

## LOS OBJETIVOS DE LOS PRINCIPIOS OHADAC SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: FORMACIÓN, VALIDEZ E INTERPRETACIÓN

Sixto A. Sánchez Lorenzo

(Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada)

La unificación del Derecho contractual es necesaria 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. 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.

Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales responden a un modelo de *soft law* de carácter opcional. En el Preámbulo del borrador proyectado este carácter se expresa en los tres primeros apartados, que establecen claramente que los Principios solo resultan aplicables cuando son elegidos por las partes (*opting in*). Dicha elección puede ser meramente parcial y, además, las cláusulas contractuales

prevalecen sobre los Principios cuando resulten contradictorios, de forma que estos actúan como condiciones generales frente a las negociadas individualmente.

Teniendo en cuenta que el objeto de los Principios son los contratos que reúnen la doble condición de ser comerciales e internacionales, se comprende que el respecto a la autonomía de la voluntad de las partes no solo informa el carácter opcional y el sistema de opción de los principios, sino que justifica asimismo otros extremos. Por un lado, la imperatividad de los Principios se encuentra reducida a la mínima expresión requerida por criterios de orden público internacional. En segundo lugar, la autonomía de la voluntad refuerza asimismo los valores de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de las partes en las transacciones internacionales. Sobre los acuerdos contractuales no pesa la espada de Damocles, típica en los sistemas romano-germánicos, de imponer obligaciones genéricas requeridas por la buena fe, la lealtad o la equidad. Estas cláusulas generales, como el abuso del derecho, no se contemplan como principios reguladores ni interpretativos de alcance general. Se ha preferido, al contrario, recurrir a criterios más objetivos, como la razonabilidad o el sentido común comercial, a la hora de establecer reglas de integración del contrato. Como se especifica en los comentarios de los mismos Principios (por ejemplo al art. 4.2.1 sobre integración del contrato), esta ausencia de cláusulas generales no significa que, en determinados casos, no puedan objetivarse ciertas exigencias características de la buena fe o de la equidad, pero su alcance no llega a derogar o corregir la voluntad de las partes claramente establecida en el contrato). Por último, la previsibilidad y la eficacia de los acuerdos informa todo el régimen de cesión del contrato y relaciones con terceros, como se aprecia en el proyectado art. 5.2.1, que reconoce los efectos de las estipulaciones a favor de tercero, pero restringe estrictamente los derechos del beneficiario a lo acordado por las partes.

Por otra parte, y a diferencia, por ejemplo, de los propósitos explícitos en los Principios UNIDROIT, los Principios OHADAC en ningún momento pretenden erigirse como una Ley Modelo. Las Leyes Modelo tienen como finalidad informar o inspirar la reforma de los Derechos nacionales, que en realidad pueden obedecer, en materia contractual, a necesidades y criterios de política legislativa interna. Semejante pretensión implica un objetivo invasivo que genera razonables reservas por las consecuencias que supone

desde el punto de vista cultural. Al contrario, los Principios OHADAC no se plantean la pretensión, que sería vana, de aproximar o uniformar el Derecho contractual del *common law* y de los sistemas romano-germánicos, que permanecen intactos, sino de brindar a las partes contratantes un régimen jurídico alternativo, de carácter puramente facultativo.

Tampoco los Principios OHADAC, a diferencia de los Principios UNIDROIT u otros textos internacionales de armonización, pretenden justificarse como una suerte de *ratio scripta*, síntesis de la *lex mercatoria* o de los principios generales del comercio internacional, que lleva incluso a postularse en el caso de los Principios UNIDROIT como ley razonablemente aplicable en defecto de elección por las partes de una *lex contractus*. En realidad, la pretensión de presentar tales textos como una manifestación de la *lex mercatoria* no supera el test más elemental.

Obviamente, 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, culturalmente neutrales si se quiere. 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.

En efecto, 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. Los Principios OHADAC tratan de reforzar la seguridad jurídica y la convergencia entre sistemas para facilitar su elección y eficacia práctica.

\* \* \* \* \*

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.

