

EL CUMPLIMIENTO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LOS PRINCIPIOS OHADAC SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

María Luisa Palazón Garrido

(Profesora de Derecho civil de la Universidad de Granada)

El objeto de esta ponencia es trazar las líneas que presiden la regulación del cumplimiento y el incumplimiento del contrato, contenidas, respectivamente, en los capítulos 6º y 7º de los Principios OHADAC. En primer lugar me referiré brevemente a algunas cuestiones relativas al cumplimiento del contrato, y a continuación expondré el régimen general del incumplimiento y el cuadro de remedios.

En sede de cumplimiento, destacamos la norma que, en consonancia con los textos internacionales de armonización del Derecho contractual, reconoce como principio la posibilidad de cumplimiento anticipado, siempre que no perjudique al acreedor o vulnere sus intereses legítimos, en cuyo caso podrá aquel rechazarlo (art. 6.1.3).

También en la misma línea en los textos de referencia (a excepción de los PU), el art. 6.1.6 condiciona la posibilidad de cumplimiento por tercero al consentimiento explícito o tácito del deudor. La solución es, pues, más limitada que la de los sistemas romano-germánicos que suelen permitir el pago por tercero sin conocimiento del deudor, e incluso contra su voluntad. No obstante, la opción se justifica porque el consentimiento es una exigencia característica de los sistemas de *common law* y redundante a favor de la seguridad jurídica y de la autonomía de la voluntad de las partes que se han sometido a los Principios.

Los Principios consagran el canon del cumplimiento íntegro, de manera que el cumplimiento parcial implicará incumplimiento. Pero, se flexibiliza la rigidez del criterio, admitiéndose el pago parcial cuando el acreedor carezca de interés legítimo para rechazarlo (art. 6.1.5). La solución propuesta responde a los resultados esenciales de una aproximación comparativa a los sistemas jurídicos caribeños.

Más difícil ha sido, sin embargo, la formulación de la norma relativa a la negativa a recibir el cumplimiento por el acreedor. La regla general es clara: incumple el contrato la parte que se niega a recibir u obstaculiza el cumplimiento de la ejecución de la contraprestación. Ahora bien, los problemas surgen a la hora de disciplinar la posibilidad del deudor de liberarse de su obligación ante esta *mora credendi*. En la mayoría de los sistemas romano-germánicos se contempla el ofrecimiento de pago y/o consignación como subrogado del cumplimiento en estos casos; sin embargo, en los países de *common Law* la consignación sólo es posible si ha habido reclamación judicial y, además, si la obligación es no dineraria se impone el deber de mitigar el daño mediante la conservación o enajenación de los bienes. Por consiguiente, dada la variedad existente en el análisis comparativo, la solución adoptada en los Principios es conscientemente abierta. Así, para las obligaciones no dinerarias, el deudor deberá adoptar las medidas razonables para mitigar las consecuencias del incumplimiento del acreedor, siendo posible acudir a la consignación, tanto en estas obligaciones como en las pecuniarias, si es una fórmula de liberación en el sistema jurídico del lugar de cumplimiento. De esta forma, la regla se acomoda 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.

La sección segunda del capítulo 6º incorpora sin pretensión exhaustiva la regulación de la compensación. Las normas propuestas se inspiran en la aproximación comparada de los sistemas jurídicos presentes, superando la brecha entre la familia jurídica romano-germánica, en la que la compensación tiene naturaleza material, y los sistemas de *common Law*, donde se concibe con naturaleza estrictamente procesal.

Para que las obligaciones sean compensables en los Principios OHADAC, deben ser recíprocas, homogéneas (sean de dinero u objetos fungibles de la misma especie o calidad); vencidas y exigibles, y de cuantía determinada, salvo que la falta de determinación no perjudique los intereses del acreedor.

En el debate entre si la compensación debe ser automática y con efectos retroactivos o, por el contrario, debe ser irretroactiva, se ha considerado que la mejor solución,

desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es la compensación con efectos *ex nunc* tras la correspondiente notificación de una parte a la otra.

Pero las normas más interesantes de este capítulo 6º se encuentran sin duda en la sección 3ª, dedicada a la reglamentación de la excesiva onerosidad y la frustración del contrato.

