ha notificado al deudor el otorgamiento de un periodo suplementario para el cumplimiento, de duración razonable, podrá resolver el contrato al final de dicho periodo. Un periodo suplementario de duración irrazonable se entenderá extendido a una duración razonable.

4. En todo caso, el acreedor podrá, en su notificación, disponer que el contrato quedará resuelto automáticamente si el deudor no cumple en el plazo fijado.

7.1.7: *Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad*

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera no puede ser invocada cuando sea manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato y las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento.

Artículo 7.1.8: *Fuerza mayor*

1. Una parte podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones cuando el cumplimiento resulte imposible por razones de fuerza mayor.

2. Se entenderá que existe fuerza mayor cuando la parte afectada acredite la concurrencia de un hecho:

a) ajeno a su responsabilidad y fuera de su control razonable, y

b) cuyo riesgo no ha asumido, y

c) que no podía razonablemente haberse previsto o tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, y

d) que imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones.

3. La parte que alegue cualquier hecho susceptible de hacer imposible el cumplimiento debe notificarlo a la otra parte por escrito a la mayor brevedad, acompañando pruebas fehacientes de tal hecho, y tomar todas las medidas razonables para limitar sus efectos sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si la notificación no llega a la otra parte en un plazo razonable a partir del momento en que la parte que lo invoque ha tenido o debería haber tenido conocimiento del impedimento, la parte destinataria de la notificación tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta o tardanza en la notificación.

4. El contrato se entenderá resuelto desde que se produjo la notificación, a menos que la otra parte manifieste su voluntad en sentido contrario en un plazo razonable. Si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido.

5. Si la imposibilidad de cumplimiento fuera temporal, la resolución del contrato únicamente se producirá si la demora en el cumplimiento priva sustancialmente a una de las partes de sus expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento una vez desaparecido el hecho impeditivo.

6. Si la imposibilidad de cumplimiento fuera parcial, la resolución del contrato únicamente se producirá si el cumplimiento parcial priva sustancialmente a una de las partes de sus

expectativas razonables. En otro caso, la parte que alegue los hechos impeditivos deberá proceder al cumplimiento parcial, con el correspondiente ajuste en la contraprestación de la otra parte.

Sección 2. Cumplimiento específico

Artículo 7.2.1. *Alcance del derecho al cumplimiento*

1. El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su objeto.

2. El derecho al cumplimiento comprende, en su caso, el derecho a la reparación o al reemplazo, así como a cualquier otro remedio para subsanar un cumplimiento defectuoso.

Artículo 7.2.2: *Cumplimiento de obligaciones no dinerarias*

El derecho al cumplimiento de una obligación no dineraria se exceptúa cuando:

a) el cumplimiento sea física o jurídicamente imposible; o

b) la prestación sea exclusivamente personal del deudor; o

c) el cumplimiento específico o, en su caso, las vías de ejecución requieran esfuerzos o gastos irrazonables; o

d) el acreedor, dadas las circunstancias, puede obtener satisfacción de forma más razonable; o

e) El acreedor no reclama el cumplimiento en un plazo razonable desde que conoció o debió conocer el incumplimiento.

Sección 3. Resolución

Artículo 7.3.1: *Derecho a resolver el contrato*

1. Una parte puede resolver el contrato en caso de incumplimiento esencial de la otra parte.

2. También puede resolver el contrato ante un incumplimiento no esencial por la otra parte, cuando transcurrido el periodo suplementario otorgado de acuerdo con el artículo 7.1.6, la otra parte no ha cumplido o reparado el incumplimiento, a menos que las consecuencias sean de importancia menor.

Artículo 7.3.2. *Incumplimiento anticipado e insuficiencia de garantías*

1. Si antes de la fecha de cumplimiento del contrato resulta patente y manifiesto que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

2. Cuando una parte tenga fundados motivos para creer que se producirá un incumplimiento esencial de la otra parte, puede conceder a esta un plazo razonable para que preste una garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, suspender su propia prestación. Si transcurrido el plazo esta garantía no es otorgada, tendrá derecho a resolver el contrato.

Artículo 7.3.3: *Ejercicio de la resolución*

1. Salvo estipulación en contrario, el derecho a resolver el contrato se ejercitará mediante notificación a la otra parte.