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.

La neutralidad debe presidir asimismo la interpretación de los Principios OHADAC. Aunque los preceptos están redactados en un lenguaje asimismo neutral y directo, y los comentarios forman parte de las reglas, facilitando su aplicación, es inevitable que puedan producirse dudas interpretativas. El apartado V del Preámbulo contiene una regla de interpretación 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 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. 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.

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. 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 vengán 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.

Los Principios OHADAC no son, pues, una alternativa excluyente de la *lex contractus*. No funcionan necesariamente como ley aplicable al contrato, aun cuando las partes los hayan escogido expresamente. 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.

Se entiende pues, que en los comentarios al primer apartado del Preámbulo, los Principios OHADAC recomienden 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. Los Principios OHADAC son conscientes de la función restrictiva que pueden desempeñar las leyes de policía u orden público internacional, no solo de la ley nacional aplicable al contrato, sino también de la ley del foro, de la ley del país de ejecución del contrato o de cualquiera otra que presente un vínculo estrecho. Este principio general, que aparece recogido en el apartado III del Preámbulo, se traduce, por ejemplo, en la exclusión de la ilicitud o ilegalidad del contrato (artículo 3.3.1), que responde a este principio general.

Por otra parte, los Derechos nacionales, al igual que ocurre en los Principios UNIDROIT, despliegan asimismo una función auxiliar para la aplicación de determinadas reglas específicas de los Principios OHADAC. Un buen ejemplo aparece recogido en el proyectado artículo 6.1.10 en los casos de negativa a recibir el pago o entrega de los bienes. Dicho precepto contempla la posibilidad de consignación del pago o de los bienes, lógicamente siempre que esté permitido, respectivamente, por la ley nacional del lugar de pago o de entrega. Otro buen ejemplo tiene que ver con la interpretación de la revocabilidad de la oferta cuando el oferente fija un plazo concreto de aceptación, en cuyo caso los comentarios al artículo 2.1.5 especifican que “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”.

Por último, conviene recordar que los Principios OHADAC (apartado IV del Preámbulo) contienen asimismo una cláusula de compatibilidad con los usos comerciales, si bien habrán de prevalecer en todo caso, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las cláusulas contractuales particulares que exceptúen dichos usos comerciales. La sujeción genérica a los Principios OHADAC no debe suponer, sin embargo, una inaplicación radical de tales usos, especialmente cuando por su alcance general o su especialidad resulten razonablemente aplicables al contrato litigioso.

\* \* \* \* \*

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.

Como ya se ha puesto de manifiesto, al igual que los Principios UNIDROIT, los Principios OHADAC se circunscriben a los contratos comerciales, con exclusión de los contratos celebrados por consumidores y, con carácter general, de aquellos contratos celebrados 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.

Uno de los problemas insolubles de la unificación del Derecho privado en Europa ha sido el vano empeño de unificar en un solo régimen dos ámbitos contractuales que responden a lógicas muy dispares. Semejante lastre es una de las causas del fracaso de ese proceso de armonización regional, que pone más la vista en la armonización y unificación de los Derechos nacionales que, en realidad, en la finalidad de facilitar el régimen de intercambios comerciales internacionales. Los Principios OHADAC

responden más claramente a la lógica del comercio internacional. Y esa lógica más coherente permite reglas más acrisoladas. Así, la eliminación de la causa o la *consideration* como condición de validez del contrato (proyectado artículo 3.1.1) no resulta problemática en el ámbito de los contratos comerciales, sobre todo si se tiene presente la vinculación de ambas doctrinas con el régimen de donaciones y contratos gratuitos. Del mismo modo, por ejemplo, el hecho de que en caso de pluralidad de deudores se establezca la presunción de solidaridad (proyectado artículo 4.4.2) es coherente con un principio extendido en los contratos comerciales, que sin embargo es sustituido por la presunción contraria en muchos sistemas jurídicos cuando no se trata de contratos comerciales.

