

COVID-19 Y FRUSTRACIÓN DE CONTRATOS INTERNACIONALES

(COVID-19 AND FRUSTRATION OF INTERNATIONAL CONTRACTS)

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO (España)*

Sumario: I. Introducción. II. Instituciones relativas a la frustración del contrato: 1. Imposibilidad o fuerza mayor. 2. Imposibilidad económica. 3. Frustración de la causa. 4. Excesiva onerosidad o *hardship*. III. Tratamiento de los requisitos y efectos de los supuestos de frustración del contrato: 1. Efectos del incumplimiento en caso de imposibilidad material o económica. 2. Efectos del incumplimiento temporal o permanente. 3. *Efectos del incumplimiento total o parcial*. 4. *Efectos específicos de la excesiva onerosidad*. 5. El papel de la autonomía de la voluntad. IV. Conclusión: acciones frente a la indefinición internacional del régimen legal de la frustración del contrato motivada por la Covid-19.

Resumen: La pandemia provocada por la Covid-19 ha provocado hechos y medidas legales que han imposibilitado el cumplimiento de contratos internacionales o alterado de forma severa sus bases negociales. La imposibilidad o fuerza mayor, la frustración de la causa del contrato y la excesiva onerosidad sobrevenida o *hardship* son algunas de las instituciones legales que buscan dar respuesta a los efectos que sobre los contratos producen tales circunstancias sobrevenidas. Este artículo da cuenta de la gran variedad de soluciones y alternativas que arroja un análisis de Derecho comparado referido tanto a los sistemas estatales como a los textos internacionales de armonización del Derecho de los contratos. Tal diversidad afecta no solo al diferente grado de admisión de las distintas fórmulas jurídicas, sino también al régimen concreto de sus efectos y de las condiciones bajo las cuales cabe una exoneración de responsabilidad contractual o una modificación del contenido del contrato. La falta de previsibilidad jurídica que implica esta falta de armonización internacional en las soluciones explica en buena medida las recomendaciones adoptadas por el IHLADI para minimizar los riesgos jurídicos de la pandemia en la contratación internacional.

Palabras clave: Contratos internacionales – Covid-19 – Excesiva onerosidad sobrevenida – Frustración del contrato – Fuerza mayor – Imposibilidad

Abstract: The pandemic caused by the Covid-19 has led to events and legal measures that have made the performance of international contracts impossible or severely altered their negotiating bases. Impossibility or force majeure, frustration of the cause of the contract and hardship are some among legal institutions that seek to respond to the effects of such supervening circumstances on contracts. This article shows the great variety of solutions and alternatives that a comparative law analysis of both state systems and international texts on the harmonisation of contract law yields. This diversity

* Miembro y Secretario General del IHLADI. Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

concerns not only the different degree of admissibility of the various legal formulas, but also the concrete regime of their effects and the conditions under which an exception to breach of contracts or a modification of the content of the contract is possible. The lack of legal predictability implied by this absence of international harmonisation explains to a large extent the recommendations adopted by the IHLADI to minimise legal risks of the pandemic on international contracts.

Keywords: Covid–19 – Force majeure – Frustration of contract – Hardship – Impossibility – International contracts.

I. Introducción

La pandemia de la Covid–19 ha dado lugar a circunstancias de variada índole, capaces de provocar la imposibilidad de cumplimiento o de alterar de forma sensible el equilibrio de muchos contratos internacionales. Más que los efectos en sí mismo de la pandemia y de la propia enfermedad asociada, la alteración de los contratos viene provocada particularmente por las medidas legales excepcionales adoptadas por los Estados y las Organizaciones internacionales, tales como: incautaciones o embargos; imposibilidad de acceso a materias primas y componentes; prohibición de actividades económicas (construcciones, hostelería, fabricación de productos, etc.); alteraciones de la oferta o de la demanda; encarecimiento de productos y costes de producción; cuarentenas, confinamientos y cierres perimetrales; limitaciones legales al tránsito y transporte de mercancías, personas y servicios.

Tales circunstancias cumplen las condiciones que los ordenamientos jurídicos exigen para configurar supuestos de imposibilidad, fuerza mayor o caso fortuito, frustración de la causa del contrato, excesiva onerosidad o *hardship*.

