

*Pre-print: Soberanía del Estado y Derecho internacional (Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo), Sevilla, Servicios de Publicaciones de las Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, 2005, pp. 1.273-1.292.*

## **HARDSHIP EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: PRINCIPIOS COMUNES PARA UNA UNIFICACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO**

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Granada

### **I. HARDSHIP O EXCESIVA ONEROSIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

1. La excesiva onerosidad o *hardship*, “uno de los más agudos problemas del Derecho de contratos a lo largo del siglo XX”<sup>1</sup>, constituye una situación diferente de los supuestos de imposibilidad o fuerza mayor, incluida la imposibilidad económica u onerosidad extrema, si bien la determinación de si la onerosidad es excesiva o extrema no deja de ser una cuestión puramente relativa. Los supuestos de *hardship* hacen referencia a acontecimientos o circunstancias sobrevenidas (guerras, desastres económicos, disturbios políticos, etc.), igualmente imprevisibles y ajenas a las partes, pero que no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes<sup>2</sup>.

En suma, aunque las circunstancias sobrevenidas tienen la misma configuración en los supuestos de imposibilidad o fuerza mayor y en los de excesiva onerosidad (inimputable, externa e imprevisible en el momento de contratar), la diferencia radica en los efectos que producen sobre la posibilidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, sobre los efectos del incumplimiento en la responsabilidad del deudor. En los supuestos de excesiva onerosidad el contrato puede ser cumplido, pero el deber de cumplir (*pacta sunt servanda*) puede oponerse a un buen entendimiento de la buena fe como elemento esencial del cumplimiento contractual. De hecho, la excesiva onerosidad no puede ser alegada, por definición, respecto de prestaciones que ya han sido cumplidas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. L. Díez Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Cívitas, 2002., p. 291.

<sup>2</sup> El desequilibrio contractual no solo se produce por un cambio de circunstancias, sino que responde asimismo a la propia naturaleza del contrato, como contrato de larga duración o referido a un sector sensible a determinadas circunstancias o cambios socioeconómicos, como, por ejemplo, los contratos de transferencia de tecnología (Ph. Fouchard, “L’adaptation des contrats à la conjoncture économique”, *Revue de l’arbitrage*, 1979, pp 1979).

<sup>3</sup> Así lo refieren expresamente los Principios UNIDROIT, en las notas correspondientes (p. 160). De igual modo, el art. 1.440 del C.c. peruano prevé que en el caso de resolución del contrato en supuestos de excesiva onerosidad, se entiende generalmente que éste no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas.

Evidentemente, no todo encarecimiento o devaluación de una prestación genera una excesiva onerosidad, sino sólo aquella que produce un desequilibrio esencial del contrato. La dificultad estriba, desde luego, en establecer en qué momento una mayor onerosidad merece ser considerada como “excesiva”<sup>4</sup>.

2. La cláusula *rebus sic stantibus* es la justificación histórica del tratamiento de la excesiva onerosidad en los sistemas romanistas<sup>5</sup>. A tenor de esta doctrina, el contrato vincula a las partes al cumplimiento en la medida en que, según la naturaleza y causa del contrato, no hayan variado sustancialmente las circunstancias conforme a las cuales se perfeccionó. Durante el siglo XIX los efectos de la cláusula apuntan más a una reducción de las obligaciones del deudor que a la posibilidad de resolver el contrato. Pero la institución recibe asimismo una consagración legal en textos como el art. 1.467 del C.c. italiano, que instaura la institución de la “excesiva onerosidad sobrevenida” para los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida<sup>6</sup>.

El modelo germánico presenta en este punto una acusada idiosincrasia. La cláusula *rebus sic stantibus* pasó desde los glosadores a Grocio y Pufendorf y fue

---

<sup>4</sup> Para algunos autores, la onerosidad excesiva puede establecerse a través de criterios porcentuales. Así, D. Maskow (“Hardship and Force Majeure”, *A.J.C.L.*, vol. 40, 1992, p. 662) estima como necesario un incremento del coste o alteración del valor de, al menos, un 50%, al igual que hacen los Principios UNIDROIT; pero sigue sin entenderse por qué no es excesiva un aumento en la onerosidad del 49%, ni tampoco existen criterios matemáticos para medir, más allá del precio, las oscilaciones de valor. Asimismo, como hace ver M.C.A. Prado (“La théorie du hardship dans les principes de l’Unidroit relatifs aux contrats du comerce international (une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain)”, *Dir.comm.int.*, 1997, p. 366), cabe preguntarse si se trata de un umbral apropiado para cubrir todas las situaciones posibles (contrato de suministro, *joint-ventures*, de sociedades, de transferencia de tecnología...) en sectores tan dispares como el petrolífero, alimenticio, automovilístico, textil, etc.).

<sup>5</sup> Una breve y buena exposición histórica del *hardship* desde el medioevo hasta hoy, desgranando las razones de su descarte durante el liberalismo decimonónico y su reaparición tras las guerras del siglo XX, se aprecia en P. Gallo, “Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An Historical and Comparative Analysis”, *E.R.P.L.*, 1998, pp. 285-289.

<sup>6</sup> Establece dicho artículo que “... si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa al acontecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la parte obligada a dicha prestación puede instar la resolución del contrato, con los efectos previstos en el art. 1.458. No cabe instar la resolución si la onerosidad sobrevenida entra en el *alea* normal del contrato. La parte contra la que se insta la resolución puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones del contrato”. El modelo legal italiano se encuentra igualmente en otros textos, incluso anteriores: Grecia (art. 388 C.c.: *vid.* P. Papanikolaou, “Rebus sic stantibus und Vertragskorrektur auf Grund veränderter Umstände im griechischen Recht”, *E.R.P.L.*, 1998, pp. 303-317), Países Bajos (art. 6:258 C.c.); Portugal (art. 437 C.c.: *vid.* A. Pinto Montero y J. Gomes, “Rebus sic stantibus – Hardship Clauses in Portuguese Law”, *E.R.P.L.*, 1998, pp. 319-332), Argentina (art. 1.198 C.c., inspirado expresamente en criterios de equidad y buena fe); Brasil (arts. 478-480 C.c.); Colombia (arts. 1.054 y 1.055 Proyecto de C.c. de 2001); Polonia (art. 269 C.c. 1933); Hungría (§ 241 C.c.); Checoslovaquia (§ 212 C.c.); Egipto (art. 147.2° C.c.); Etiopía (art. 3.183 C.c.); o Argelia (art. 107 C.c., que anula cualquier pacto en contrario), entre otros países. Pese a su éxito, el sistema italiano ha sido objeto de críticas: en primer lugar, por reducir el alcance de la excesiva onerosidad a los supuestos de variación del coste o del valor de la prestación; en segundo lugar, por hacer referencia únicamente a circunstancias “imprevisibles”. Finalmente, por negar al propio juez la iniciativa en la revisión o adaptación del contrato (A. Frigani, *Il diritto del commercio internazionale (manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti)*, Ipoa Informatica, 1986, p. 72). La buena recepción de la institución en los sistemas latinoamericanos, aunque con criterios y efectos parcialmente diferentes al modelo italiano, queda acreditada asimismo por regímenes como el previsto en los arts. 1.440-1.446 del C.c. peruano.

contemplada en los *Landsrecht* bávaro y prusiano del siglo XVIII, pero no lo fue en el BGB de 1900, ni se ha introducido en la reforma del Derecho de obligaciones de 2002. La construcción jurisprudencial de su doctrina parte, en realidad, de la jurisprudencia inmediatamente posterior a la primera guerra mundial, y entronca con las correcciones de los desequilibrios contractuales provocados por incrementos inflacionistas absolutamente insospechados al momento de celebrarse dichos contratos en período de paz. Dicha jurisprudencia dio lugar a una formulación doctrinal, iniciada por P. Oertmann, alumbrando la tesis conocida como “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*” o frustración de las bases negociales en 1921. El cambio de circunstancias altera sustancialmente las bases sobre las que se celebró el contrato, hecho que, unido al principio de buena fe que preside la ejecución de las obligaciones (§ 242 BGB), exige una reconstrucción del contrato o, si no resulta posible, su resolución<sup>7</sup>. Bajo la rúbrica más genérica y flexible de “*Störung der Geschäftsgrundlage*” esta solución aparece positivizada en el nuevo §313 BGB<sup>8</sup>.

El sistema español viene a representar un modelo intermedio entre el italiano o alemán, más generosos, y el francés. Con excepciones singulares, como la Ley 493 de la Compilación Navarra<sup>9</sup> o el art. 43 de la Ley de Arrendamientos Rústicos<sup>10</sup>, se trata de

---

<sup>7</sup> La incorporación histórica de la cláusula *rebus sic stantibus* al Derecho alemán se analiza en K. Zweigert y H. Kötz (*Introduction to the Comparative Law* (trad. del alemán de Tony Weir), 3ª. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998. pp. 518-524). Originalmente, la doctrina de la “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*” presenta una gran similitud con la doctrina inglesa de los “*implied terms*”. Pero la primera deja muy pronto de asociarse a una mera ficción de una condición tácita de naturaleza subjetiva, concibiéndose como una cuestión fáctica y objetiva de la transacción (elemento extracontractual), que refleja la función social del contrato, como instrumento de los intercambios comerciales, en que más allá de la mera autonomía de la voluntad, el principio de buena fe resulta esencial (P. Hay, “*Frustration and Its Solution in German Law*”, *A.J.C.L.*, vol. 10, 1961, pp. 361-362; K. Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, *passim*).

<sup>8</sup> Vid. K.J. Albiez Dohrmann, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho civil*, t. LV, fasc. III, julio-sept. 2002, pp. 1.193-1195. La evolución del modelo alemán se reproduce con increíble fidelidad en otros sistemas lejanos, como el japonés. Sólo cuatro años después que P. Oertmann, Katsumoto Massaki incorpora en el Derecho japonés la idea del cambio de circunstancias en la teoría del Derecho civil (Minpō ni okeru jijō henkō no Gensoku, 1926), que sigue más bien la teoría de la imprevisión del Derecho administrativo francés que la impronta alemana. A partir de esta obra, el Derecho japonés despeja sus dudas sobre los efectos de la imposibilidad económica, la impracticabilidad o el *hardship* y asume en este último caso la opción entre resolución y adaptación del contrato, a raíz de la *Sent. Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1944*. De forma parecida a las propuestas del UCC, el Derecho japonés tiende hacia criterios de equidad y buena fe, utilizando cláusulas y conceptos abiertos para la reconstrucción del contrato (K. Iragashi y L.V. Rieke, “*Impossibility and Frustration in Sales Contracts*”, *Washington L. Rev.*, vol. 42 (1966-1967), *passim*; A.K. Puelinckx, “*Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law*”, *Journ.Int.Arb.*, vol. 3, núm. 2, June 1986, pp. 62-63). En Austria, la doctrina se incorpora por aplicación analógica de los §§ 936, 1.052 y 1.170<sup>a</sup> C.c. En el Derecho escandinavo, aunque la jurisprudencia tradicional se muestra contraria, se viene aceptando el *hardship* para los contratos de larga duración, invocando la teoría de la “condición implícita” y el § 36 *Contract Act on Unconscionable Clauses*.