Un segundo adjetivo tiene que ver con la “internacionalidad” de los contratos. Esta característica entronca con lo dicho acerca de la finalidad de los Principios, ajena su eventual valor como Ley Modelo. Se parte de la base que los contratos internacionales responden a una lógica y a un escenario sustancialmente diferente al de los contratos internos. La eficiencia es un valor predominante en los primeros, en tanto que en los segundos pueden concurrir valores de política legislativa singulares. Del mismo modo, los límites axiológicos y culturales funcionan de distinta forma, más enfática en los contratos internos, y más atenuada en los contratos internacionales. Dicho en términos gráficos, nada impide que la concurrencia de causa lícita sea un requisito de validez de los contratos internos y desaparezca en los contratos internacionales, o que la resolución judicial sea la regla en los primeros, mientras que la extrajudicial lo sea en los segundos.

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 205.2º *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 estructuran en 9 capítulos, precedidos por una Introducción y un Preámbulo.

El Capítulo primero, de carácter eminentemente programático, recoge los principios generales sobre libertad de contratación y carácter obligatorio del contrato, así como las reglas generales relativas la forma y efectos de declaraciones y notificaciones y el cómputo de plazos.

El Capítulo segundo, sobre formación del contrato, incorpora tres secciones, dedicadas respectivamente al régimen de la oferta y la aceptación, el momento y lugar de la perfección del contrato, y a la representación.

La validez del contrato es objeto del tercer capítulo, que abarca cinco secciones. La primera de ellas contiene las reglas generales sobre validez, libertad de forma e imposibilidad inicial. La capacidad de las partes y la ilicitud son objeto de las dos secciones siguientes. La cuarta sección contiene propiamente el régimen de los denominados “vicios del consentimiento” y la quinta el régimen general de anulación del contrato.

El capítulo cuarto se refiere a la interpretación y al contenido del contrato. La primera sección contiene las reglas generales sobre interpretación del contrato. La sección

segunda se refiere a la integración del contrato. La sección tercera caracteriza las obligaciones contractuales, y la cuarta sección aborda la pluralidad de partes (acreedoras o deudoras) dentro de la relación jurídica contractual.

El capítulo quinto se refiere a los efectos del contrato es dos secciones dedicadas, respectivamente, al régimen de la duración y expiración del contrato y a sus efectos frente a terceros.

El régimen de cumplimiento es objeto del capítulo sexto. En su primera sección se desgranar las cuestiones particulares relativas al cumplimiento: lugar y momento del cumplimiento, cumplimiento anticipado, orden de cumplimiento, cumplimiento parcial o por tercero, medios y moneda de pago, negativa a recibir el cumplimiento y régimen de las licencias y gastos derivados del cumplimiento. Una segunda sección establece el régimen de la compensación y la tercera y última se reserva a la cuestión de la excesiva onerosidad y la frustración del contrato.

El régimen del incumplimiento es objeto del capítulo séptimo. Su sección primera contiene una serie de disposiciones generales sobre el concepto de incumplimiento, la determinación del incumplimiento esencial, el alcance de los remedios por incumplimiento, la suspensión y subsanación del incumplimiento, el período suplementario para el cumplimiento, las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad y los supuestos de fuerza mayor. Las tres secciones subsiguientes establecen las reglas concretas que rigen los remedios por incumplimiento: cumplimiento específico, resolución e indemnización por daños y perjuicios.

El capítulo octavo aborda las modificaciones derivadas de cesión de créditos, de deudas o del contrato.

El último capítulo establece el régimen de la prescripción.

\* \* \* \* \*

Para dar unas pinceladas sobre el alcance de las reglas contenidas en los Principios, me referiré brevemente a algunas cuestiones relativas a la formación, la validez y la interpretación del contrato, antes de que mis compañeros aborden el resto de cuestiones reguladas.

El régimen de formación del contrato sigue las reglas más extendidas en el Derecho comparado sobre la base de la concurrencia de la oferta y la aceptación mediante el principio de la “recepción”. La definición de la oferta (contenida en el proyectado artículo 2.1.2), y en particular de su carácter “suficiente”, trata de evitar definiciones rígidas a través de fórmulas flexibles que son esencialmente interpretativas y se mantienen atentas a los usos del comercio internacional, huyendo de falsos conflictos.