Se trata, en primer lugar, de acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes contratantes. Este elemento caracterizador de los supuestos de frustración del contrato, entendida en sentido amplio, es común en el Derecho comparado¹. En el art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, en el art. 7.1.8 de los Principios OHADAC, en el art. 89 de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos o en el art. 8.108 PECL² (III–3:101 DCFR³) se habla de “impedimentos ajenos a su control” o “fuera de su control”. Como una condición vinculada a la falta de culpa se hace mención asimismo a la inevitabilidad y exterioridad de las circunstancias impeditivas. Básicamente, se trata de que la circunstancia se encuentre fuera del control de las partes. Otra circunstancia diferente, pero asimilable, y determinante de la culpa del deudor que impide la exoneración de su responsabilidad en caso de

¹ *Vid.* H. Lawson, “Fault and Contract – A Few Comparisons”, *Tul. L. Rev.*, vol. 49, 1974–1975, p. 299.

² Principios de Derecho contractual europeo de la Comisión Lando.

³ Draft Common Frame of Reference: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

fuerza mayor, es la mora, seguida del acontecimiento impeditivo⁴.

En segundo lugar, la mayoría de los sistemas exigen que los acontecimientos sean “sobrevvenidos”, es decir, posteriores a la conclusión del contrato. Si las circunstancias causantes de la imposibilidad de cumplimiento existen en el momento de perfeccionarse el contrato, estas determinan su nulidad por error o por recaer sobre un objeto imposible o irrealizable⁵. No obstante, junto con algunos sistemas civilistas más clásicos (Derecho administrativo francés sobre la imprevisión), una excepción en este punto es la que propone el § 266 del *Second Restatement of Contracts* norteamericano, al considerar supuestos de impracticabilidad o frustración los motivados por circunstancias existentes en el momento de contratar, pero que resultaban desconocidas ni razonablemente cognoscibles por la parte perjudicada, criterio seguido en el art. 7.1.8 de los Principios OHADAC. De igual modo, la precisión temporal suscita dudas en el art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, en el art. 89 de los Principios Lationamericanos del Derecho de los contratos y en el propio art. 79 CISG⁶.

En tercer lugar, una de las condiciones aparentemente consustanciales a los supuestos de frustración del contrato es la imprevisibilidad en el momento de contratar de las circunstancias sobrevvenidas que impiden el cumplimiento. La previsibilidad se reconduce en la mayoría de los sistemas a términos de probabilidad razonable, Como indica P. Birks, “el evento debe haber sido tal que personas de una inteligencia media pudieran haberlo apreciado como probable. Por lo demás el

⁴ Así se contempla expresamente, por ejemplo, en los arts. 1096 y 1182 Cc español, o en el art. 1590 del Cc ecuatoriano (art. 1547 Cc chileno): “El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevvenido por su culpa”. En el caso de la exoneración de la contraprestación del acreedor existen asimismo límites derivados en su participación o responsabilidad en los hechos o circunstancias de la imposibilidad, siempre sin perjuicio de un reparto de riesgos diferente que emane del propio contrato (*vid. especialmente* A. Lamarca Marqués, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001, esp. pp. 119–201).

⁵ A título de ejemplo, la nulidad por error o imposibilidad es la sanción que contemplan expresamente las siguientes disposiciones: antiguo § 306 BGB; art. 20 C.O. suizo; § 878 Cc austríaco. En particular, para la compraventa: art. 1.601 Cc francés; arts. 1.346 y 1.418 Cc italiano; art. 1.558 Cc portugués; art. 1.460 Cc español; Arts. 8.108 y 4.103 PECL; arts. II–7:201 y III–3:104 DCFR; art. 38.1 de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos. Sin embargo, cabe notar que los sistemas más modernos no siguen el principio «*impossibilium nulla est obligatio*», de forma que el hecho de que la objeto o la prestación resulte imposible en el momento de contratar no invalida por sí misma el negocio, sino sólo cuando concurre un error propiamente dicho [art. 3.3. Principios UNIDROIT; art. 3.1.3 Principios OHADAC; art. 4.102 PECL; artículo II–7:102 DCFR; §§ 275 y 311a BGB tras la reforma de 2002. El actual § 313.2 BGB asimila asimismo el cambio de circunstancias al error sobre circunstancias falsas en el momento de contratar, como base del *hardship*].

⁶ Convención NU de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

evento y sus circunstancias debe haber sido previstos con cierto detalle: para excluir la frustración no es suficiente, por ejemplo, que hubiese sido previsible alguna interferencia en el cumplimiento, si la interferencia que acontece en realidad tiene un alcance completamente distinto al previsto o previsible”.⁷ El art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, el art. 7.1.8 de los Principios OHADAC y el art. 8.108 PECL (artículo III–3:104 DCFR) participan de un concepto débil de imprevisibilidad/inevitabilidad. Del mismo modo, en otros sistemas no se menciona ni siquiera la imprevisibilidad, sino más bien la irresistibleidad (art. 89 de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos). La imprevisibilidad, inevitabilidad o *aleas* puede aparecer, sin embargo, como un elemento consustancial al contrato, en cuyo caso el hecho de que se produzca o no el acontecimiento aleatorio no altera en modo alguno las obligaciones establecidas en el contrato. Piénsese en los contratos de seguro, bursátiles o en las obligaciones relativas a los juegos de azar⁸.