<sup>9</sup> “Cuando se trate de obligaciones a largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

<sup>10</sup> “Cualquiera de las partes podrá solicitar revisión extraordinaria de la renta o participación por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una lesión superior al

un modelo de recepción jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* muy restrictivo, por mucho que alguna decisión pretenda la acomodación de dicha jurisprudencia al concepto de *hardship* de los Principios UNIDROIT (*Sent. T.S. núm. 1.059/2000, de 17 de noviembre*). Los requisitos exigidos por la jurisprudencia española, siempre enmarcados en una interpretación muy restrictiva, se cifran en: a) una alteración “extraordinaria” de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las previstas en el momento de su celebración; b) una imprevisibilidad absoluta de dichas circunstancias; y c) una provocación de una desproporción “inusitada y exorbitante”, fuera de todo cálculo, que “aniquila” el necesario equilibrio de las prestaciones, y que en algunos casos entronca el propio T.S. con el concepto de frustración de la causa o de la “base negocial” (*ad ex. Sent. T.S. núm. 129/2001, de 20 de febrero*)<sup>11</sup>.

La excepción entre los sistemas romano-germánicos, notable por otra parte, viene dada por el sistema francés, al que se añaden el belga y el luxemburgués. La fuerza obligatoria del contrato (art. 1.134 C.c. francés) se encuentra particularmente santificada en el Derecho francés, por lo que, al margen de los supuestos de verdadera imposibilidad o fuerza mayor (art. 1.302 C.c.), la jurisprudencia no ha admitido en modo alguno la incidencia de la excesiva o incluso extrema onerosidad sobrevenida, si bien en una decisión reciente algunos autores observan la primera y única brecha en tal doctrina<sup>12</sup>. El trasunto de la regla *rebus sic stantibus* en el Derecho francés es la doctrina

---

quince por ciento de la renta justa. Si se accede a la revisión extraordinaria a solicitud del arrendador, el arrendatario podrá optar por la cesación de la relación arrendaticia”.

<sup>11</sup> El talante restrictivo de la doctrina jurisprudencial es manifiesto en otras muchas decisiones, desde las inicialmente decisivas *Sents. T.S. de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 17 de mayo de 1957: Sents. T.S. de 15 de marzo de 1972, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 6 de octubre de 1987, 19 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 10 de diciembre de 1990, 23 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992, 17 de noviembre de 1993, 14 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1994 15 de marzo de 1994, 4 de febrero de 1995, 29 de enero de 1996, 19 de junio de 1996*. Entre las más recientes, la *Sent. T.S. núm. 518/2002, de 27 de mayo*, pone claramente de relieve que la cláusula no opera en los contratos de corta duración, aunque se haya experimentado un encarecimiento de los costes notable: “es cierto que hay que entender que los precios de la construcción del molde han sufrido un aumento, pero esta circunstancia está dentro de las previsiones normales de personas que se dedican a esta especie de trabajos; no hay que olvidar que Auximol S.A., la contratista, es matricera (hacedora de moldes), y por consiguiente está dentro de su ciencia profesional el estudiar los planos y determinar las piezas o tareas, si han de ser seis o diez, para la realización del molde; ciertamente que en ocasiones pueden fallar estos cálculos, pero estos errores están dentro de una previsión ordinaria; por lo tanto el cambio de las condiciones básicas del contrato no es extraordinario, ni es imprevisible la modificación de esas circunstancias; por consiguiente no es de apreciar esa cláusula”. Conviene recelar, sin embargo, de la solidez de la jurisprudencia española acerca de la cláusula *rebus sic stantibus*. Como bien aprecia M. Pasquau Liaño (“Art. 1.258”, *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, t. II, Granada, Comares, 2000, p. 2.151), rara vez esta jurisprudencia aborda auténticas alteraciones extraordinarias de las circunstancias, y cuando éstas concurren se resuelven en virtud de otros principios (buena fe, equidad, abuso de derecho...). De ahí que tal jurisprudencia se conciba como un “monumento en el aire”, pues en todos los casos dejaban de concurrir los presupuestos señalados.

<sup>12</sup> La jurisprudencia francesa se asienta en el precedente conocido como “*Canal de Craponne*” resuelto por la *Sent. Cour de Cassation de 6 de marzo de 1876*: En 1560, el Sr. de Craponne se comprometió a construir un canal de irrigación a su costa, pudiendo los ribereños beneficiarse del agua a cambio de una contraprestación monetaria. Tres siglos después, los explotadores del canal, argumentando que las cantidades pactadas eran absolutamente insuficientes para cubrir los gastos, pidieron su actualización, que fue concedida por la *Cour d’Appel d’Aix* a través de una sentencia que fue casada sobre la base del art. 1.134 C.c., afirmando que “no corresponde a los Tribunales, por muy equitativa que pueda parecerles su decisión, tener en cuenta el tiempo y las circunstancias para modificar los acuerdos de las partes, sustituyendo por otras nuevas las cláusulas que los cocontratantes aceptaron libremente”. Entre los

jurisprudencial de la “*imprevisión*” cuya aplicación queda reducida a la jurisdicción y a la contratación administrativa, en especial a partir de la *Sent. Conseil d’État de 30 de marzo de 1916* en el asunto “Gaz de Bordeaux”, en que reconoce que un alza imprevisible del precio del carbón había trastocado el equilibrio económico en un contrato de concesión, concediendo una indemnización al concesionario que había proseguido con el suministro. El mantenimiento del suministro y, en consecuencia, del servicio público encuentra en estos contratos una justificación que, sin embargo, no se extiende a los contratos civiles<sup>13</sup>.

3. Aunque pueda resultar paradójico, por el uso corriente del término “*hardship*”, el Derecho angloamericano no contiene un régimen legal de la excesiva onerosidad, sencillamente porque no le reconoce efecto alguno<sup>14</sup>. Tanto en el Derecho inglés, irlandés –incluso el escocés–, como en los EE.UU., no se reconoce *a priori* los efectos de la regla *rebus sic stantibus* (*change of circumstances*). El hecho de que el cumplimiento devenga más oneroso, incluso notablemente más oneroso, no exonera de la responsabilidad por incumplimiento. De ahí que, para obtener una protección frente a

---

supuestos más recientes que, para algunos, apuntan hacia una apertura al concepto, cabe citar la *Sent. Cour de Cassation de 3 de noviembre de 1992*, en que se condena a una de las partes del contrato a pagar daños y perjuicios a la otra parte al haberle negado una revisión del contrato que le condujo a la ruina. Es cierto que la sentencia no reconoce al juez un poder de revisión (P. Cabrillac, *Droit des obligations*, 4ª ed., París, Dalloz, 2000.p. 87) , limitándose a sancionar una responsabilidad extra o precontractual sobre la base del principio de buena fe, y que, en todo caso, no es un precedente concluyente sobre un cambio de rumbo. Para algunos estudiosos la jurisprudencia francesa no es tan absolutamente reacia a admitir la doctrina del *hardship* en los contratos civiles, a juzgar por ciertos precedentes, como los asuntos resueltos por *Sents. Trib. Seine de 3 de febrero de 1905 y 17 de abril de 1869* (cit. por M.D. Aubrey, “Frustration Reconsidered – Some Comparative Approach”, *I.C.L.Q.*, vol. 12, 1963, p. 1.174). Sin embargo, amén de tratarse de supuestos aislados y muy antiguos, no hacían mención en realidad a supuestos de excesiva onerosidad, sino de fuerza mayor en un sentido amplio, al considerar en el primer caso resuelto el contrato por incapacidad física de una parte, aunque no estuviera concebido el contrato *intuitu personae*, y, en el segundo, dicha resolución se fundamentara en el peligro o riesgo físico grave para una de las partes en caso de ejecutar su prestación. En realidad, los jueces se ven constreñidos simplemente a invitar a las partes a renegociar de buena fe. Pero es evidente que la doctrina científica se ha mostrado muy reacia a la exclusión de la imprevisión de los contratos civiles, y ha tratado de generar una doctrina legal del *hardship* a partir de una comprensión realista de la voluntad de las partes como fuerza creadora del contrato, la fuerza de principios como la equidad (art. 1.135) y la buena fe (art. 1.134) y de la posibilidad de adaptación o revisión contractual que sugieren preceptos como el art. 1.244 C.c. francés (P. Cabrillac, *op.cit.*, pp. 85-86; M. Porchy-Simon, *Droit civil, 2<sup>e</sup> année, Les obligations*, París, Dalloz, 2000, pp. 172-173). El criterio restrictivo del Derecho francés frente a los supuestos de excesiva onerosidad se ha traducido, en cierta medida, en sistemas como el belga, el ruso, incluso en buena medida en el español (A. Frignani, *op.cit.*, p. 70).

<sup>13</sup> Interesa sin embargo, referirse a los elementos característicos de la doctrina de la imprevisión en el Derecho francés. Respecto de los acontecimientos, se admite que su origen pueda ser tanto natural como puramente legal o económico, siempre que resulten posteriores a la celebración del contrato (o no cognoscibles), imprevisibles, incontrolables y ajenos a la voluntad de la parte. Debe romper sustancialmente el equilibrio contractual y, sobre todo, no debe haber concurrido interrupción alguna en la ejecución del contrato. La constatación de estas circunstancias abre un período de negociaciones vigiladas, que, al fracasar, permiten la fijación de una indemnización para la parte perjudicada en caso de desequilibrios temporales, y la propia resolución del contrato si el desequilibrio es absoluto y permanente (M.C.A. Prado, *loc.cit.*, 1997, pp. 326-339).