Las reglas sobre el *hardship* tratan de regular la incidencia sobre el cumplimiento del contrato de los acontecimientos imprevistos que hacen devenir la obligación excesivamente onerosa para uno de los contratantes. Pese a no ser una institución reconocida en buena parte de los países que conforman OHADAC, se ha considerado necesaria la formulación de una norma sobre el *hardship*, que resulta particularmente conveniente para los contratos internacionales de tracto sucesivo de larga duración y también para los de ejecución diferida a largo plazo.

Según la norma propuesta en el art. 6.3.1, el presupuesto del *hardship* consiste en la concurrencia de un hecho razonablemente imprevisible para las partes en el momento de la celebración del contrato (sin necesidad de que sea posterior a este) y ajeno a su control, que incide sobre el contrato alterando su equilibrio (no haciendo la prestación imposible como ocurre en los casos de fuerza mayor), siempre que el riesgo del hecho no haya sido asumido por la parte que la alega.

En cuanto a sus efectos, la excesiva onerosidad proporciona a las partes el 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. En aras del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, se ha preferido no contemplar la obligación de renegociar el contrato, y tampoco la adaptación o revisión judicial del contrato, que sería fuente de inseguridad jurídica en las transacciones comerciales internacionales. No obstante, las partes, si así lo desean, podrán introducir en el contrato una cláusula de *hardship* imponiendo la renegociación y/o la adaptación del contrato por tercero.

Finalmente, el art. 6.3.2 contempla este mismo derecho de resolución cuando la circunstancia ajena e imprevisible produzca la frustración del propósito o finalidad del contrato.

El capítulo 7º de los Principios OHADAC contiene la regulación del incumplimiento del contrato y del sistema de remedios que configuran la responsabilidad contractual, que constituye una materia clave en el Derecho de contratos de todos los sistemas jurídicos.

El incumplimiento se configura en los Principios de acuerdo a dos características fundamentales: su carácter unitario y su carácter objetivo. Conforme al primero, hay incumplimiento en todos los supuestos de falta de ejecución por una de las partes de las obligaciones que le incumben. Y el carácter objetivo o neutro supone que existe 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 la culpa). La concurrencia de la fuerza mayor sólo determinará la no disponibilidad de alguno de los remedios (en concreto, el indemnizatorio), pero no conlleva la inexistencia del incumplimiento, pues realmente se ha producido una lesión del derecho de crédito, aunque la lesión esté cubierta por una causa de justificación.

La fuerza mayor se disciplina en el art. 7.1.8 incorporando las condiciones generalmente exigidas en los sistemas del territorio OHADAC 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 cuyo riesgo no ha asumido.
- En segundo lugar, debe tratarse de un acontecimiento que las partes no pudieron razonablemente prever en el momento de contratar, sin necesidad de que sea posterior o sobrevenido al contrato (igual que en la regla de *hardship*).
- Y finalmente, el hecho debe imposibilitar el cumplimiento de la obligación.

La concurrencia de estos elementos determina, como hemos dicho, la improcedencia del remedio indemnizatorio, pero también la resolución *ipso iure* del contrato desde que se produce la notificación del hecho impeditivo por la parte afectada. A pesar de no ser la resolución automática un efecto consustancial a la fuerza mayor en todos los sistemas, se ha preferido optar por ella en los Principios, aunque se concede a la otra parte el derecho a conservar el contrato si así lo manifiesta en plazo razonable.

El art. 7.1.5 de los Principios contempla el derecho del deudor a subsanar el incumplimiento. Se trata de una institución que no se regula expresamente en todos los ordenamientos que conforman OHADAC, pero tampoco es absolutamente ajena a ellos, y resulta adecuada en las relaciones comerciales con vistas a la conservación del contrato y la atenuación de los daños causados por el incumplimiento. No obstante, el derecho no es ilimitado, sino que podrá el acreedor rechazar la subsanación si concurre interés legítimo.