En suma, las circunstancias excepcionales a que ha dado lugar la pandemia cumplen las condiciones requeridas para que pueda invocarse fuerza mayor o imposibilidad, pero también toda una serie diversa de instituciones jurídicas cuyos efectos presentan un alcance muy diverso en el Derecho comparado, y que se ordenan en razón de los distintos efectos que sobre el contrato pueden producir tales circunstancias.

II. Instituciones relativas a la frustración del contrato

1. Imposibilidad o fuerza mayor

La imposibilidad, fuerza mayor o caso fortuito implica que las circunstancias derivadas de la Covid–19 provocan una imposibilidad material de cumplimiento de las obligaciones contractuales. Tal imposibilidad puede ser, indistintamente, física, legal o personal y conlleva la exoneración de responsabilidad derivada del

⁷ Vid. *English Private Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 157.

⁸ Por otra parte, aun no siendo consustancial, el evento improbable puede haber sido parte consustancial de un contrato no necesariamente aleatorio. En efecto, en muchos casos los contratos se llevan a cabo con un talante especulativo, en la confianza de que un hecho improbable no ocurra o, al contrario, acontezca (una recalificación de un terreno, su expropiación, el cambio de régimen urbanístico, etc.). Esta ventaja del azar forma parte, en consecuencia, de muchos contratos y es asumida por ambas partes, tanto en lo que respecta al riesgo como, por supuesto, al coste de la operación habida cuenta del riesgo. Corresponde al juez determinar en este tipo de contratos, a la luz de las circunstancias del caso, en qué medida el evento inopinado formaba parte de su causa, y hasta qué punto puede considerarse un contrato especulativo, pues, en particular esta consideración es esencial a la hora de decidir la resolución del contrato ocasionada en la frustración de su finalidad o causa (*vid.* R. Friel, *The Law of Contract*, 2ª ed., Dublín, Sweet & Maxwell, 2000, pp. 326–328).

incumplimiento. Se trata de una doctrina ya contenida en el Derecho romano para las obligaciones de dar (*non implear quia non potest*), recogida por la pandectística y que se extiende en el § 275 BGB a las obligaciones de hacer⁹, y así, con carácter y alcance general, se recoge en los Derechos nacionales en la actualidad sin diferencias radicales y en los textos de armonización internacional del Derecho de los contratos: art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT; art. 8.108 PECL; artículo III-3:104 DCFR; art. 7.1.8 Principios OHADAC; arts. 89-90 Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos.

Las reglas generales sobre imposibilidad resultan a menudo exceptuadas o reguladas de forma específica en supuestos de destrucción del bien en contratos específicos, singularmente los de compraventa, al existir normas especiales sobre la transmisión de los riesgos, cuyo régimen legal prevalece, sin perjuicio de la autonomía que la voluntad de las partes pueda desplegar en este punto. Así, esta interrelación es esencial en la comprensión de los arts. 66 a 70 y 79 CISG¹⁰. La imposibilidad material, por otra parte, no puede invocarse cuando el objeto del contrato es un bien genérico, que por definición puede ser reemplazado en el mercado, tales como productos agrícolas o materias primas o el mismo dinero en las prestaciones dinerarias, pero sí cuando se trata de un bien específico, como podría ser, por ejemplo, una vacuna contra la Covid-19 con especificaciones precisas, que no puede ser sustituida por ninguna otra a los efectos, por ejemplo, de completar una segunda dosis, o cuando el contrato se refiera al suministro de una determinada vacuna producida en una determinada planta¹¹.

La imposibilidad física se asimila a la imposibilidad legal en el Derecho comparado. En esta última, el deudor tiene la posibilidad física de cumplir su obligación, pero su cumplimiento implicaría una conducta ilícita, contraria a una prohibición legal, impuesta bien por el Derecho del foro o, en caso de contratos internacionales, por la ley aplicable al contrato o por la ley de un tercer Estado cuya aplicación o toma en consideración resulte preceptiva. Muchas de las circunstancias sobrevenidas tras la pandemia tienen, precisamente, carácter legal y suponen restricciones justificadas por objetivos sanitarios o económicos. No cabe, empero, invocar imposibilidad legal si la disposición legal impide realizar propósitos que no eran consustanciales al contrato. Así, si una empresa había contratado el suministro de una determinada materia prima para producir un producto destinado a la

⁹ Vid. R. Zimmermann, *The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)*, Oxford University Press, 1996, pp. 810-811.