2. Cuando el acreedor ha otorgado un plazo suplementario de cumplimiento indicando, conforme al párrafo tercero del artículo 7.1.6, que el contrato se entenderá resuelto automáticamente si el deudor no cumple su obligación en el plazo otorgado, no será necesaria nueva notificación y el contrato quedará resuelto al finalizar el periodo suplementario o el tiempo razonable desde el momento de su notificación.

3. Cuando el ofrecimiento de cumplimiento es tardío o el cumplimiento no es conforme, el acreedor pierde su derecho a resolver si no lo ejercita en un plazo razonable desde que haya conocido o debido conocer el ofrecimiento o el cumplimiento no conforme, o en su caso desde la expiración del periodo suplementario para el cumplimiento.

Artículo 7.3.4: *Efectos de la resolución*

1. La resolución libera a las partes de sus obligaciones respectivas para el futuro.

2. La resolución no afectará a las estipulaciones relativas a la solución de controversias, ni cualesquiera otras que regulen los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.

3. Cada parte puede solicitar la restitución de su prestación, siempre que proceda simultáneamente a la restitución de la recibida. Si la restitución material de las prestaciones resulta imposible o irrazonable, la restitución tendrá lugar por equivalente. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo por fuerza mayor.

4. La parte obligada a la restitución tiene la obligación de devolver los beneficios percibidos de la cosa, y derecho a que le sean indemnizados los gastos necesarios o de conservación.

Artículo 7.3.5: *Compatibilidad con indemnización por daños*

La resolución no excluye el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios por incumplimiento si subsiste un daño. No obstante, la parte incumplidora no será responsable de las pérdidas que hubiese sufrido el acreedor en la medida en que este último hubiera podido reducirlas adoptando para ello las medidas razonables.

Sección 4. Indemnización por daños y perjuicios

Artículo 7.4.1: *Derecho a la indemnización por daños y perjuicios*

1. El acreedor tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, a no ser que el incumplimiento esté justificado de acuerdo con estos Principios.

2. Solo son resarcibles los daños, incluso futuros, que puedan establecerse con un grado razonable de certeza.

3. El acreedor tiene derecho a la reparación íntegra del daño. El daño incluirá las pérdidas efectivas sufridas y las ganancias razonables dejadas de obtener por el acreedor.

4.También será indemnizable el daño no material causado por el incumplimiento contractual, como el sufrimiento, la pérdida de disfrute o la angustia emocional.

Artículo 7.4.2: *Extensión del daño indemnizable*

El deudor responderá solamente por los daños previstos por las partes o por los que se hubieran podido razonablemente prever en el momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de la falta de cumplimiento.

Artículo 7.4.3: *Mitigación del daño*

1. El deudor no es responsable de los daños que el acreedor ha podido evitar o reducir adoptando las medidas razonables.

2. El acreedor tiene derecho al abono de los gastos razonables en que incurrió al intentar mitigar el daño, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.

Artículo 7.4.4: *Daño imputable al acreedor*

El deudor no es responsable de los daños sufridos por el acreedor en la medida en que la conducta de este ha contribuido al incumplimiento o a sus efectos.

Artículo 7.4.5: *Cálculo del daño*

1. Resuelto el contrato, el acreedor que ha concluido un negocio de reemplazo razonable, puede recuperar la diferencia entre el precio acordado en el contrato y el precio del negocio de reemplazo.

2. Resuelto el contrato, el acreedor que no concluye un negocio de reemplazo puede, si existe un precio corriente para la prestación convenida, recuperar la diferencia entre el precio contractual y el precio corriente en el momento de la resolución. Por precio corriente se entiende el precio generalmente establecido para una prestación realizada en circunstancias comparables en el lugar en que debía realizarse o, en defecto de precio corriente en dicho lugar, el precio corriente en otro lugar que quepa razonablemente considerar como lugar de referencia.

3. Lo establecido en los dos apartados anteriores debe entenderse sin perjuicio de la indemnización que corresponda a la parte perjudicada por otros daños adicionales, conforme a lo establecido en esta sección.

Artículo 7.4.6: *Daños por retraso en el cumplimiento de obligaciones dinerarias*

1. En defecto de pacto, el retraso en el cumplimiento de una obligación dineraria, concurra o no causa justificada, da derecho al acreedor a percibir intereses.