La opción por un concepto unitario de incumplimiento permite presentar en los Principios un cuadro armónico de remedios, que está constituido por los siguientes derechos: la suspensión del cumplimiento (art. 7.1.4); la pretensión de cumplimiento (sección 2ª); la resolución del contrato (sección 3ª); y la indemnización de daños y perjuicios (sección 4ª). El punto de partida de la aplicación de todos estos remedios es el incumplimiento de una parte contratante, si bien en ocasiones la disponibilidad de alguno de ellos exige requisitos específicos. Así, por ejemplo, para poder acudir directamente a la resolución, deberá existir incumplimiento esencial conforme al art. 7.1.2.

Los remedios son acumulables mientras no sean incompatibles [art. 7.1.3 (2)]. 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). Además, los Principios OHADAC facultan el *ius variandi* entre remedios, siempre que no se ejercite de modo extemporáneo ni cause perjuicio al deudor. En concreto, se permite el cambio desde la medida del cumplimiento específico a la resolución del contrato, si mediante el primero el acreedor no hubiera obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho [art. 7.1.3 (3)].

El art. 7.1.4 de los Principios recoge el derecho a la suspensión del cumplimiento, herencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, y que está reconocido en uno u otro modo en todos los territorios OHADAC. Se trata de un remedio defensivo típico de las obligaciones recíprocas, que permite a una de las partes negarse legítimamente a la realización de la prestación que le incumbe, en tanto la otra no cumpla o se allane a cumplir la contraprestación a la que está obligado.

El precepto disciplina el remedio distinguiendo según que la prestación del acreedor deba realizarse de forma simultánea o posterior a la del deudor (primero y segundo párrafo), y en el último párrafo se permite también la suspensión ante un incumplimiento previsible. Estamos ante una medida menos drástica que la resolución, y cuya finalidad es presionar al deudor para que cumpla. Por ello, para que la parte perjudicada por el incumplimiento pueda hacer uso de este remedio, no se requiere que el incumplimiento sea esencial. Antes bien, el ámbito lógico de aplicación del derecho a la suspensión del propio cumplimiento será aquel en que exista lesión del derecho de crédito, pero la prestación continúa siendo útil a los intereses del acreedor; ya que si no lo es, este acudiría al remedio resolutorio.

En la regulación del cumplimiento específico en los Principios se ha llegado a una solución de compromiso que ha permitido superar la brecha existente en la materia entre los sistemas de *civil Law* y *common Law*. Como regla general se otorga el remedio frente al incumplimiento de toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su objeto (art. 7.2.1.), aunque el debido respeto a la tradición anglosajona ha aconsejado introducir excepciones a la pretensión de cumplimiento de obligaciones no dinerarias (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 debe conocer límites.

Las dos primeras excepciones a la pretensión de cumplimiento son generalmente comunes a todos los sistemas OHADAC: la imposibilidad física o jurídica del cumplimiento y los casos en que la prestación consiste en un hacer personalísimo del deudor. Los dos siguientes límites enlazan con el Derecho anglosajón y se fundamentan en la irrazonabilidad de la pretensión: no resulta razonable exigir el cumplimiento si supone para el deudor un esfuerzo o gasto excesivo, en relación con las ventajas que de ello obtiene la parte perjudicada; o si esta puede obtener fácilmente una operación de reemplazo suficientemente satisfactoria. Y la última excepción, también procedente del *common Law*, impone un límite indirecto a la pretensión de cumplimiento sobre la base del ejercicio tempestivo. Así, la parte

perjudicada pierde el derecho si no lo reclama dentro de un plazo razonable desde que conoció o debió conocer del incumplimiento.

La pretensión de cumplimiento abarca la corrección o el reemplazo de la prestación, cuando esta no sea conforme al programa obligacional acordado [art. 7.2.1 (2), casos de cumplimiento defectuoso o cumplimiento parcial].

El remedio resolutorio se regula en los Principios OHADAC según la línea de inspiración de los textos de Derecho uniforme, combinando los requisitos del incumplimiento esencial y la técnica alemana del *Nachfrist*. Esta solución, si bien no está recogida en algunos Derechos nacionales, no les resulta absolutamente extraña.

Así pues, el art. 7.3.1 concede la facultad de resolver al contratante insatisfecho ante cualquier incumplimiento (incluyendo el retraso y el cumplimiento defectuoso), pero con distinto procedimiento según concurra o no incumplimiento esencial. 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 conceder un período 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), aquel no podrá acudir al remedio resolutorio sin conceder al deudor un plazo adicional razonable, a fin de otorgarle una última oportunidad para cumplir. Transcurrido infructuosamente el período suplementario regulado en el art. 7.1.6 de los Principios OHADAC, el acreedor podrá resolver el contrato.