¹⁰ D. Tallon “art. 79”, *Commentary on the International Sales Law (The 1989 Vienna Sales Convention)*, Ed. C. M. Bianca y M. J. Bonell, Milán, Giuffrè, 1987, p. 575.

¹¹ Vid., para más detalles, S.A. Sánchez Lorenzo, “La frustración del contrato”, *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 3ª ed., t. II, Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2016, pp. 707-708.

exportación, no puede negarse a aceptar el suministro y pagar su precio por el hecho de que la exportación resulte imposible tras la Covid–19, si tal exportación no condicionaba o formaba parte del contrato de suministro¹².

Por último, la imposibilidad material puede derivar de la naturaleza *intuitu personae* de la obligación, en aquellos casos en que el cumplimiento por el sujeto resulta imposible por sobrevenir su muerte, incapacidad o indisposición para el cumplimiento. Esta hipótesis ha sido muy frecuente tras las medidas de restricción de la libre circulación internacional de personas motivadas por la pandemia, que ha significado imposibilidad de cumplir multitud de contratos de servicios personales, artísticos y profesionales, sin contar con el gran número de incapacidades personales provocadas por la extensión de la enfermedad. Asimismo, muchas muertes por Covid–19 se refieren a personas de edad avanzada sujetas a contratos de atención y cuidado, que han repercutido en la resolución de tales contratos¹³. En muchos sistemas jurídicos, además, se contempla la imposibilidad derivada de la muerte o incapacidad sobrevenida de una de las partes del contrato, si la personalidad forma parte esencial de la prestación, y con carácter general en los contratos laborales y de agencia. En los sistemas del *common law* se incluyen asimismo los supuestos de *unavailability*, en donde hay indisposición más que incapacidad (*ad ex.* confinamiento del prestador del servicio). También en el Derecho inglés se ha defendido la posibilidad de invocar imposibilidad o fuerza mayor en caso de riesgo grave para la salud (*Condor v. The Barron Knights Ltd*, 1966), que sería extensible en el caso de la Covid–19 al riesgo grave de contagio¹⁴. También La muerte o incapacidad del acreedor o incluso de un tercero puede constituir excepcionalmente una causa de imposibilidad, si su concurso en la prestación es necesario, por ejemplo en relación con un contrato para impartir clases de baile o de servicios de *fitness*.

2. Imposibilidad económica

La imposibilidad económica u “onerosidad extrema” es el fruto de una circunstancia sobrevenida que altera el equilibrio económico del contrato de forma absoluta o dramática. No es un mero encarecimiento de la prestación, sino una disfunción absoluta de la economía del contrato que supera sin duda alguna el *aleas*

¹² *Vid.* en este sentido D. M. Walker, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, 3ª ed., Edimburgo, T&T Clark, 1995, nº 31.50.

¹³ *Vid.* G. L. Widman, “Life–Care Contracts: Premature Death and Restitution; Assumption of Risk; Failure of Consideration; Frustration; Impossibility”, *The Hastings L.J.*, vol. 12, 1960–1961, pp. 432–441.

¹⁴ El mismo criterio se observa en la jurisprudencia de otros sistemas, como el francés: J. Denson Smith, “Impossibility of Performance as an Excuse in Fench Law: The Doctrine of Force Majeure”, *Yale L.J.*, vol. 45, 1935–1936, p. 456.

razonablemente exigible. No consiste en una imposibilidad física, pues el deudor puede estar en condiciones económicas de asumir el cumplimiento, pero éste no resulta exigible en la medida en que produce una onerosidad insostenible para el deudor. Un ejemplo ilustrativo es el que hace referencia a los casos de inflación extrema que se produjeron particularmente en algunos países europeos tras las dos conflagraciones mundiales del siglo XX. Este sería el supuesto contemplado en especial para las prestaciones características o no dinerarias en los arts. 7.2.2. de los Principios UNIDROIT; art. 9.102 PECL; III-3:302 DCFR; o en el § 275.II B.G.B. en su nueva redacción tras la reforma operada por la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001.