<sup>14</sup> Se explica la paradoja que apunta D. Tallon (“Hardship”, *Towards an European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1998, 1998, p. 328): “La lengua inglesa, que parece ser la *lingua franca* para el Derecho contractual, carece de un término apropiado, acaso porque en realidad desconoce la noción”.

semejante eventualidad, se requiera la introducción en el contrato de “cláusulas de *hardship*”; sólo en este contexto convencional se concibe en el Derecho angloamericano el término referido, desprovisto de alcance legal más allá de dichos pactos. Incluso en el Derecho norteamericano el concepto de impracticabilidad introducido en el UCC no ha servido para extender el régimen de la imposibilidad a meros supuestos de excesiva onerosidad<sup>15</sup>.

## II. *HARDSHIP* EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

### 1. Convenio de Viena de 1980

4. En los textos internacionales, la excesiva onerosidad ha tenido una recepción generosa. Se duda, sin embargo, que el art. 79 del Convenio de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980 extienda el régimen de la imposibilidad de cumplimiento que contiene a supuestos de excesiva onerosidad o, incluso, de imposibilidad económica<sup>16</sup>. El

---

<sup>15</sup> Los propios PECL ponen de manifiesto en las notas la vacilante jurisprudencia norteamericana, pese al UCC y el *Restatement Second of Contracts* (p. 327). Este principio del *Common Law* aparece claramente evidenciado en los supuestos referidos a la eventual frustración o excesiva onerosidad de los contratos de transporte marítimo motivada por el cierre del canal de Suez en los casos *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GMBH (House of Lords, 1962)*, *Palmco Shipping Co. v. Continental Ore Corp. (Q.B. 1970)*, *American Trading & Prod. Corp. v. Shell Int. Marine (2º Circuit, 1972)*, *Transatlantic Fin Corp. v. United States (2º Circuit, 1966)*, *Glidden Co. v. Hellenic Lines (2º Circuit, 1960)*. Salvo algún precedente aislado, los Tribunales angloamericanos no consideraron una excusa para el cumplimiento o el aumento del precio del flete el hecho de que los buques, para realizar el viaje, tuviesen que seguir la ruta más larga y costosa de doblar el cabo de Nueva Esperanza, incluso cuando la ruta del Canal de Suez se había expresado en el contrato. Incluso H.J. Berman ha llamado la atención sobre el hecho de que muchos de los contratos afectados incluían una cláusula C.I.F., cuya interpretación habría servido para descartar un planteamiento en torno a la frustración del contrato (“Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade”, *Columbia L. Rev.*, vol. 63, 1963, p. 1422). Como excepción, en uno de estos casos [*Carapanayoti & Co. V. E.T. Green Ltd (Q.B. 1958)*] el juez McNair utilizó la misma doctrina de la frustración de la causa contenida en el asunto *Davis Contractors* para resolver el contrato en un supuesto de auténtica excesiva onerosidad, sobre la base de que el cambio de circunstancias y el cierre del canal convertía la obligación en “...a different kind wich the contract did not contemplate, and to wich it could not apply”. En un precedente fundamental del Derecho inglés (*Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C. (1956)*) la *House of Lords* rechazó la demanda de un constructor que trataba de ampararse en la excesiva onerosidad de un contrato cuya ejecución requirió veintidós meses, en lugar de los ocho previstos, por una escasez imprevista de mano de obra. De igual modo terminante, los Tribunales Federales norteamericanos han considerado que un aumento imprevisto de costes estimado en 5,8 millones \$, incluso en 2 billones \$, no excusan al vendedor de su cumplimiento (*Vid. G.H. Jones y P. Schlechtriem, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII (Contracts in General), chapter 15 (Breach of Contract)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1999, p. 114), confirmando la idea de que la excesiva onerosidad no se incluye en el concepto de “impracticabilidad” (*Vid. A. Farnsworth, On Contracts*, vol. II, Boston-Londres, 1990, p. 547. Con todo, autores como T.W. Chapman (“Contracts – Frustration of Purpose”, *Michigan L. Rev.*, vol. 59 (1960-61), p. 115) no encuentran una formulación de esta exclusión del *hardship* como consustancial en la jurisprudencia norteamericana, acaso con la excepción del asunto *Lloyd v. Murphy* en 1944).

<sup>16</sup> El art. 79 del CV de 1980 trae causa en el art. 74 de la Ley Uniforme de 1964, y su doble inspiración en el Derecho francés e inglés (B. Nicholas, “Force Majeure and Frustration-”, *A.J.C.L.*, vol. 27, 1979, pp. 231-245) no parecen apuntar la idea de la inclusión de supuestos de *hardship*. A favor de la exclusión, pueden verse los argumentos de N. Marchal Escalona (“La cláusula de *hardship* en la contratación internacional”, *RCEA.*, vol. XVII, 2002, pp. 97-98), P. Salvador Cordech (“Art. 79”, *La compraventa internacional de mercaderías (comentario a la Convención de Viena)*, Madrid, Cívitas, 1998, p. 637). A favor de la inclusión, no obstante, se pronuncian entre otros G.H. Jones y P. Schlechtriem sobre la base de

argumento esencial de quienes defienden la extensión radica en la imprecisión del término “impedimento”, cuya interpretación acabaría dependiendo en cierto modo de los Derechos nacionales, habilitando una extensión hacia la impracticabilidad o el *hardship* allá donde estas figuras se reconocen amplia e inequívocamente. Frente a este planteamiento, abiertamente contrario a una interpretación uniforme del Convenio, parece más convincentes las tesis favorables a un concepto autónomo que restringe su acción a casos de fuerza mayor, imposibilidad o frustración del contrato, tal y como avalan todos los trabajos preparatorios del propio convenio, y el propio hecho de que en modo alguno se haya ponderado una posible revisión o adaptación del contrato.

## 2. Principios UNIDROIT

5. La reglamentación del *hardship* contenida en los arts. 6.2.1. a 6.2.3. de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT de 1995 se fundamenta en la excepcionalidad del *hardship* como excepción al principio *pacta sunt servanda* (art. 6.2.1)<sup>17</sup>. En el concepto de *hardship* se hace referencia a los sucesos que alteran de forma esencial el equilibrio del contrato, ya sea incrementando el coste de una prestación de una parte o disminuyendo el valor de la prestación de la otra (6.2.2.), y de hecho parecen incluir supuestos de frustración de la causa al lado de los de excesiva onerosidad<sup>18</sup>.

En la cualificación de los sucesos que generan excesiva onerosidad, los Principios UNIDROIT, frente a la delimitación temporal que generalmente se admite en el Derecho comparado y en los propios PECL, asimilan los acontecimientos que concurrían en el momento de celebración del contrato pero que son conocidos con posterioridad (6.2.2. letra a)<sup>19</sup>. Por lo demás, los Principios recogen las tradicionales características de imprevisibilidad en sentido débil (6.2.2. letra b), exterioridad (6.2.2. letra c), así como la condición de que el riesgo no fuera asumido por la parte afectada (6.2.2. letra d). En general, la concepción de los acontecimientos o eventos generadores de la excesiva onerosidad parece abiertamente tributaria del modelo norteamericano, acaso con la excepción del tratamiento de la “imprevisibilidad”<sup>20</sup>.

Es sintomático, asimismo, que los Principios admitan que los conceptos de excesiva onerosidad y fuerza mayor (art. 7.1.7) puedan concurrir, correspondiendo a la

---

un criterio de “inasequibilidad económica” (*op.cit.*, p. 136), o D. Tallon, con el fin de garantizar la interpretación uniforme y evitar lagunas (“Art. 79”, *Commentary on the International Sales Law (The 1989 Vienna Sales Convention)*, ed. C.M. Bianca y M.J. Bonell, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 593-594). J.O. Honnold se manifiesta únicamente por la inclusión de supuestos de imposibilidad económica o extrema onerosidad (*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2ª ed., Deventer/Boston, Kluwer, 1991, pp. 542-544). El mismo criterio restrictivo defiende P. Salvador Cordech (*loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 642-644).

<sup>17</sup> El término “*hardship*” pretende superar los conceptos, o más bien la terminología nacional (M.J. Bonell, “I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità”, *Dir.comm.int.*, 1995, p. 7).

<sup>18</sup> Así se deduce, en efecto, de algunos ejemplos, como apunta M.C.A. Prado (*loc.cit.*, p.264).

<sup>19</sup> Con todo, en ello coinciden con el Derecho administrativo francés, que abarca tal delimitación temporal partiendo de la “*théorie des sujétions imprévues*” (P. Van Ommeslaghe, “I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità”, *Dir.comm.int.*, 1995, p. 32).

<sup>20</sup> *Vid.* en este sentido M.C.A. Prado (*loc.cit.*, pp. 362-363).

parte perjudicada la opción por el recurso que estime oportuno, habida cuenta que la fuerza mayor únicamente admite la resolución del contrato y no la adaptación o revisión que se contemplan en los supuestos de *hardship*<sup>21</sup>.

### 3. Los Principios de Derecho contractual europeo (PECL)

6. El art. 6.111 contiene la reglamentación de la excesiva onerosidad (“cambio de circunstancias”) en los PECL. A diferencia de los Principios UNIDROIT, únicamente se contemplan los efectos del cambio de circunstancias posterior a la conclusión del contrato [art. 6.111. (2) a)]. Por lo demás, se recogen las exigencias de previsibilidad razonable y riesgo no asumible contractualmente<sup>22</sup> [art. 6.111 (2) b) y c)]. No obstante, no se hace referencia expresa a la exterioridad de las circunstancias.

### III. EFECTOS ESPECÍFICOS DEL *HARDSHIP*

7. En aquellos sistemas que admiten la incidencia jurídica en el contrato de la excesiva onerosidad, sea cual fuere su grado o extensión, se suscita el problema esencial de determinar sus efectos. Es dable, en primer lugar, que el cambio de circunstancias provoque la resolución del contrato, si no *ipso iure* -como puede resultar en los supuestos de imposibilidad material o fuerza mayor-, sí, al menos, como un derecho del deudor perjudicado por dicho cambio, pudiendo el acreedor, a su vez, liberarse de la contraprestación. En este caso, la extinción del contrato se produce sin responsabilidad del deudor por incumplimiento, de forma similar a como se predica en los casos de imposibilidad, esto es, perdiendo el acreedor sus acciones de responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

8. Una segunda alternativa pasa por considerar que el cambio de circunstancias no lleva aparejada la extinción o resolución del contrato, aunque el deudor resulte exonerado de su responsabilidad y de responder por daños y perjuicios. En este caso, el acreedor puede tener derecho a la terminación el contrato, y ambas partes podrían tener un derecho a solicitar la modificación o adaptación del contrato. Admitida la posibilidad de una adaptación o modificación del contrato, el Derecho comparado arroja una gran diversidad en torno a la forma en que dicha modificación debe producirse, ya sea *ipso iure*, a través de las negociaciones de las partes<sup>23</sup>, o mediante una intervención judicial que admite a su vez un amplio margen de posibilidades<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid. pp. 161 y 183. Para P. Bernardini (, “Hardship e force majeure”, *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT ( a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli)*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. p. 199) la compatibilidad conduce a interpretar que el art. 7.1.7 incluye los supuestos que hemos englobado en el concepto de onerosidad extrema, imposibilidad económica o impracticabilidad.