No obstante, el precepto 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 dispone que no podrá ejercitarse el remedio resolutorio cuando el incumplimiento es de naturaleza menor.

En cuanto al ejercicio del remedio, la propuesta adopta un sistema de resolución extrajudicial por simple notificación a la parte incumplidora (art. 7.3.3). Este es el modelo al que actualmente se está convergiendo en el Derecho comparado, y presenta ventajas evidentes desde el punto de vista práctico frente a la resolución

judicial imperante en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista. No sólo se trata de un modelo más flexible, eficaz y económico, sino que además elimina la incertidumbre que planea sobre el contrato durante el tiempo que dura un proceso judicial, favoreciendo la celeridad del tráfico. Ello no quiere decir que las partes puedan desvincularse del contrato sin control, ya que la concurrencia de los requisitos necesarios para la resolución puede ser contestada por la otra parte, quedando abierta la vía del litigio o el arbitraje en caso de desacuerdo.

La fijación del plazo adicional debe ir acompañada de una invitación al cumplimiento. Por esta razón, en caso de resolución por transcurso del plazo de adicional, normalmente el acreedor emitirá dos notificaciones a la otra parte, la primera fijando el nuevo término de gracia y la otra declarando la resolución. No obstante, se admite que el acreedor, en una sola notificación conceda el nuevo plazo y declare que si el deudor no cumple dentro de él, el contrato quedará automáticamente resuelto a su expiración [art. 7.1.6(4) y art. 7.3.3(2) Principios OHADAC].

Por cuanto respecta a los efectos de la resolución, se ha optado por la irretroactividad en el efecto liberatorio: la resolución solo libera a las partes de sus obligaciones futuras, sin afectar a las obligaciones cumplidas ni a las vencidas y exigibles antes de la terminación del contrato, como tampoco a las cláusulas contractuales que no conciernen directamente al objeto de las prestaciones [art. 7.3.4 (1) y (2)].

Y para el efecto restitutorio de la resolución, se opta por la retroactividad limitada, con vistas únicamente a la liquidación de la situación existente entre las partes como consecuencia del incumplimiento. En la regla sugerida en los 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 también recuperarlo. No obstante, en este último supuesto, siendo imposible la recuperación *in natura* del bien entregado, la restitución tendrá lugar por equivalente. Esta procede también cuando la devolución no resulta razonable por implicar una excesiva dificultad o un coste económico desproporcionado [art. 7.3.4 (3)].

Por último, para la liquidación del estado posesorio del deudor de la restitución se opta por dispensarle un tratamiento intermedio entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. Así, deberá devolver, ya sea *in natura* o por equivalente, los frutos y beneficios percibidos de la cosa, pero no los que hubiera debido percibir; y tendrá derecho a que se le sean abonados los gastos en que haya incurrido para la conservación del bien [art. 7.3.4 (4)].

La regulación se completa con la concesión del remedio resolutorio ante un incumplimiento esencial anticipado (incumplimiento futuro evidente), y por insuficiencia de garantías razonables de cumplimiento (art. 7.3.2).

La sección 4ª aborda el remedio indemnizatorio, materia donde existe una confluencia práctica en lo fundamental entre las distintas tradiciones presentes en el territorio caribeño.

De acuerdo con la adopción de un concepto de incumplimiento de carácter objetivo, en la regulación del remedio 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 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).

Asimismo, en la regla propuesta se elimina también el requisito de la constitución en mora para que nazca el deber de indemnizar. A pesar de que un gran número de ordenamientos del área caribeña condicionan la indemnizabilidad en el cumplimiento retrasado a que el deudor haya sido intimado, la opción de los Principios está fundamentada en razones de rapidez, economía y seguridad, propias del tráfico comercial, amén de que la mora es una institución que choca frontalmente con las concepciones jurídicas anglosajonas.

El eje del cálculo de la indemnización es el principio de reparación integral. En aras de este, se prevé que el resarcimiento comprenderá el daño emergente, aun futuro y el lucro cesante y también, en su caso, el daño económico o moral, siempre que puedan establecerse con un grado razonable de certeza [art. 7.4.1 (2), (3) y (4)].