La consideración de la imposibilidad económica acreditada como un caso de fuerza mayor o imposibilidad material presenta variables en el Derecho comparado. La tendencia de los sistemas romano-germánicos a reconocer tal forma de imposibilidad es clara. En cambio, dentro del *common law*, en principio la imposibilidad económica no está contemplada como causa de exoneración en el Derecho inglés. Aunque en el comentario cuarto del párrafo 2-615 UCC norteamericano se cite curiosamente un único precedente, precisamente inglés [*Ford & Sons (Oldham) Ltd. C. Henry Leatham & Sons Ltd. (1915)*], para sustentar la doctrina de la “impracticabilidad”, este dato no es significativo –como señala G. H. Treitel¹⁵–, pues en realidad el caso citado en absoluto sustenta una hipotética doctrina del Derecho inglés favorable a la imposibilidad económica o impracticabilidad. Varios precedentes de la *House of Lords* confirman más bien la postura contraria [*Lancashire Ltd. V. CS Wilson & Co Ltd.*; *Blackburn Bobbin Co Ltd. V. TWallen (1918)*; *British Movietonews Ltd. V. London District Cinemas (1952)*]. La admisión de la “imposibilidad económica” parece más clara, sin embargo, en el Derecho norteamericano, particularmente en virtud del concepto de “impracticabilidad” contenido en el párrafo 2-615 UCC y en el 261 del *Restatement Second of Contracts* y seguido por parte de la jurisprudencia norteamericana. Al final, sin embargo, la impracticabilidad del Derecho norteamericano no acaba yendo mucho más allá de los supuestos de frustración de la causa del Derecho inglés¹⁶.

La mayor dificultad en la apreciación de la impracticabilidad, como causa de exoneración de la responsabilidad, consiste en determinar cuándo la onerosidad es

¹⁵ *Frustration and Force Majeure*, 2ª ed., Thomson/Sweet & Maxwell, Londres, 2004, *op. cit.*, pp. 280–281.

¹⁶ *Vid.* 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. 203, 229–230; M. García Caracuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 121–136; L. Crandall, “Commercial Impracticability and Intent in UCC Section 2-615: A Reconciliation”, *Connecticut L. Rev.*, vol. 9, (1976–1977), pp. 266–281.

tan extrema que la operación resulta comercialmente impracticable o imposible. La cuestión no es muy diferente para los sistemas romano–germánicos, más proclives a reconocer asimismo un tratamiento de la “excesiva onerosidad” o *hardship*. Pero para estos sistemas la duda es si se trata de imposibilidad económica o de simple onerosidad excesiva, cuyos regímenes jurídicos y efectos pueden diferir notablemente. Un estudio de la jurisprudencia norteamericana revela que una duplicación del coste no genera impracticabilidad, mientras que ésta es clara si supera un incremento diez veces superior al previsto en el contrato. La zona gris queda enmarcada por aquellos supuestos de incremento de la onerosidad entre el 200% y el 1.000%, que no es, precisamente, una horquilla desdeñable ni cualitativa ni cuantitativamente.¹⁷

3. Frustración de la causa

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.

La doctrina se construye en el Derecho inglés en torno a los denominados *Coronation Cases*. 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

¹⁷ Para 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, p. 91), dicha horquilla oscilaría entre el 100 y el 1.000%.

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 exigido en prestaciones radicalmente diferentes.

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 contrato¹⁸; 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 doctrina de la “*frustration of purpose*” funciona asimismo ante los tribunales norteamericanos, y se encuentra explícitamente recogida en el § 265 del *Restatement Second of Contracts*¹⁹. En otros sistemas del *common law* el concepto se ha incorporado, tal y como se formula en el asunto *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.* (1956). Así ha ocurrido en la *Sent. High Court of Australia* de 1982 (*Codelfa Construction Pty. Ltd. V. State Rail Authority of NSW*). 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 Cc 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 (o en el art. 1090 del Código Civil y Comercial argentino de 2014²⁰) 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. Por idéntico motivo, la institución de la

¹⁸ Vid. L. Ebin, “UCC § 2-615: Defining Impracticability Due to Increased Expense”, *University of Florida L. Rev.*, vol. 32 (1979-1980), pp. 527-530.

¹⁹ 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.

²⁰ “Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

frustración de la causa encaja bien en la mayoría de los sistemas latinoamericanos. El art. 6.3.2 de los Principios OHADAC regulan asimismo la frustración de la finalidad de la causa, contemplando al efecto la resolución del contrato por analogía con la solución del *hardship*, y el art. 85 de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos confiere el derecho a la resolución en casos de frustración definitiva de la causa.

4. Excesiva onerosidad o *hardship*

La excesiva onerosidad o *hardship* constituye “uno de los más agudos problemas del Derecho de contratos a lo largo del siglo XX”²¹. Se trata de una situación diferente de los supuestos de imposibilidad, incluida la imposibilidad económica u onerosidad extrema, analizada más arriba, 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 las circunstancias sobrevenidas que provocan un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes. 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 cumplidas²². 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”²³.