<sup>22</sup> Los Comentarios hacen expresa referencia a contratos de seguros, swap, sobre futuros, bursátiles, especulativos, etc. (p. 325).

<sup>23</sup> Así, la renegociación es la solución predilecta en el Derecho sueco, sobre la base de una acrisolada cultura general de la “renegociación”, a juicio de B. Lehrberg (“Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms”, *E.R.P.L.*, 1998, pp. 265-283).

<sup>24</sup> Dentro de los sistemas romano-germánicos, el Derecho italiano ofrece un modelo particularmente interesante a tenor del art. 1.467 C.c., seguido por los textos citados que incorporan su solución. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte afectada podrá solicitar la terminación del contrato, pero el



Los Principios UNIDROIT siguen el modelo germánico al conferir amplios poderes al juez y ampararse en criterios de equidad o buena fe, si bien no acaba por configurar la revisión o adaptación del contrato como una solución preferente. Conforme al art. 6.2.3., la parte perjudicada puede solicitar la renegociación del contrato, indicando los motivos o sucesos que la motivan. Se trata de una posibilidad que debe llevar a cabo sin demora injustificada, aunque las consecuencias de esta demora parecen producirse más bien sobre la prueba que sobre la pérdida del recurso<sup>25</sup>. La solicitud no permite a la parte perjudicada suspender el cumplimiento de sus obligaciones, y la iniciativa en la adaptación de las partes corresponde inicialmente a las partes. Estas deben negociar de buena fe, so pena de incurrir en responsabilidad “extracontractual”, y sólo en caso de falta de acuerdo procede la intervención de un Tribunal.

La intervención del Tribunal es el punto débil de la reglamentación del *hardship* en los Principios UNIDROIT, no tanto porque es desconocida en buena parte de los sistemas y en la propia práctica comercial sustentada en las cláusulas de *hardship*<sup>26</sup>, como por su propia y concreta configuración. El Tribunal, según lo dispuesto en el art. 6.2.3 (4) tiene la opción entre adaptar el contrato para restablecer su equilibrio (letra b) o dar por terminado el contrato en una fecha determinada y con los efectos que el propio Tribunal determine (letra a), esto es, sin seguir las reglas generales rectoras de los supuestos típicos de terminación del contrato. Sin embargo, esta alternativa atribuye una facultad al juez que estime que existe un supuesto de “excesiva onerosidad” “siempre que lo considere razonable”. Quiere ello decir que el intérprete puede considerar irrazonable tanto la adaptación como la terminación, y, como los propios Principios indican, ello abre nuevas posibilidades, a saber, admitir la necesidad de que el contrato sea cumplido o instar a las partes a una renegociación<sup>27</sup>. Semejante situación produce

---

acrededor puede contrarrestar esta acción a través de una propuesta razonable de modificación del contrato. El Derecho español muestra asimismo una preferencia jurisprudencial por la modificación del contrato sobre la base del principio general de buena fe del art. 1.258 C.c., que, de hecho, “no autoriza la extinción o resolución de la relación por la alteración sobrevenida de la base negocial” (*Sents. T.S. de 6 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1994, 19 de junio de 1996 y 17 de noviembre de 2000* (en este sentido X. O’Callaghan, *Compendio de Derecho Civil, t. II (Obligaciones y contratos)*, vol. 1º, 3ª ed., corregida y puesta al día, Madrid, Edersa, 2001, p. 296), si bien en las decisiones más recientes se admite la alternativa entre revisión o resolución (*Sent. T.S. de 27 de mayo de 2002*). Un régimen parecido se prevé expresamente en el art. 1.440 del C.c. peruano, pues la resolución del contrato únicamente procede cuando la adaptación del contrato solicitada por la parte perjudicada resulte imposible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si así lo solicitara el demandado. La adaptación del contrato es una solución en la que participan asimismo los modelos germánicos, como el Derecho alemán (§ 313 BGB) o el suizo. Y en casos como el Derecho egipcio (art. 107.3 del C.c.) o argelino (art. 147 C.c.) la adaptación por el juez es imperativa, siendo nulo cualquier acuerdo de las partes en sentido contrario (*vid. P. Bernardini, loc.cit., op.cit., p. 214*).

<sup>25</sup> *Vid.* p. 163. En este punto, los principios se acomodan a una exigencia característica de la doctrina de la imprevisión del Derecho administrativo francés (M.C.A. Prado, *loc.cit.*, p. 368). De forma desmesurada a nuestro juicio, para algunos autores como P. Bernardini (*loc.cit., op.cit.*, p. 208) los efectos de la notificación del *hardship* son de índole diversa: activa el mecanismo de renegociación de las partes, con el consiguiente derecho de la parte interesada a recurrir al juez o árbitro en caso de falta de acuerdo para la revisión del contrato en un plazo prudencial desde la notificación; permite retrotraer a la fecha de la notificación los efectos de la revisión del contrato; y legitima a la parte que la realiza a no realizar su prestación en casos particulares.

<sup>26</sup> En este sentido M.C.A. Prado (*loc.cit.*, p. 373).

<sup>27</sup> *Vid.* p. 165.

notable perplejidad, pues en el primer caso estaríamos ante una situación de reconocida excesiva onerosidad en que el deudor se ve obligado a cumplir, mientras que en el segundo volveríamos a una negociación abocada a un segundo fracaso cuyas consecuencias no son fácilmente perceptibles, pues ninguna de las partes tendrá confianza alguna de que el juez vaya a asumir una decisión (terminación o adaptación) que ya eludió en primera instancia. No parece que un régimen tan confuso e inseguro vaya a ayudar ni a la unificación internacional del Derecho contractual ni a la buena suerte del contrato en cuestión.

La reglamentación contenida en los PECL se nos antoja más acabada técnicamente que la de los Principios UNIDROIT. Por una parte, establece en primer lugar la obligación de las partes de entablar negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo, estableciendo la responsabilidad separada si una de las partes incumple dicha obligación, negándose a renegociar o rompiendo dichas negociaciones de forma contraria a la buena fe y a la lealtad [art. 6.111 (2) y (3) *in fine*]. Si las partes no concluyen de forma positiva la renegociación, dentro de un plazo razonable, el Tribunal puede dar por terminado el contrato con el régimen singular establecido por el propio Tribunal en cuanto a su alcance y fecha o bien proceder a su adaptación [art. 6.111 (3) a) y b)]. Los Principios conciben la adaptación de una forma amplia, habilitando al juez para modificar el plazo de cumplimiento, reducir o aumentar el precio o la cantidad, estableciendo cantidades compensatorias, etc. Con todo, el poder del juez se limita a alterar algunas cláusulas, no ha redactar el contrato completo, por lo que si estas modificaciones o labores de adaptación condujeran a una modificación de tal entidad, lo procedente es dar por terminado el contrato<sup>28</sup>.

#### IV. ¿PRINCIPIOS COMUNES?

##### 1. Elementos comunes y diferenciales de los distintos regímenes

###### A) *Common Law*

9. Ni siquiera el modelo angloamericano relativo a la imposibilidad y al *hardship* es un modelo uniforme al ciento por ciento. Contamos, de un lado, con la doctrina de la “frustración del contrato” propia del Derecho inglés, cuyo régimen puede considerarse extendido a Australia, Nueva Zelanda y la mayor parte del Canadá.

Una de las primeras singularidades del Derecho inglés que podrían derivar en un obstáculo a la convergencia es la propia inadmisibilidad, dentro del régimen de la frustración del contrato, de los supuestos de impracticabilidad débil o excesiva onerosidad. Aunque más generoso que la rígida concepción francesa de los supuestos de fuerza mayor, *a priori* dichos supuestos parecen descartables. Sin embargo, si se mira bien, la doctrina de la “frustración” del contrato ha evolucionado en el Derecho inglés hacia supuestos de frustración de la causa (*consideration*) o finalidad del contrato que, en realidad, distan bastante de la mera imposibilidad material o incluso económica, y podrían dar cabida a los supuestos de excesiva onerosidad, aproximando enormemente el modelo inglés al alemán o al italiano<sup>29</sup>. Para ello, sin embargo, habría que demostrar

---

<sup>28</sup> PECL, p. 327.

<sup>29</sup> Lo que comúnmente se conoce como frustración del objeto, fundamento o finalidad del contrato, hace referencia a circunstancias sobrevenidas que, realmente, no hacen imposible materialmente la ejecución

---

del contrato, pero anulan de forma manifiesta su fin económico-jurídico, tal y como fue concebido por ambas partes. El asunto *Krell v. Henry* (1903) ilustra a la perfección el concepto, tal y como se gesta en el Derecho angloamericano. Trataba el caso del alquiler de unas habitaciones con vistas al trayecto previsto de la procesión correspondiente a la coronación del rey Eduardo VII. Ambas partes del contrato eran conscientes de que tal era el único propósito del contrato. La procesión fue cancelada con motivo de la enfermedad del rey, y las partes precisaban una clarificación del contrato. El Tribunal sentenció que se produjeron circunstancias externas ajenas al control o responsabilidad de las partes que habían hecho imposible el cumplimiento del contrato en la forma en que se había pretendido y, consecuentemente, procedió a entender resuelto el contrato. En cierto sentido, el alquiler de las habitaciones resultaba posible materialmente, pero no, de hecho, el alquiler de las habitaciones con el objeto de asistir a una procesión que no iba a celebrarse. En realidad, en estos casos se produce una frustración de la causa del contrato, una imposibilidad de alcanzar el fin económico-jurídico perseguido por las partes, de forma que el cumplimiento no parece exigible. El hecho de que el mantenimiento de la obligación perjudique al deudor en beneficio del acreedor no es suficiente para considerar al caso como un supuesto de imposibilidad o frustración, pues tal es la razón de los ajustes a que conduce el *hardship* o la excesiva onerosidad. La circunstancia sobrevenida no tiene por efecto hacer más onerosa la prestación, sino que la hace “infinitamente onerosa”, pues no existe en realidad una contraprestación, ya que la frustración de la causa convierte lo pactado y lo exigidos en prestaciones radicalmente diferentes. La comprensión de la doctrina, y su vinculación a la frustración de la causa del contrato, se aprecia claramente en el contraste de los asuntos *Krell v. Henry* y *Herne Bay Steamboat Company v. Hutton*, resueltos por el mismo tribunal (*King’s Bench*) el mismo año de 1903. En este caso, se trataba de un contrato para alquilar una embarcación con el objeto de asistir a una revista naval y realizar un crucero de un día alrededor de la flota en Spithead. La revista fue cancelada, si bien la flota permaneció anclada en dicho lugar. En este caso, el Tribunal no sentenció la frustración del contrato, pues su objetivo podía aún cumplirse en buena parte. La gran dificultad de estos casos estriba en determinar cuándo existe una auténtica frustración del objeto o causa del contrato, y no una mera insatisfacción de los “motivos” de una de las partes. Resulta crucial, a este respecto, que la causa o finalidad cuya frustración se invoca haya sido compartida o asumida por ambas partes al celebrarse el contrato (*vid. especialmente vid. L. Ebin, “UCC § 2-615: Defining Impracticability Due to Increased Expense”, University of Florida L. Rev., vol. 32 (1979-1980), pp. 527-530*). En segundo lugar, es importante que la frustración de la finalidad del contrato sea completa, y no meramente parcial o tangencial; asimismo, es necesario que el contrato se encuentre aún pendiente de ejecución, siquiera sea parcialmente.