Los conflictos, sin embargo, son verdaderos en determinados extremos. La revocabilidad de la oferta es una de las cuestiones en que la aproximación entre los sistemas romano-germánicos y el *common law* resulta más problemática. En particular, la presunción de irrevocabilidad cuando se establece un plazo de aceptación arroja resultados muy diferentes, toda vez que en el Derecho inglés se sigue el criterio general de revocabilidad en cualquier circunstancia. Huyendo de soluciones drásticas, los Principios se orientan a una solución ponderada a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta en especial la posición de las partes y, en particular, su sede o residencia, inspirándose en una extendida regla de Derecho internacional privado, que impide establecer el consentimiento cuando no sea razonable conforme a la ley de residencia del declarante.

La determinación de una “contraoferta” (art. 2.1.8) es asimismo una cuestión delicada, por cuanto en el *common law* la aceptación debe corresponder de forma exacta y fiel a la oferta (*mirror image rule*), mientras que en los sistemas romano-germánicos una modificación no sustancial por el aceptante no conlleva una contraoferta. La solución de los Principios garantiza la seguridad jurídica al decantarse por el modelo inglés, de forma que cualquier modificación de la oferta debe considerarse una contraoferta. Aunque la mayoría de los textos de armonización tienden a una solución más flexible, dependiente del carácter “esencial” de la modificación de la oferta, 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, que ofrece mayor seguridad jurídica.

La cuestión señalada incide asimismo en la diversidad de criterios comparados a la hora de resolver la denominada “batalla de formularios” o *battle of forms*. El proyectado art. 2.1.10 de los Principios opta en este caso por una solución distinta, basada en la fórmula del *knock out* y no sigue el principio del último disparo, favoreciendo la conservación del contrato sobre la base de las condiciones generales comunes. Sin embargo, habilita a cualquiera de las partes para notificar en un plazo razonable su voluntad de no obligarse. Al mismo tiempo, para resolver esta cuestión, los Principios incorporan cláusulas-tipo que puede introducirse en el cuerpo de pactos negociados individualmente en el contrato para zanjar la cuestión de forma convencional.

\* \* \* \* \*

Del capítulo de la validez del contrato, debe destacarse en primer término la concepción del contrato como un mero acuerdo de voluntades, que no requiere más que la concurrencia de la oferta y de la aceptación para su validez. El contrato, pues, se define por su carácter estrictamente consensual (artículo 3.1.1), sin que sea necesaria la concurrencia de causa o *consideration*. Obviamente, la validez del contrato puede quedar afectada asimismo por una condición objetiva, cual es la licitud o legalidad de su objeto, pero esta cuestión no se regula en los Principios, sino conforme a las normas de orden público internacional nacionales, internacionales o supranacionales, tal y como se ha señalado ya.

En consecuencia, la falta o defecto de consentimiento constituye la clave del sistema de invalidez del contrato, cuya anulación sigue un modelo no judicial, de corte anglosajón, a través de notificación (proyectado artículo 3.5.1). Una de las aportaciones más notables de los Principios tal vez sea la reconstrucción hacia un régimen común de los diversos modelos de vicios del consentimiento, muy dispares en el Derecho comparado no solo en lo que respecta a su definición sino, sobre todo, a sus consecuencias en torno a la inexistencia, nulidad o anulabilidad del contrato.

Dicha reconstrucción parte de incorporar como supuestos de inexistencia o nulidad absoluta del contrato aquellos que no permiten determinar la existencia de consentimiento, como la violencia absoluta, la simulación o el error fundamental

compartido (*mutual mistake*). No entra en esta lista la denominada “imposibilidad inicial”. El desarrollo de la técnica y las nuevas tendencias jurídicas aconsejan no considerar que una mera imposibilidad inicial del objeto invalide el contrato. Podría hacerlo si dicha imposibilidad es fruto de un error, y de hecho los sistemas angloamericanos lo reconducen a esta institución (*res extincta* y *res sua*). Los Principios, sin embargo, optan por una solución más clarificadora en el proyectado art. 3.1.3, al vincular la imposibilidad inicial a la imposibilidad sobrevenida, como un supuesto de fuerza mayor, entendiendo que es indiferente el hecho de que el evento impeditivo o la imposibilidad sea sobrevenida o, simplemente, concurriera en el momento de celebrarse el contrato sin que las partes pudieran conocerlo.