Los sistemas romano–germánicos han ido incorporando esta institución a sus sistemas jurídicos. La cláusula *rebus sic stantibus* es la justificación histórica del tratamiento de la excesiva onerosidad en los sistemas romanistas²⁴. A tenor de esta

²¹ L. Díez–Picazo, E. Roca Trías y A. M. Morales, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 291.

²² Así lo refieren expresamente, por ejemplo, los Principios UNIDROIT, en las notas correspondientes (p. 160). De igual modo, el art. 1440 del Cc peruano, el art. 581 Cc boliviano o el art. 1796Ter Cc mexicano prevén 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.

²³ Para algunos autores, la onerosidad excesiva puede establecerse a través de criterios porcentuales. Así, D. Maskow (“Hardship and Force Majeure”, *Am. J. Comp. 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.

²⁴ Vid. P. Gallo, “Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An Historical and Comparative Analysis”, *ERPL*, 1998, pp. 285–289.

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. 1467 del Cc italiano, que instaura la institución de la “excesiva onerosidad sobrevenida” para los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida. El modelo legal italiano se encuentra igualmente en otros textos, incluso anteriores: Grecia (art. 388 Cc)²⁵; Países Bajos (art. 6:258 Cc); Portugal (art. 437 Cc)²⁶; Argentina (art. 1.091 Código Civil y Comercial de la Nación de 2014; Brasil (arts. 478–480 Cc); Polonia (art. 269 Cc 1933); Hungría (§ 241 Cc); Checoslovaquia (§ 212 Cc); Egipto (art. 147.2º Cc); Etiopía (art. 3.183 Cc); o Argelia (art. 107 Cc, que anula cualquier pacto en contrario), entre otros países. 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. 581 Cc boliviano; 868 Ccom colombiano; 80 Cc cubano; 688 Ccom guatemalteco; art. 1330 Cc guatemalteco; 755 y 757 CCom hondureño; 1796, 1796 Bis y 1796 Ter Cc mexicano; 1161–A, 1161–B y 1161–C Cc panameño; 672 Cc paraguayo; 1440–1446 del Cc peruano. En otros sistemas latinos, aunque no haya una plasmación legal, el mismo principio aparece defendido jurisprudencial (Puerto Rico²⁷) o doctrinalmente (Chile²⁸). En otros, como Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Uruguay o Venezuela, la jurisprudencia parece escasa y no permite extraer ninguna conclusión clara al respecto. Finalmente, los países que se han inspirado en el Código civil francés anterior a 2016 mantienen el planteamiento clásico del Derecho francés anterior a la reforma, reacio a reconocer los efectos de la teoría de la imprevisión más allá de los contratos públicos (Haití, República Dominicana).

El sistema español se mostró hasta 2014 muy reacio a reconocer una eficacia práctica tangible a la cláusula *rebus sic stantibus*, a pesar de tibios reconocimientos

²⁵ Vid. P. Papanikolau, “Rebus sic stantibus und Vertragskorrektur auf Grundveränderter Umstände im griechischen Recht”, *ERPL*, 1998, pp. 303–317.

²⁶ A. Pinto Montero y J. Gomes, “Rebus sic stantibus – Hardship Clauses in Portuguese Law”, *ERPL*, 1998, pp. 319–332.

²⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2008 en el asunto *Banco Popular de Puerto Rico/Talavera* parece dar carta de naturaleza a la excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho portorriqueño: <http://www.lexjuris.com/LexJuris/tspr2008/lexj2008132.htm>

²⁸ R. Momberg Uribe ha defendido la doctrina de la imprevisión por vía interpretativa, si bien cree necesaria un reconocimiento legal en el Código civil chileno siguiendo el modelo argentino (*vid.* “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación en Chile”, *Revista chilena de Derecho privado*, nº 15, 2010, pp. 29–64).

legales como la Ley 493 de la Compilación Navarra o el art. 43 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Como bien señaló M. Pasquau Liaño²⁹ la jurisprudencia se aparecía como un “monumento en el aire”, pues en todos los casos dejaban de concurrir los presupuestos señalados para admitir la cláusula. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014 de 30 de junio, consolidando una línea jurisprudencial iniciada en las sentencias del mismo tribunal de 17 y 18 de enero de 2014, supuso un cambio radical hacia un reconocimiento abierto de la institución de la excesiva onerosidad en el sistema español sobre la base de las teorías de la causa y las bases negociales y de la asignación de riesgos, que debe ser enmarcada en un contexto económico de profunda crisis.