La frustración de la finalidad del contrato en el sentido expuesto se encuentra contenida entre los supuestos de frustración o imposibilidad que excusan el cumplimiento tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano (*frustration of purpose*). Aunque teóricamente el Derecho inglés parece ampararse en un concepto general de imposibilidad o de “frustración del contrato”, la formulación más moderna va mucho más allá de los supuestos de imposibilidad material. En su formulación moderna, los supuestos de “frustración” *stricto sensu* aparecen en la fórmula amplia empleada por Lord Radcliffe al hilo de la decisión de la *House of Lords* en el asunto *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C. (1956)*: “...Existe frustración siempre que el Derecho reconoce que, sin culpa de las partes, el cumplimiento de una obligación contractual deviene imposible porque las circunstancias en que es exigido tal cumplimiento lo convierten en algo radicalmente diferente a lo contemplado en el contrato. *Non haec in foedera venit*. No era ésto lo que habíamos convenido...”. La consolidación de este criterio, frente al primigenio principio de la “condición implícita” de *Taylor v. Caldwell* (1863) se confirma en decisiones posteriores de la *House of Lords*, como *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd. (1981)*. La doctrina de la “frustration of purpose” funciona asimismo ante los Tribunales norteamericanos, por más que su aplicación resulte variable, incluso por la jurisdicción de un mismo Estado, tal y como ha demostrado T.W. Chapman (*loc.cit.*, pp. 105-108) o G. Wallach (“The Excuse Defense in the Law of Contracts: Judicial Frustration of the UCC Attempt to Liberalize the Law of Commercial Impracticability”, *The Notre Dame Lawyer*, vol. 55 (1979-1980), pp. 205-206, y se encuentra explícitamente recogida en el § 265 del *Restatement Second of Contracts* (Sobre el origen de la frustración de la causa en la jurisprudencia angloamericana, *vid. W.L. Conlen, “The Doctrine of Frustration as Applied to Contracts”, University of Pennsylvania L. Rev., vol. 70 (1921-1922), pp. 87-94*). No faltan opositores a dicha doctrina sobre la base de la *parole evidence rule* y, sobre todo, del principio de que los jueces interpretan, pero no rehacen, los contratos. La contestación por parte de los defensores de la doctrina, como era de esperar, incide en que la doctrina atiende precisamente a una interpretación del contrato con criterios de justicia social. La diferencia, a nuestro juicio, se encuentra seguramente en dos concepciones muy diferentes acerca del contrato y, por ende, del Derecho contractual, que trataremos de apuntar más abajo. Pero lo cierto es que el concepto parece más amplio en el Derecho norteamericano, desliziéndose hacia auténticos supuestos de *hardship* o

la superación de la concepción “subjetivista” o “contractualista” que está en los orígenes de la doctrina de la frustración del contrato.

En efecto, desde el precedente *Taylor v. Caldwell* (1863) la jurisprudencia inglesa recurre de forma repetitiva al fundamento de las “condiciones implícitas” (*implied terms*), que ha sido importada asimismo por la jurisprudencia norteamericana (*In Patch v. Solar Corp.*, 1945)<sup>30</sup>. La pretensión de los jueces ingleses es proporcionar una aproximación a la voluntad real de las partes, a su verdadera, aunque hipotética, intención el caso de que hubieran previsto el acontecimiento impeditivo. Esta cautela tiene mucho que ver con un principio presuntamente básico del *Common Law* que prohíbe o impide al juez la creación de una obligación contractual para las partes. Sin embargo, desde concepciones más recientes, se trata de desmitificar esta aproximación subjetivista.

Por una parte, la doctrina de la “condición implícita” resulta sumamente artificial: el juez, enfrentado a las posiciones contrapuestas de las partes en un litigio, es incapaz materialmente de determinar su voluntad real para el caso de haber previsto acontecimientos que, de hecho, eran imprevisibles. Cualquier planteamiento que simule

---

al menos de onerosidad extrema (*vid.* K. Zweigert y H. Kötz, *op.cit.*, pp. 532-533), que podrían haber concebido como *frustration of purpose* casos como *Herne Bay Steamboat Company v. Hutton*. En otros sistemas del *Common Law* el concepto se ha incorporado, tal y como se formula en el asunto *Davis Contractors*. Así ha ocurrido en la *Sent. High Court of Australia* de 1982 (*Codelfa Construction Pty. Ltd. V. State Rail Authority of NSW* (*vid.* A. Ehlert, “Frustration and Force Majeure und Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage: the Legal Consequences of Excused Inability to Perform Contract”, *The bullet”iln*”, vol.1, núm. 2 ([www.ag-internet.com/bullet\\_iln\\_one\\_three/ehlert.htm](http://www.ag-internet.com/bullet_iln_one_three/ehlert.htm), p. 1). La doctrina en este caso sí alcanza al Derecho escocés (D.M. Walker, *The Law of Contracts and related Obligations in Scotland*, 3ª ed., Edimburgo, T&T Clark, 1995, núms.. 31.52-31.59.).

En los sistemas romano-germánicos, el concepto de frustración de la causa o del propósito aparece preferentemente por vía de desarrollo judicial en los sistemas tributarios del modelo germánico (*Zweckstörungen*), si bien el principio se recoge en algunas disposiciones tangenciales (§ 936 C.c. austriaco; § 812.I BGB; § 36 de la Ley Escandinava sobre Contratos), hasta la consagración legal definitiva en el § 313 BGB (*Störung des Geschäftsgrundlage*) tras la reforma del año 2002 y que viene a demostrar que, finalmente, los principios que justifican la “frustración de la causa” no difieren en gran medida de los que amparan la respuesta a los casos de excesiva onerosidad, particularmente en el modelo germánico. Al igual que ocurre en los sistemas del *Common Law*, la frustración del propósito o causa del contrato sólo es concebible si se trata de una finalidad o causa compartida o asumida por ambas partes del contrato en el momento de celebrarse. Un ejemplo de triste actualidad lo proporciona en tal sentido la *Sent. LG Karlsruhe de 29 de abril de 1992*: un vendedor de armamento, con motivo de la primera guerra de Iraq, no pudo enviar nuevos suministros de armas a dicho país, por lo que pretendía no aceptar los suministros ya subcontratados de parte de dicho material con terceros, quienes desconocían el destino final del armamento y, en consecuencia - según el Tribunal -, no habían asumido el riesgo de utilidad de la otra parte contractual, dependiente de sus acuerdos con los iraquíes. En general, la jurisprudencia continental es muy restrictiva a la hora de admitir los efectos de una eventual frustración de la causa, hecho que únicamente admite en supuestos excepcionales (*Sent. BGH 16 de enero de 1953*). Evidentemente, el modelo francés, y sus sistemas tributarios, no admiten la frustración de la causa como supuesto de fuerza mayor. En sí mismo, el concepto de fuerza mayor exige una imposibilidad absoluta e irresistible de cumplimiento, que no se da en las eventuales hipótesis de frustración de la causa. Si la llamada “imposibilidad económica” no cabe en el estrecho concepto de fuerza mayor, con menor razón los casos de frustración de la causa.

<sup>30</sup> Acerca del concepto y de la trascendencia de la doctrina de la “condición implícita” resultan muy reveladoras las reflexiones generales de E.A. Farnsworth (“Disputes over Omission in Contracts”, *Columbia L. Rev.*, vol. 68, 1968, pp. 860-862). Para algunos autores, la teoría responde inequívocamente a la concepción subjetivista del Derecho angloamericano. En palabras de J.J. Gow (“Some Observations on Frustration”, *I.C.L.Q.*, vol. 3, 1954, p. 302) la cuestión nunca es ¿cómo va a afectar a la comunidad?, sino ¿cómo va a afectar a las partes? Pero como el mismo autor indica, la teoría de la “condición implícita” no es una consecuencia inevitable de la teoría subjetivista del contrato.