Normalmente se considera que la forma más apropiada de dar respuesta a este principio es la indemnizabilidad del interés positivo o de cumplimiento, y así lo establecen la mayoría de los ordenamientos. No obstante, en ocasiones será difícil de calcular y de conceder, por ello se ha preferido no imponerlo en los Principios, y se adopta una regla abierta que permita al contratante perjudicado (o al juez o árbitro) establecer un cálculo de los daños adecuado a las circunstancias.

Precisamente para facilitar el cálculo del daño cuando ha habido resolución del contrato, los Principios han consagrado positivamente las reglas del cálculo concreto (sobre la base de una operación sustitutiva realizada en tiempo y forma) y cálculo abstracto (atendiendo al precio de mercado). Estos patrones de cálculo no se recogen expresamente en todos los ordenamientos presentes en el área caribeña, aunque sí en algunos de ellos y en el Derecho uniforme. En los Principios OHADAC se confiere a estas reglas un carácter meramente probatorio. Se trata de aligerar la carga de la prueba que pesa sobre el acreedor a la hora de valorar el daño, no de limitar el *quantum* de la indemnización, ya que la parte perjudicada puede recuperar otros daños adicionales (art. 7.4.5).

Tratándose de retraso en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, el art. 7.4.6 confiere a la parte perjudicada el derecho a los intereses acordados en el contrato desde el momento del vencimiento de la obligación. Este derecho al interés no es propiamente una indemnización de daños, de ahí que no se le apliquen las reglas de esta. El interés es el producto o fruto del dinero, por eso la parte incumplidora está obligada a su pago aunque el incumplimiento esté justificado y no necesita prueba de daños. Por ello también, la parte perjudicada podrá reclamar el resarcimiento por otros daños adicionales, siempre que sean indemnizables conforme a los Principios.

En cuanto a la extensión del daño indemnizable, el art. 7.4.2 de los Principios 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 ende, la regla se refiere a ambas partes (no sólo a la que debe indemnizar) y se conecta la previsión o previsibilidad del daño al momento de la perfección del contrato. De este modo, la parte incumplidora será responsable de los daños que sean consecuencia probable de su incumplimiento según el curso normal de las cosas, y que

estén comprendidos en el ámbito del acuerdo de voluntad, porque se previeron como riesgos cubiertos o pudieron razonablemente preverse, según las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de contratar.

Como límites al remedio indemnizatorio se contemplan dos: el deber de mitigar el daño (art. 7.4.3) y la negligencia coadyuvante (art. 7.4.4). Ambos son límites que pueden relacionarse con la causalidad: el deudor sólo deberá responder de los daños que efectivamente ha causado, y no de los que se deban a la propia conducta de la víctima, propiciadora o agravadora del perjuicio.

La mitigación del daño constituye un principio fundamental en el Derecho de *cuñ* anglosajón, y aunque no se recoge expresamente en los códigos civiles caribeños de tradición romano-germánica, puede fundamentarse en la buena fe contractual. El deber de mitigar supone que la parte perjudicada no tiene derecho a ser resarcida por aquellos daños que podría (y debería) haber evitado o reducido adoptando las medidas razonables adecuadas a las circunstancias.

Por su parte, el segundo límite conlleva la exclusión o minoración de la responsabilidad, dependiendo del grado de intervención de la conducta de la parte perjudicada en el incumplimiento o causación del daño. Su desenvolvimiento en el ámbito contractual ha sido mayor en los estados de tradición romano-germánica, ya que en el *common Law* el sólido desarrollo jurisprudencial de la doctrina de la mitigación permite resolver satisfactoriamente la mayoría de los casos.

Finalmente, se ha creído oportuno reglamentar en los Principios las cláusulas penales (art. 7.4.7), permitiendo las de liquidación previa o preestimación de daños, y no la llamada pena cumulativa, que supondría un fuerte choque con la tradición anglosajona. Pero se sanciona con carácter imperativo la potestad moderadora de las indemnizaciones convenidas, a fin de posibilitar el control de las estipulaciones irrazonables y manifiestamente abusivas (art. 7.4.7).