La evolución del Derecho francés ha sido aún más radical. La jurisprudencia francesa no admitía la incidencia de la excesiva o incluso extrema onerosidad sobrevenida³⁰. El trasunto de la regla *rebus sic stantibus* en el Derecho francés era la doctrina jurisprudencial de la “*imprévision*” cuya aplicación quedaba reducida a

²⁹ “Art. 1.258”, *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, t. II, Granada, Comares, 2000, p. 2.151.

³⁰ La jurisprudencia francesa anterior a 2016 se asentaba en el precedente conocido como “*Canal de Craponne*” resuelto por la Sentencia 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. 1134 Cc, 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”. Antes de la reforma, sin embargo, se atisbaba una cierta apertura. 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, 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 era 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*. 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. 1135 antiguo) y la buena fe (art. 1134 antiguo) y de las posibilidad de adaptación o revisión contractual que sugerían preceptos como el art. 1244 Cc francés antiguo (*vid. P. Cabrillac, Droit des obligations*, 4ª ed., París, Dalloz, 2000, pp. 85–87).

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. Con todo, la doctrina de la imprevisión ha tenido su reflejo en la doctrina latinoamericana que prefiere utilizar dicha expresión para referirse a esta doctrina, pese a que su verdadero impacto en el sistema francés no llega hasta 2016. En efecto, la reforma de 2016 introdujo en el Código civil el nuevo art. 1195 que, en caso de cambio de circunstancias, habilita al deudor a solicitar una negociación. En caso de rechazo o fracaso las partes pueden llegar a una resolución acordada o acordar asimismo la adaptación por el juez. Si no hay acuerdo al respecto en un plazo razonable, cualquier parte estará legitimada para solicitar al juez la revisión o resolución del contrato,

El modelo germánico, más fiel a la doctrina, presenta en este punto una acusada idiosincrasia. La cláusula *rebus sic stantibus* pasó desde los glosadores a Grocio y Pufendorf y fue 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 resolución³¹. Bajo la rúbrica más genérica y flexible de

³¹ La incorporación histórica de la cláusula *rebus sic stantibus* al Derecho alemán se analiza en K. Zweigert y H. Kötz (*An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, 1988, 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*”, *AJCL*, vol. 10, 1961, pp. 361–362; K. Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956. *op. cit.*, *passim*).

“*Störung der Geschäftsgrundlage*” esta solución aparece positivizada en el nuevo § 313 BGB. La evolución del modelo alemán se reproduce con increíble fidelidad en otros sistemas lejanos, como el japonés³². En Austria, la doctrina se incorpora por aplicación analógica de los §§ 936, 1052 y 1170^a ABGB. 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*.

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. 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 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. 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* (2^o Circuit, 1972), *Transatlantic Fin Corp. v. United States* (2^o Circuit, 1966), *Glidden Co. v. Hellenic Lines* (2^o 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 Buena Esperanza, incluso cuando la ruta del Canal de Suez se había expresado en el contrato³³. En el modelo estadounidense, se entiende que la doctrina de la

³² Vid. K. Iragashi y L. V. Rieke, “Impossibility and Frustration in Sales Contracts”, *Washington L. Rev.*, vol. 42 (1966–1967), pp. 445–462; A. K. Puelinckx, “Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law”, *J. Int’l. Arb.*, vol. 3, n^o 2, June 1986, pp. *loc. cit.*, pp. 62–63.

³³ Incluso H. J. Berman llamaba la atención sobre el hecho de que muchos de los contratos afectados incluían una cláusula CIF, 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, *loc. cit.*, p. 1422). Como excepción, en uno de

impracticabilidad no da cabida al *hardship* o excesiva onerosidad³⁴.

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, por más que en sucesivas opiniones, en particular la núm. 20^a, el *Advisory Council* de las N.U. sobre el Convenio haya insistido en su aplicabilidad³⁵. El 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.

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 convertía la obligación en “...a different kind wick the contract did not contemplate, and to wick it could not apply”.

³⁴ 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* (1944).

³⁵ El art. 79 CISG 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”, *AJCL*, 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, Civitas, 1998, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 637). A favor de la inclusión, no obstante, se pronuncian entre otros G. H. Jones y P. Schlechtriem sobre la base de un criterio de “inasequibilidad económica” [*International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII (Contracts in General), chapter 15 (Breach of Contract), Tubinga, Mohr Siebeck, 1999, 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*, 2^a ed., Deventer/Boston, Kluwer, 1991, pp. 542–544). El mismo criterio restrictivo defiende P. Salvador Cordech (*op. cit.*, pp. 642–644). G. H. Treitel manifiesta las dudas de que incluso se incluya en dicho precepto el concepto de “impracticabilidad” (*op. cit.*, pp. 306–307).