simplemente basarse en los hechos o en la voluntad real de las partes es, sencillamente, hipócrita. En realidad, la única respuesta razonable que puede ofrecer el intérprete es interpretar el contrato (*construction of the contract*) sobre criterios objetivos de razonabilidad y equidad. Desde este punto de vista la frustración de la finalidad (*purpose*) o de la causa (*consideration*) del contrato se convierte en una doctrina más acertada, por cuanto hace referencia a la frustración del fin económico-jurídico asumido por ambas partes del contrato, cuya inducción no cabe hacer sino a través de criterios objetivos de razonabilidad económica. Partiendo de la buena fe, es decir, descartando la posibilidad de que las partes puedan extraer del acontecimiento imprevisto una utilidad no concebida al momento de contratar, el juez debe intentar situarse en la posición de un comerciante razonable, y justificar cuál habría sido la solución que habrían dado las partes de haber previsto el acontecimiento, a partir de criterios de objetiva razonabilidad. Semejante solución, en consecuencia, es legal, no fáctica, y a través de ella no sólo cabe admitir, al menos, la posibilidad de resolver el contrato en supuestos de excesiva onerosidad, sino que confluimos en el modo de operar de muchos sistemas romano-germánicos. De hecho, la doctrina de la frustración de la causa acaba confluyendo en la necesidad de construir el contrato por cauces objetivos de desarrollo judicial, de cobertura de lagunas axiológicas. Por este camino, la proximidad entre el modelo angloamericano y el germánico será pura identidad<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> A favor de la superación de la tradicional aproximación subjetivista del Derecho inglés se pronuncian, entre otros, M.D. Aubrey (*loc.cit.*, p. 1.166 ss.), J.D. Smit (“Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation”, *Columbia L. Rev.*, vol. 58, 1958, pp. 287-315) y L. Trakman, cuyos planteamientos son seguidos de cerca por K. Zweigert y H. Kötz (*op.cit.*, pp. 529-530). P. Van Ommeslaghe se refiere al paso desde la voluntad implícita de las partes a una intervención externa sobre el principio de equidad y, actualmente, a una auténtica alteración de la identidad del contrato (*loc.cit.*, p. 18). Particularmente fundamentadas son las tesis de T.W. Chapman (*loc.cit.*, esp. pp. 115-122). Chapman comprende la doctrina de la frustración sobre los presupuestos negociales o causa del contrato, más allá de un concepto estrecho de imposibilidad. Concretamente, se orienta más a considerar que, en la línea del más puro Derecho suizo, y muy cerca del Derecho alemán, las circunstancias sobrevenidas que dislocan la causa o finalidad del contrato generan, en realidad, la necesidad de una interpretación que proceda a cubrir lagunas legales (lagunas axiológicas propiamente dichas), sobre la base de la “*Gap Filling Doctrine*”. Es en suma, un resultado que otros han alcanzado partiendo de la concepción más clásica de la “condición implícita”, y que permitiría extender la doctrina de la frustración a los supuestos de *hardship*. En contra, P. Birks (*English Private Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 149) señala el carácter muy restrictivo de la jurisprudencia inglesa cuando no concurre una imposibilidad física o legal. En una dirección muy similar a la de Chapman apunta J.J. Gow (*passim*), quien señala asimismo a McElroy: se muestra convencido de que la doctrina de los “*implied terms*”, es un puro velo, y la frustración del contrato es una cuestión legal y no fáctica. J.J. Gow proporciona una explicación desmitificadora de la aproximación contractualista (autonomía de la voluntad y *sanctity of contract*) justificada en el liberalismo decimonónico y en la filosofía de que el juez no puede crear contratos, sino “interpretarlos”, pues el contrato es “ley” creada por las partes (y exclusivamente por ellas). En una sociedad con una concepción más social o legal del contrato, como era el Derecho romano, cabe una actitud distinta en los casos de imprevisión, que otorgue al juez mayor creatividad. J.J. Gow cree ver la superación de esta visión subjetivista precisamente en la formulación de la doctrina de la frustración de la finalidad o causa del contrato tal y como se traduce de los *coronation cases* y afirma como consagración de esa superación las tesis de Lord Denning en el asunto *British Movietonews* resuelto por la *Court of Appeal* en 1951 y en jurisprudencia posterior. Para J.J. Gow, desmitificar la condición implícita pasa por afirmar, en primer lugar, que el contrato contiene lo que las partes dicen, y no se puede interpretar sobre lo que no dicen. La doctrina de la condición “implícita” no puede pretender pasar por una inducción mágica de lo que las partes han querido sin decirlo. De hecho, lo que oculta esta doctrina, de forma harto artificial, es una concepción no subjetivista del contrato, aunque trata de preservar la tradicional concepción, pues apunta a la pura y simple utilización de criterios objetivos de racionalidad. Y dichos criterios utilizan el concepto de causa o *consideration* como criterio esencial de la frustración, entendida aquélla como la finalidad económica perseguida por las partes a contratar. Si un acontecimiento desbarata la finalidad del contrato, desbarata el contrato. En esta dirección, resultan asimismo reveladoras las

Para llegar a esta convergencia, no parece que exista un obstáculo insalvable entre la frustración y el *hardship*. Aparentemente, supuestos de frustración como los resueltos en el asunto *Davis Contractors* parecen estar muy cerca del concepto de *hardship*<sup>32</sup>; sin embargo, desde un punto de vista teórico habría una diferencia esencial. La frustración de la causa significa que el evento imprevisto altera las bases negociales del contrato, por lo que el contrato original desaparece y se resuelve. En los supuestos de *hardship*, el contrato mantiene su causa y finalidad, pero se produce un desequilibrio del sinalagma, una mera alteración del equilibrio entre prestaciones; de ahí que la excesiva onerosidad admita, como solución alternativa a la resolución, la adaptación del contrato<sup>33</sup>. Sin embargo, la diferencia parece encontrarse más bien en los efectos de la frustración que en el propio concepto de frustración. Dicho de otro modo, dentro del concepto de frustración, al menos tal y como aparece enunciado por el juez Radcliffe en *Davis Contractors*, caben perfectamente los supuestos de excesiva onerosidad. Conviene no olvidar que el *hardship* sólo contempla un desequilibrio esencial en el contrato, no un mero incremento del coste de la prestación. En tales casos es evidente que la circunstancia sobrevenida convierte la prestación en algo “radicalmente diferente” a lo que se pactó, alterando las bases negociales del contrato. No es, pues, el concepto de frustración impermeable en sí mismo a los supuestos de *hardship*, como vienen a demostrar el alcance del nuevo § 313 BGB, y en este punto existe una posibilidad de convergencia más que acusada<sup>34</sup>. Donde nace la divergencia es acerca de los efectos de este tipo singular de frustración; en este punto, es más que posible que el *Common Law* no admita más solución que la característica en cualquier tipo de frustración, es decir, la pura resolución del contrato, sin concesión alguna a la mínima posibilidad de revisión o adaptación.

10. La doctrina de la frustración en los EE.UU. finalmente también desborda el principio de vinculación del contrato, de la responsabilidad por daño o de la restitución por beneficios. Aunque aparentemente las tesis norteamericanas reflejen una mayor flexibilidad que las angloeuropeas (impracticabilidad), lo cierto es que su jurisprudencia es tanto o más restrictiva que pueda serlo la inglesa. El *Second Restatement of Contracts* ha tenido un reflejo jurisprudencial más bien modesto, y de hecho hasta 1960 sólo existían veintinueve casos judiciales declarando la resolución de un contrato por frustración<sup>35</sup>. Las situaciones a que hace referencia el *hardship*, acaso precisan un

---

consideraciones histórico-comparativas de R. Zimmermann [*The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)*, Oxford University Press, 1996, p. 817]: la doctrina de la frustración del contrato sobre la base de una condición implícita (*Taylor v. Caldwell*) es el equivalente funcional de la cláusula continental “rebus sic stantibus”, razón por la cual entronca más con la doctrina de la excesiva onerosidad que con la imposibilidad. Recoge igualmente R. Zimmermann el siguiente aserto de Simpson: “La doctrina de la frustración representa una mezcla curiosamente compleja de desarrollos de *civil* y *common law*, vinculada inevitablemente a la doctrina central del consentimiento ficticio”.

<sup>32</sup> En este sentido *vid.* L. Ebin, *loc.cit.*, p. 522.

<sup>33</sup> H. Lesguillons, “Frustration, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage”, *D.P.C.I.*, t. 5, 1979, núm. 4, pp. 514-515.

<sup>34</sup> En España, la mejor doctrina ha puesto de manifiesto que, en realidad, los supuestos de excesiva onerosidad o *hardship* han de encontrar su respuesta en la causa negocial, como se desprende de la *Sent. T.S. de 20 de abril de 1994* (M. Pasquau, *op.cit.*, p. 2.151).

<sup>35</sup> P. Hay, *loc.cit.*, p. 350.

principio diferente, en la línea interpretativa propuesta para el Derecho inglés<sup>36</sup>, pero la singular doctrina de la “impracticabilidad” norteamericana sin duda abunda aún más en la posibilidad de un reconocimiento legal y fáctico de la excesiva onerosidad sobrevenida<sup>37</sup>. En estas latitudes, sin embargo, la depuración de la *frustration of purpose* en el sentido expuesto, favoreciendo la convergencia con los modelos romano-germánicos, se enfrenta a un obstáculo adicional, a saber, la singular doctrina científica<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Tal vez “the principle of sharing” a que hace referencia Ch. Fried (*Contract as Promise: a Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981; parcialmente reproducido en R. Craswell y A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Nueva York, Foundation Press, 1994, pp. 143-147).

<sup>37</sup> Vid. al respecto S.W. Halpern, “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for The Wisdom of Solomon”, *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 135 (1986-1987), pp. 1.123-1.128.