2. Los intereses se devengarán desde el momento de vencimiento de la obligación.

3. El acreedor podrá, además, reclamar por otros daños adicionales, si fueren indemnizables conforme a lo establecido en esta sección.

Artículo 7.4.7: *Cláusulas de liquidación de daños y perjuicios*

1.Cuando las partes han establecido que la parte que incumpla su obligación deberá pagar una suma de dinero determinada, el acreedor tendrá derecho a recibirla con independencia del daño que se le haya causado.

2. No obstante, incluso si se ha pactado lo contrario, la indemnización convenida podrá reducirse a una suma razonable si resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada en razón de las circunstancias.

CAPÍTULO 8

CESIÓN

Sección 1. Cesión de derechos

Artículo 8.1.1: *Ámbito de aplicación*

1. Mediante la cesión de derechos, el acreedor, denominado "cedente", transmite o provee como garantía a un tercero, denominado "cesionario", sus derechos en un contrato.

2. Esta sección no se aplica a:

a) las cesiones de derechos sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa;

b) las cesiones de instrumentos negociables o financieros y de títulos representativos de dominio.

Artículo 8.1.2: *Condiciones relativas a los derechos cedidos*

1. Pueden cederse los derechos al pago de una suma de dinero o al cumplimiento de una prestación no dineraria que reúnan las siguientes condiciones:

a) los derechos existen en el momento de la cesión o son derechos futuros identificables; y

b) los derechos están identificados individualmente o son identificables.

2. Podrá cederse total o parcialmente un derecho, y a favor de uno o varios cesionarios. La cesión parcial o a una pluralidad de cesionarios solo será válida si el derecho cedido es divisible.

Artículo 8.1.3: *Condiciones relativas a las partes*

1. La cesión requiere acuerdo entre cedente y cesionario.

2. Se precisará, además, el consentimiento del deudor si:

a) su obligación es de carácter personal; o

b) su obligación se hace más onerosa como consecuencia de la cesión; o

c) cedente y deudor habían acordado tal consentimiento o la prohibición de la cesión de derechos.

3. El consentimiento del deudor podrá prestarse expresa o tácitamente y previa, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.

Artículo 8.1.4: *Eficacia de la cesión*

1. La cesión produce efectos frente al deudor:

a) Desde que recibe la notificación de la cesión, si no se requería su consentimiento o este se ha prestado por adelantado.

b) Desde que presta su consentimiento, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.

2. Después de que la cesión produzca efectos, el deudor solo quedará liberado cumpliendo respecto del cesionario.

3. Cuando un cesionario cede sucesivamente el derecho a otro cesionario, el deudor se liberará de acuerdo con la última cesión que produjo efectos.

4. Cuando un mismo cedente cede el mismo derecho a dos o más cesionarios, el deudor se liberará de acuerdo con la primera cesión que produjo efectos.

Artículo 8.1.5: *Posición del deudor*

1. El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que tenía frente al cedente.

2. El deudor puede oponer al cesionario cualquier derecho de compensación disponible contra el cedente y originado antes de que la cesión produzca efectos.

3. El deudor debe ser compensado por los costes adicionales generados por la cesión. El cedente y el cesionario quedan obligados solidariamente a pagar estos costes.

Artículo 8.1.6: *Posición del cedente*

Salvo pacto en contra, el cedente garantiza frente al cesionario que:

a) el derecho existe o es un derecho futuro identificable, que puede cederse y que está libre de cualquier pretensión o derecho de tercero; y

b) está facultado para ceder el crédito, que el deudor no tiene excepción alguna y que no existe ni existirá derecho de compensación alguno con deudas del cedente.

Artículo 8.1.7: *Posición del cesionario*

1. El cesionario adquiere el derecho cedido, así como los derechos accesorios y las garantías.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior y salvo disposición en contra del garante, las garantías prestadas por terceros se extinguirán si:

a) la obligación del deudor se hace más onerosa como consecuencia de la cesión; o

b) acreedor y deudor habían pactado la prohibición de cesión de derechos; o

c) el garante había prestado su garantía con la condición de que el derecho no fuera cedido.

Sección 2. Cesión de obligaciones

Artículo 8.2.1: *Ámbito de aplicación*

1. La cesión de obligaciones se produce por acuerdo del deudor o del acreedor, denominados "cedentes", con un tercero, denominado "cesionario", que acepta cumplir la obligación contractual.