Depurados algunos conceptos incómodos como los señalados, la definición de los vicios del consentimiento propiamente dichos, que otorgan a la parte afectada el derecho a anular el contrato, encaja con mayor facilidad. Así, en el concepto de error se ubican los demás supuestos de *common mistake* del Derecho inglés, el denominado *unilateral mistake*, pero también la *innocent* o la *negligent misrepresentation*. En el concepto romano-germánico de dolo se ubicaría la doctrina angloamericana del *fraud* y la *fraudulent misrepresentation*. Bajo el concepto de intimidación (*threat*), del que queda fuera, como se apuntó, la violencia absoluta, se integrarían los casos de *duress* del modelo angloamericano. Finalmente, la *undue influence* se incorpora como institución más específica, traducida para los modelos romano-germánicos como “abuso de confianza o dependencia”.

\* \* \* \* \*

Muchas más dificultades entrañaba el hecho de hallar unas reglas comunes sobre interpretación del contrato para el capítulo cuarto. En apariencia, el modelo romano-germánico, basado en una interpretación subjetivista acorde con la verdadera intención de las partes, contrasta de forma casi irreductible con la interpretación objetivista del *common law*, condicionada por la *parole evidence rule* y la letra del contrato. Sin embargo, el análisis de la práctica jurisprudencial revelaba nuevas posibilidades de convergencia, sobre todo por la tendencia del Derecho inglés hacia una interpretación contextual en un sentido amplio y la propia de los textos

internacionales hacia una interpretación del contrato menos subjetiva y más anclada en parámetros de razonabilidad objetiva.

La fórmula empleada para superar las limitaciones de otros textos, claramente proclives al modelo romano-germánico, consiste en partir de un principio inicial que hace prevalecer los términos claros del contrato (proyectado art. 4.1.1) y, en su defecto, en aplicar una regla general que se basa en un modelo objetivista que parte de una interpretación razonable en el contexto del contrato (art. 4.1.2).

Sin embargo, esta concesión al modelo objetivista de interpretación se modula teniendo en cuenta los criterios que se tienen en cuenta para inducir del contexto una interpretación razonable. Entre tales criterios tienen cabida, entonces, los indicios que relevan la verdadera voluntad de las partes conocida por ambos e incluso elementos negociales y la conducta subsiguiente de las partes, lo que implica hacer la regla factible asimismo para la cultura romano-germánica. Obviamente, también entran en consideración datos objetivos, como los usos del comercio, el objeto del contrato o el propio sentido común comercial, además de otros cánones de interpretación específicos que se contienen en la misma sección. Ciertamente, la buena fe puede formar parte de estos criterios, incluso en tribunales británicos que recientemente tienden a veces a incorporar la buena fe como elemento interpretativo. No se contiene, sin embargo, explícitamente, por las dificultades que entrañan tanto su precisión como su admisión sin reservas en el *common law*.

De hecho, la buena fe tampoco aparece en la regla sobre integración o solución de lagunas contractuales de la sección segunda del capítulo cuarto (art. 4.2.1), donde se apuesta igualmente por un criterio objetivo que atiende a las exigencias razonables del comercio internacional como criterio objetivo de cobertura de lagunas contractuales, más cerca del criterio inglés de los *implied-in-fact terms* que del modelo continental de la buena fe.

Estos son algunos indicios de cómo los Principios OHADAC se han redactado con la máxima prudencia, tratando de buscar un equilibrio, no siempre fácil, entre la seguridad jurídica y el respeto de la diversidad cultural.