<sup>38</sup> Si abandonamos el realismo jurídico, tan querido de las doctrinas norteamericanas, y, prescindiendo de la realidad jurisprudencial, nos detenemos en el debate doctrinal o académico, tan rico en aquellas latitudes como usualmente estéril, encontraremos afamadas teorías del más dispar signo, aunque generalmente basadas por igual en los sacrosantos principios de la eficiencia económica y del análisis económico del Derecho. En nombre de la eficiencia, la seguridad jurídica y la previsibilidad, A. Kull (“Mistake, Frustration and the Windfall Principle of Contract Remedies”, *43 Hastings Law Journal*, 1991, pp. 42-52 (reproducido en R. Craswell y A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Nueva York, Foundation Press, 1994, pp. 147-152) resucita el más genuino dogma de la *sanctity of contract*, proponiendo la irrelevancia contractual de los eventos imprevisibles, merced a su original “*Windfall Principle*”, que contiene una crítica a las tesis, más celebradas, de R.A. Posner y A.M. Rosenfield (“Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *6 Journal of Legal Studies*, 1977, pp. 88-94 (reproducido en R. Craswell y A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Nueva York, Foundation Press, 1994, pp. 138-143), precisamente por su dificultad de puesta en práctica judicial y su alto grado de impredecibilidad. Las tesis de estos dos últimos autores tratan de dar una respuesta a los supuestos de imposibilidad y *hardship*, partiendo de un criterio depurado de análisis económico del Derecho. La solución propuesta depende de determinar la parte contractual que asume o es portadora del riesgo superior (*superior risk bearer*). Si éste es el acreedor, el deudor resulta dispensado; si, al contrario, resulta ser el deudor, nos hallaremos ante un supuesto de incumplimiento ordinario. La clave, obvio es decirlo, consiste en alcanzar un criterio para determinar el *superior risk bearer*, que los autores citados tratan de conseguir a partir de dos parámetros: la mejor posición para impedir la materialización del riesgo y quién está en la posición del asegurador a menor coste. Los factores relevantes de este último parámetro son los costes de estimación del riesgo (determinar la probabilidad de que el riesgo se materialice y la magnitud de la pérdida si esta se materializa) y los costes de transacción (autoseguro o suscripción de una póliza de seguros). Así, un caso sencillo de exoneración de la responsabilidad del deudor sería aquél en que el deudor no pudo razonablemente prever el acontecimiento, y el acreedor pudo haberse asegurado contra dicho acontecimiento a menor coste que el deudor, pues estaba en mejor posición para estimar su probabilidad y la pérdida económica derivada, y asimismo podría haberse auto-asegurado, mientras que el deudor tendría que haber recurrido al mercado de seguros (vid. asimismo los desarrollos en esta dirección de S.S. Ashley, “The Economic Implications of the Doctrine of Impossibility”, *The Hastings L. Journ.*, vol. 26 (1974-1975), pp. 1.251-1.276). Fuera del laboratorio, la pureza del análisis no resiste, sin embargo, un mínimo contraste con la cruda realidad, como, de todas formas, siempre ocurre con los planteamientos del análisis económico del Derecho y otras teorías “puras” de un fenómeno jurídico de suyo bastante impuro (vid. la aproximación crítica de R.A. Hillman, “An Analysis of the Cessation of Contractual Relations”, *Cornell L. Rev.*, 1983, pp. 617 ss.; “Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law”, *Duke L. Journ.*, 1987, pp. 1 ss.) o de S.W. Halpern (*loc.cit.*, pp. 1.159-1.165). Afortunadamente, esta embriaguez del análisis económico del Derecho sólo afecta a quien lo bebe, y no se contagia fácilmente fuera de las Universidades, por lo que aún no ha alcanzado en su pretendida esencia a los jueces norteamericanos, con la excepción del propio Posner. Como juez, ha aplicado a rajatabla sus tesis en el asunto *NIPSCO (Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Coal Company*, 7th Circuit, 1986) llegando a afirmar que los cambios de precios son siempre esperables en los contratos de larga duración, por lo que cualquier contrato de suministro que deje de proteger a una parte de las fluctuaciones de mercado

## B) El modelo continental dominante

11. La propuesta de sistemas como el alemán, el suizo, el italiano y buena parte de los sistemas latinoamericanos u orientales, al que podría sumarse sin dificultad modelos más timoratos como el español, concibe la imposibilidad y la excesiva onerosidad desde un punto de partida muy parecido al del modelo angloamericano, entendido desde bases objetivistas o sociales.

El Derecho alemán recurre finalmente a un doble concepto de imposibilidad material (§ 275 BGB) y de frustración de la base negocial (§ 313 BGB), permitiendo englobar en este último tanto la imposibilidad económica como el *hardship*. Poco importa que el referente legal sea el principio de buena fe (Derecho alemán) o la doctrina de la integración de lagunas, más propiamente de las lagunas “axiológicas” (*Lückenausfüllende Auslegung* del Derecho suizo)<sup>39</sup>. Básicamente de lo que se trata es de determinar, sobre la base de criterios o estándares objetivos de razonabilidad, la solución o resolución que merecería un contrato si unas partes razonables hubieran podido prever la circunstancia sobrevenida o en qué medida la causa del contrato ya no existe. El modelo se inspira abiertamente en una reconstrucción legal del contrato y no de la voluntad de las partes entendida como circunstancia fáctica, y la dimensión objetiva y social se sobrepone a una dimensión subjetiva que deviene inútil una vez que concurren, sin culpa de las partes, circunstancias que no pudieron ser tenidas en consideración al momento de contratar<sup>40</sup>.

En resumidas cuentas, el modelo alemán se construye sobre una dimensión social sobre una base acaso histórica, pues sus doctrinas acaban refiriéndose a experiencias jurídicas relativas a calamidades y desastres en masa. Como contraste, el

---

indeseables constituye una expresa asunción de riesgo que prohíbe la aplicación de la doctrina de la imposibilidad. Su decisión, empero, ha sido objeto de severas críticas por su carácter inflexible y rígido, inapropiado para acomodarse a la intrínseca complejidad de la práctica comercial (*vid.* S.E. Wuorinen, “*Northern Indian Public Service Company v. Carbon County Coal Company: Risk Assumption in Claims of Impossibility, Impracticability, and Frustration of Purpose*”, *Ohio State L. Journ.*, vol. 50, pp. 163-179, esp. p. 177). Otras críticas a las tesis de Posner parecen menos fundadas y responden a planteamientos dogmáticos acaso más inconsistentes. Desde un pretendido postmodernismo feminista, a nuestro juicio poco feminista y menos postmoderno y más bien superficial, M.J. Frug ataca los planteamientos de Posner y Rosenfeld, pues “como un pene, es una propuesta conceptual singular, intimidatoria, rígida y presumida” (“Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law”, *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 140 (1991-1992), p. 1.035), o “en el fondo, el enfoque sustantivista de ambos autores a favor de la ejecución (*performance*) del contrato y contra la excusa (*discharge*) viene enfatizado por el contraste entre el vocablo “*performance*” y su asociación con un coito heterosexual completo y convencional, y la asociación del término “*discharge*” y sus connotaciones con un *coitus interruptus*, poluciones nocturnas y masturbación” (*ibid.*, p. 1.037). Sólo el temor a no ser sospechosos de machismo o el deseo de resultar políticamente correctos puede impedir que asociemos tales planteamientos, simplemente disparatados, a cierta ociosidad malsana.

<sup>39</sup> H. Smit, *loc.cit.*, pp. 293-296.

<sup>40</sup> El modelo alemán parte, sin embargo, de una situación muy similar al modelo inglés del siglo XIX, sobre la sólida base del principio *pacta sunt servanda* y la autonomía de la voluntad de las partes acorde con los postulados liberales. Pero es a principios del siglo XX cuándo el modelo germánico de contrato se desprende del subjetivismo y se hace más social y cercano a consideraciones extracontractuales y a un concepto más global del régimen de las obligaciones (P. Hay, *loc.cit.*, p. 346). En este proceso de construcción de la frustración del contrato sobre el concepto de “lagunas axiológicas” o el principio general de buena fe, inciden de forma notable los supuestos litigiosos que se producen tras las dos conflagraciones mundiales, que ayudan a la evolución de una determinada concepción.



Derecho inglés, que inspira a los modelos angloamericanos, se erige sobre una práctica de los contratos comerciales internacionales, singularmente vinculados al Derecho marítimo, hecho que explicaría acaso su aversión a la terminación del contrato y su defensa de los pactos establecidos. Las contradicciones del modelo angloamericano ya las hemos puesto de relieve; pero el modelo romano-germánico dominante tampoco escapa a todos los riesgos. Como han destacado K. Zweigert y H. Kötz<sup>41</sup>, las cláusulas o conceptos generales del “modelo social” que caracteriza al Derecho alemán pueden provocar un alejamiento poco saludable del principio básico del “contrato”, de forma que debe atemperarse la función creativa del juez, limitándola a la cobertura de verdaderas lagunas, atribuyendo riesgos comerciales razonables según estándares típicos<sup>42</sup>.

### C) El modelo continental excepcional

12. El modelo francés se aparta, sin duda alguna, de la posibilidad de confluencia con el resto de sistemas jurídicos. La doctrina de la *force majeure* se configura como una doctrina restrictiva desde diversos puntos de vista, muy rígidamente configurada por una jurisprudencia abundante. Exige, de un lado, una imposibilidad material absoluta, por lo que no se compadece con eventuales supuestos de frustración de la causa o de excesiva onerosidad. Incluso no admite casos de imposibilidad económica u onerosidad extrema. En suma, si admitimos que el modelo francés es encierra una respuesta arcaica y descartable, nos encontramos reducidos el espectro a dos grandes culturas: el modelo angloamericano y el modelo germánico.

## 2. ¿Es posible una unificación internacional del régimen del *hardship*?

13. En el epígrafe anterior hemos llegado a la conclusión de una posible convergencia sobre los principios que pueden justificar la imposibilidad o el *hardship*, tanto en el *Common Law* como en los sistemas romano-germánicos. Sin embargo, los obstáculos para una unificación internacional del régimen de la frustración del contrato no desaparecen por el mero hecho de convenir en dichos principios. La divergencia esencial se produce a la hora de establecer los efectos concretos de dichas instituciones y, en particular, a la hora de arbitrar las repuestas en casos de excesiva onerosidad.

Aún cuando pudiera existir una convergencia en la definición de los distintos supuestos de excesiva onerosidad, las divergencias aparecen esencialmente en el régimen de sus efectos jurídicos<sup>43</sup>. La doctrina angloamericana sufre a la hora de

---

<sup>41</sup> *Op.cit.*, pp. 534-536.

<sup>42</sup> En el mismo sentido, H.J. Berman critica la socialización de las excusas del incumplimiento inspiradas en la cláusula *rebus sic stantibus* y cree preferible confiar en el contrato y en las cláusulas de *hardship*, en la voluntad de las partes en suma, de forma especial en el comercio internacional (*loc.cit.*, p. 1.437).

<sup>43</sup> A este respecto, es interesante recordar las reflexiones de A.H. Puelinckx (*loc.cit.*, pp. 50-51) en torno a los diferentes efectos que desplegarían en los sistemas inglés, francés o alemán de algunos casos bien conocidos. Si tenemos en cuenta los denominados “Suez Canal Cases”, el Derecho inglés coincidiría con el Derecho francés en no reconocerlos como supuestos de frustración o fuerza mayor. En cambio, los Tribunales alemanes, sobre la *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, procedería a adaptar el contrato. Un segundo ejemplo puede obtenerse del caso *Jackson v. Union Marine Insurance Co Ltd* (1874). Un buque fue fletado con el objeto de realizar urgentemente un viaje de Liverpool a Nueva York, pero graves y repentinos daños le impidieron navegar y tuvo que permanecer en el puerto durante semanas. Los

distinguir frustración o impracticabilidad de imposibilidad o fuerza mayor, pues en todos estos casos el efecto es el mismo: la resolución del contrato, y esta limitación de efectos suscita la cuestión esencial de hasta qué punto es posible hablar de *hardship* como institución específica, cuando no cabe una revisión o adaptación del contrato<sup>44</sup>. Pues si las tesis subjetivistas angloamericanas pueden permitir, a través de la doctrina de la frustración de la causa, la atribución de efectos jurídicos a casos de excesiva onerosidad, resulta claro que su flexibilidad no llega a admitir, sin grave quebranto de su “cultura contractual”, una revisión o adaptación judicial del contrato, siquiera se trate de una modificación muy puntual de algunas de las cláusulas. En efecto, seguramente permitir la revisión del contrato en supuestos de excesiva onerosidad no supone un riesgo de incremento de litigiosidad, pues, como bien apunta D. Tallon, la jurisprudencia civil alemana o la jurisprudencia administrativa francesa, merced a una aplicación consecuente con la excepcionalidad del recurso, no han provocado precisamente una catarsis de supuestos litigiosos. El verdadero riesgo radica en las diferentes “culturas” a la hora de valorar, por ejemplo, cuándo la onerosidad es excesiva, o al establecer el juego de la opción “terminación-revisión”. Y es que el “*hardship* es una buena muestra del difícil ejercicio de la unificación del Derecho. Poco a poco el concepto se va clarificando. Y demuestra cuán instructiva resulta la aproximación comparatista”<sup>45</sup>.