2. Esta sección no se aplica a las cesiones de obligaciones sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa.

Artículo 8.2.2: *Tipos de cesión*

1. Cedente y cesionario pueden pactar:

a) la liberación del deudor originario; o

b) una obligación subsidiaria de cumplimiento por el deudor originario, en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente; o

c) una obligación solidaria de cumplimiento por el deudor originario y el cesionario.

2. Podrán pactarse distintos tipos de cesión respecto de distintas obligaciones de un mismo contrato.

3. En defecto de pacto expreso o tácito sobre el tipo de cesión, el deudor originario y el cesionario serán responsables solidarios.

Artículo 8.2.3: *Condiciones relativas a las obligaciones cedidas*

1. Pueden cederse las obligaciones, ya sean de pago de una suma de dinero o de cumplimiento de una prestación no dineraria, que reúnan las siguientes condiciones:

a) las obligaciones existen en el momento de la cesión o son obligaciones futuras identificables; y

b) las obligaciones están identificadas individualmente o son identificables.

2. Podrá cederse total o parcialmente una obligación, y a favor de uno o varios cesionarios. La cesión parcial o a una pluralidad de cesionarios solo será posible si la obligación es divisible.

Artículo 8.2.4: *Condiciones relativas a las partes*

1. La cesión por parte del acreedor no requerirá el consentimiento del deudor, salvo que en el contrato:

a) se haya previsto tal consentimiento; o

b) se haya prohibido la cesión.

2. La cesión por parte del deudor requerirá el consentimiento del acreedor.

3. El consentimiento podrá prestarse de forma expresa o tácita, y previa, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.

4. En defecto de consentimiento, el deudor originario continuará obligado frente al acreedor. El eventual cumplimiento por el cesionario se regirá por las normas aplicables al cumplimiento por un tercero contenidas en el art 6.1.6 de estos Principios.

Artículo 8.2.5: *Liberación del deudor originario*

1. En caso de liberación del deudor originario, sus excepciones frente al acreedor podrán ser alegadas por el cesionario.

2. Las excepciones del cesionario frente al deudor originario no podrán ser alegadas contra el acreedor.

3. Los créditos del cesionario pueden compensarse con los del acreedor. Sin embargo, los créditos del deudor originario no serán objeto de compensación, tras su liberación.

4. La liberación del deudor originario extingue las garantías previstas para el cumplimiento, salvo disposición en contra del garante.

Artículo 8.2.6: *Obligación subsidiaria del deudor originario*

1. Cuando el deudor originario quede obligado subsidiariamente, el cesionario tendrá los derechos y obligaciones previstos en el artículo anterior.

2. El deudor originario, cuando sea requerido subsidiariamente, podrá alegar la compensación de sus propios créditos.

3. Las garantías establecidas antes de la cesión asegurarán el cumplimiento subsidiario del deudor originario.

Artículo 8.2.7: *Obligación solidaria entre deudor y cesionario*

1. Cuando el deudor originario quede obligado solidariamente, el derecho del cesionario a oponer las excepciones del deudor originario, el derecho de compensación y los efectos en las garantías se regirán por las reglas sobre obligaciones solidarias.

2. Las excepciones del cesionario frente al deudor cedente serán oponibles al acreedor de conformidad con las reglas sobre pactos a favor de terceros. El cesionario será considerado promitente, el deudor originario, estipulante, y el acreedor, beneficiario.

Sección 3. Cesión del contrato

Artículo 8.3.1: *Ámbito de aplicación*

1. Mediante la cesión del contrato, uno de los contratantes, denominado “cedente”, transmite a un tercero, denominado “cesionario”, sus derechos y obligaciones en un contrato respecto del otro contratante, denominado “contraparte”.

2. Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales sobre transferencia conjunta de una empresa.

Artículo 8.3.2: *Condiciones relativas a las partes*

1. La cesión requerirá el consentimiento de la contraparte.
2. Este consentimiento podrá prestarse expresa o tácitamente y previa, simultánea o posteriormente a la celebración del acuerdo de cesión.

Artículo 8.3.3: *Eficacia de la cesión*

1. La cesión producirá efectos frente a la contraparte:

a) Desde que presta su consentimiento, si es simultáneo o posterior a la celebración del acuerdo de cesión.

b) Desde que recibe notificación del acuerdo o puede conocer su vigencia, si ha consentido por anticipado.