Con todo, pese al pesimismo de D. Tallon, es menester reconocer una cierta apertura del Derecho norteamericano a la adaptación del contrato en supuestos de impracticabilidad o imposibilidad económica equivalentes al *hardship*. Tal posibilidad, que de hecho ya aparece recogida en el § 2-615 UCC (*comment 6*) y en el *Second Restatement*, se materializó a partir del caso *Alcoa* en 1980<sup>46</sup>, por lo que, en este punto, la divergencia, al menos de forma radical, sólo sería predicable respecto del Derecho inglés<sup>47</sup>.

---

tribunales ingleses concibieron el supuesto como un caso de frustración de la causa por dilación grave. Los tribunales franceses lo habrían considerado un caso de fuerza mayor temporal, y previsiblemente se habrían limitado a una suspensión del cumplimiento mientras duraran las reparaciones. Quizás el Derecho alemán habría optado por una adaptación del contrato, aunque a nuestro juicio la resolución parece más conforme con la urgencia como elemento consustancial del contrato. Añadiríamos nosotros que también la solución sería bien diferente en los *coronation cases*: para el Derecho alemán y el inglés serían casos de frustración de la causa que requerirían la resolución del contrato, mientras que el Derecho francés no los consideraría supuestos de fuerza mayor y exigiría la responsabilidad contractual.

<sup>44</sup> D. Tallon, *loc.cit.*, *op.cit.*, 1998, p. 329. En el mismo sentido, señalando la revisión del contrato como punto de divergencia esencial entre *civil* y *common law*, vid. L.M. Dreschler, “Frustration of Contract: Comparative Law Aspects of Remedies in Cases of Supervening Illegality”, *New York Law Forum*, vol. 3, 1957, p. 62.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>46</sup> *Sent. United States District Court for the Western District of Pennsylvania (Aluminium Company of America v. Essex Group, Inc.)*. Vid. especialmente S.W. Hubbard, “Relief from Bundersome Long-Term Contracts: Commercial Impracticability, Frustration of Purpose, Mutual Mistake of Fact, and Equitable Adjustment”, *Missouri L. Rev.*, vol. 47, 1982, pp. 80-81, 103-107; S.W. Halpern, *loc.cit.*, pp. 1.154-1.157; P. Gallo, *loc.cit.*, p. 301.

<sup>47</sup> Aunque de forma restrictiva, la doctrina *Alcoa* habilita un reajuste judicial del precio del contrato en supuestos de impracticabilidad sobrevenida, ya previsto como último recurso tanto en el UCC como en el *Second Restatement* cuando la mera opción entre cumplimiento o excusa no bastara para alcanzar una solución equitativa. Sobre un criterio semejante, la sentencia *Alcoa* dispone: “A la luz de las circunstancias que desbaratan la fórmula del precio, una solución basada en la modificación del precio

### 3. El contrato internacional y el *hardship*

14. La relevancia de la frustración del contrato es acusadamente mayor en el ámbito del comercio internacional, en comparación con el tráfico doméstico, pues las operaciones transfronterizas se enfrentan con mayor frecuencia a acontecimientos extraordinarios que impiden o agravan el cumplimiento, tales como conflictos armados, intervenciones públicas de lo más variadas, fluctuaciones monetarias, etc.<sup>48</sup>

El Estudio del Derecho comparado revela no sólo diferencias muy acusadas entre los sistemas jurídicos, sino, sobre todo, inconsistencias e inseguridades que hacen muy poco realista un cálculo seguro acerca del régimen jurídico resultante si sobreviene una circunstancia imprevista o poco probable. Las soluciones que proporcionan sistemas más aquilatados, incluso el propio Derecho inglés, no son, por lo demás, reconfortantes, particularmente si se tiene en cuenta su rigidez a la hora de admitir una revisión del contrato en caso de excesiva onerosidad<sup>49</sup>. Como indica M. Fontaine<sup>50</sup> cuando el contrato incluye una sumisión a un Derecho estatal que no reconoce efectos legales a la excesiva onerosidad sobrevenida es cuando las cláusulas de *hardship* cobran toda su trascendencia, de forma que la autonomía material debe corregir la autonomía conflictual. Hipotéticamente ello no debería ser necesario si las partes someten el contrato a un régimen como el de los Principios UNIDROIT o los PECL, aunque dicha remisión no sea admitida como “autonomía conflictual”<sup>51</sup>. En efecto, salvo casos aislados, como el argelino, los ordenamientos estatales que pudieran regir el contrato como *lex causae* permiten, de hecho, dicha autonomía “material”, cuya eficacia quedaría igualmente garantizada.

En todo caso, las dificultades e inseguridades señaladas siguen aconsejando que, en la medida de lo posible, las partes puedan asegurar sus prestaciones y repartir sus riesgos mediante cláusulas de *hardship* o de fuerza mayor, más eficaces cuanto más precisas<sup>52</sup>. Las cuestiones que exige su interpretación y aplicación no son sencillas. Por

---

estipulado en el contrato preservará la finalidad y expectativas de las partes mejor que ninguna otra. Tal solución es indispensable para garantizar la justicia en este caso”. No falta quien, a pesar del precedente, estime que la adaptación a través de la intervención judicial “todavía” no resulta apropiada en el Derecho norteamericano (S.W. Halpern, *loc.cit.*, p. 1.175).

<sup>48</sup> *Vid.* en este sentido H.J. Berman, *loc.cit.*, p. 1.415.

<sup>49</sup> Sin embargo, buena parte de los casos internacionales de frustración del contrato se han resuelto en virtud de arbitraje conforme al Derecho inglés. La razón, advertida por F.H. Lawson (“Fault and Contract – A Few Comparisons”, *Tulane Law Review*, vol. 49 (1974-1975), p. 304) tiene que ver con su vinculación a supuestos de transporte marítimo y a la estandarización de esta contratación, habitualmente acompañada de sumisión a arbitraje en Londres y elección del Derecho inglés.

<sup>50</sup> “Les clauses de hardship (aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à terme)”, *D.P.C.I.*, 1976, p. 11.

<sup>51</sup> Así ocurre, según la interpretación más extendida, de conformidad con el art. 3 del Convenio de Roma de 18 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<sup>52</sup> *Vid.* Sobre la naturaleza, función y tipología de las cláusulas de *hardship* en la contratación internacional Ph. Kahn, *passim.*; M. Fontaine, *loc.cit.*, pp. 14-42; Id., “Les contrats internationaux à long terme”, *Etudes offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 270 y 272. A. Frignani, “La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e di Common Law”, *Riv.dir.civ.*, 1979, 680-712; P. Van Ommeslaghe, *loc.cit.*, pp. 41-59; N. Marchal Escalona, *loc.cit.*, *passim.*

mucha prevención que hayan desplegado las partes, finalmente juegan con eventos imprevisibles, cuyas lagunas deberán ser cumplidas, cuyo acontecimiento habrá de ser constatado y, en su caso, las propias obligaciones y el contrato en sí adaptado y revisado con nuevos criterios. Desde luego, el arbitraje comercial internacional y las técnicas de ADR están llamadas a desplegar en este punto un servicio notable<sup>53</sup>. Pero la sumisión a Arbitraje sin precisión del régimen legal no está exenta de riesgos. La solución arbitral no es en sí misma una solución a las divergencias e indefinición que revela un estudio del Derecho comparado. De hecho, los propios árbitros revelan una acusada disparidad de criterios a la hora de determinar la conveniencia de reconocer los supuestos de imposibilidad o excesiva onerosidad si deben resolver en equidad o conforme a los criterios generales de la *Lex Mercatoria*. Si es cierto que en muchos laudos se detecta una tendencia a admitir un concepto más generoso de la excesiva onerosidad en los contratos internacionales<sup>54</sup>, también lo es que los árbitros, tradicionalmente, se han mostrado muy partidarios de una concepción subjetivista del contrato, reacia a alejarse excesivamente de la letra del contrato y de su *sanctity*<sup>55</sup>.

En suma, hoy por hoy las partes deben ocuparse y preocuparse, al redactar su contrato, en cerrar la suerte de los supuestos de imposibilidad o *hardship* a través de cláusulas lo más precisas que sea posible. Además, no deben descartar la conveniencia de designar un régimen de cierre para los supuestos o contingencias no contempladas, que bien puede ser el propio de los Principios UNIDROIT o de los PECL, si, como es probable, ningún Derecho nacional les resulta suficientemente seguro. Como colofón, la aplicación de estos principios sólo aparece plenamente garantizada por la vía arbitral, aunque en el punto que nos ocupa es menester reconocer que los sistemas nacionales, y sus órganos jurisdiccionales, no pondrían presumiblemente traba alguna a lo pactado o dispuesto por las partes, incluida la incorporación de los Principios. La dificultad sólo nacería de las propias limitaciones o deficiencias de estos regímenes y, en su caso, en la acción de normas de intervención estatales a las que no escaparán con facilidad ni los laudos arbitrales ni las decisiones judiciales.

---

<sup>53</sup> En particular, el papel del arbitraje en la revisión contractual en supuestos de *hardship* es puesto de relieve, entre muchos otros, por A. Frigani (*op.cit.*, p. 75; *loc.cit.*, pp. 705-712).

<sup>54</sup> M.C.A. Prado, “Nuevas perspectivas de reconocimiento y aplicabilidad del *hardship* en la jurisprudencia arbitral internacional”, *R.C.E.A.*, vol. XVIII, 2003, pp. 13-42.

<sup>55</sup> P. Bernardini, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 196.