2. Después de que la cesión produzca efectos, la contraparte solo quedará liberada de sus obligaciones cumpliendo respecto del cesionario.

3. Cuando un cesionario cede sucesivamente el contrato a otro cesionario, la contraparte se liberará cumpliendo de acuerdo con la última cesión que produjo efectos.

Artículo 8.3.4: *Régimen de la cesión*

1. En la medida en que la cesión del contrato implique la transmisión de derechos, se aplicará la sección 1 de este capítulo.

2. En la medida en que la cesión del contrato implique la transmisión de obligaciones, se aplicará la sección 2 de este capítulo.

CAPÍTULO 9

PRESCRIPCIÓN

Artículo 9.1. *Derechos y acciones susceptibles de prescripción*

Salvo que se disponga otra cosa, los derechos y acciones derivados de los contratos se extinguen por prescripción al vencimiento de un plazo determinado de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones siguientes.

Artículo 9.2: *Plazos de prescripción*

1. El plazo general de prescripción será de tres años, contados a partir del momento en el que la parte conoció o debió razonablemente haber conocido los hechos a partir de los cuales pueda ejercer su derecho.

2. Las partes pueden acordar una reducción o una prolongación de los plazos de la prescripción, con un mínimo de un año y un máximo de diez años.

3. El plazo máximo de prescripción será de quince años contados a partir del momento en que el derecho pudo ser ejercitado, con independencia del conocimiento de los hechos que permiten ejercerlo, de los acuerdos de las partes, o de la concurrencia de causas de suspensión.

Artículo 9.3: *Suspensión de la prescripción*

1. El plazo de prescripción, general o voluntario, se suspenderá por la apertura de un procedimiento judicial, arbitral, de mediación o de cualquier otra clase, que se inicie con objeto de tomar una decisión respecto al derecho, así como por el inicio de un procedimiento de insolvencia o de disolución de la entidad deudora, en los que el titular ejerza su derecho. La suspensión se prolongará hasta que recaiga una sentencia definitiva o hasta la conclusión del procedimiento.

2. La muerte o incapacidad de cualquiera de la partes del contrato, así como la concurrencia de circunstancias razonablemente imprevisibles e inevitables que hayan impedido ejercer el derecho, son causas de suspensión del plazo de prescripción hasta la designación de sucesor o representante o hasta que el impedimento haya dejado de existir.

3. El inicio por las partes de un proceso de negociación sobre el derecho o sobre las circunstancias por las cuales podría reclamarse el derecho suspenderá el plazo de prescripción hasta que hayan transcurrido seis meses desde la última comunicación realizada dentro del proceso de negociación o desde que una de las partes comunicara a la otra que no desea proseguir las negociaciones.

4. La suspensión de la prescripción detiene temporalmente su curso sin eliminar el plazo ya transcurrido.

Artículo 9.4: *Nuevo plazo de prescripción por reconocimiento*

1. En caso de reconocimiento del derecho del acreedor por el deudor, un nuevo plazo de prescripción se iniciará al día siguiente del reconocimiento.

2. El reconocimiento resulta, en particular, del cumplimiento total o parcial de la obligación en cuestión, del pago de intereses, de la provisión de una garantía o de la oposición de la compensación.

3. El reconocimiento elimina el plazo de prescripción adquirido y da lugar al inicio de un nuevo plazo de la misma duración que el anterior.

4. El plazo máximo de prescripción no se renovará por el reconocimiento ni podrá ser superado por el comienzo del nuevo plazo general o voluntario.

Artículo 9.5: *Efectos de la prescripción*

1. Vencido el plazo, la parte del contrato beneficiada por la prescripción deberá invocarla para que tenga efecto frente a quien hace valer su derecho.

2. Lo ejecutado en cumplimiento de la obligación no podrá reclamarse por el mero hecho de haber expirado el plazo de prescripción en el momento del cumplimiento, aunque se ignorase esta circunstancia.

Artículo 9.6: *Renuncia a la prescripción*

1. Solo vencido el plazo de prescripción podrá renunciarse a la prescripción consumada.

2. La renuncia anticipada a la prescripción produce los efectos del reconocimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 9.4.