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)³⁶. 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 onerosidad³⁷. 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)

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 [art. 6.111 (2) b) y c)]. No obstante, no se hace referencia expresa a la exterioridad de las circunstancias. El DCFR contiene una reglamentación similar en el artículo III–1:110. Y la CESL, en su art. 89.

La reglamentación de los Principios OHADAC (art. 6.3.1) se aleja nuevamente en este punto de la reglamentación contenida en otros textos internacionales. Aunque recoge una regulación específica del *hardship* y de sus efectos, el único remedio previsto por la disposición consiste en la facultad de resolver el contrato mediante notificación por cualquiera de las partes, con la obligación de devolución o compensación por las prestaciones ya realizadas. Como se desprende de los comentarios al precepto, los Principios tratan de evitar la inseguridad que deriva de una obligación genérica de renegociación o de la intervención del juez o del árbitro adaptando el contrato, conforme a su afán de convergencia entre los diferentes sistemas en presencia. De ahí que los propios Principios propongan cláusulas contractuales específicas con distintas opciones: resolutive, con negociación y mediación, con adaptación por tercero, o mixtas.

Finalmente, el art. 84 Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos

³⁶ 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).

³⁷ Así se deduce, en efecto, de algunos ejemplos, como apunta M.C.A. Prado, “La théorie du *hardship* dans les principes de l’Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (une approche comparative des principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain”, *Dir. comm. int.*, 1997, p. 364.

regula expresamente la excesiva onerosidad, a través de una regulación somera que requiere, como primer paso, una renegociación en un plazo razonable que, por lo demás, no suspende el cumplimiento o ejecución del contrato. Es un primer paso indefinido y que puede impedir mitigar el daño de la resolución del contrato si no fructifica. Tal resolución, alternativa a la adaptación, es una de las opciones de solución final que se atribuye a jueces o árbitros subsidiariamente. La generalidad e indefinición de la regla no aconseja prescindir, pues, de una cláusula que contenga una reglamentación más extensa y detallada.

III. Tratamiento de los requisitos y efectos de los supuestos de frustración del contrato

1. Efectos del incumplimiento en caso de imposibilidad material o económica

La imposibilidad exonera al deudor de su responsabilidad, al no considerarse un supuesto de “incumplimiento» contractual”. No anula el contrato, como ocurre a menudo en aquellos supuestos en que concurre al momento de perfeccionarse al contrato. El lugar más común, en relación con los efectos de la imposibilidad, tiene que ver con la exoneración de responsabilidad del deudor a través de la pérdida por el acreedor de una acción de indemnización por daños y perjuicios. Tanto en los sistemas continentales (art. 1218 Cc francés reformado en 2016) como en los sistemas angloamericanos, se entiende que el deudor queda dispensado *ipso iure* del cumplimiento de su obligación desde el momento en que sobreviene el acontecimiento impeditivo. Además de este criterio, se suele admitir que los casos de imposibilidad evitan cualquier acción por el acreedor de cumplimiento específico, habida cuenta de que resultaría absurdo exigir un cumplimiento imposible³⁸.

Mayores diferencias se detectan a la hora de establecer si la concurrencia de la imposibilidad conlleva la resolución automática del contrato. Éste no es un efecto consustancial para algunos regímenes. En algunos sistemas, la extinción del contrato *ipso iure* viene prevista legalmente (art. 299.1º Cc cubano). En el *common law*, la frustración implica asimismo la terminación automática del contrato desde que tiene lugar el acontecimiento impeditivo, sin carga alguna para las partes de

³⁸ En el régimen previsto en el CISG se admite por algunos autores que el acreedor conserva incluso la acción de cumplimiento, aun cuando el deudor quede exonerado de la obligación de indemnizar por daños y perjuicios (*vid.* P. Salvador Cordech, *op.cit.*, pp. 653–654; G.J. Jones y P. Schelchriem, *op.cit.*, p. 98. A favor de la exclusión implícita se manifiesta J. O. Honnold (*op.cit.*, p. 551). Los PECL son claros al respecto (pp. 381–382): no cabe la acción de cumplimiento específico contemplada en el art. 9.102 (2) a) [artículo III–3:302 (3) DCFR], ni la acción por daños y perjuicios del art. 9.501 (1) [art. 3:701 (1) DCFR].

notificar el hecho o ejercitar acciones específicas³⁹. En la práctica, evidentemente, la alegación de frustración por el deudor tiene lugar al ser requerido por el acreedor para el cumplimiento o por incumplimiento. En otros regímenes, los supuestos de imposibilidad no evitan que el deudor ejercite la acción correspondiente para la resolución o terminación del contrato, a la luz del régimen previsto en el art. 7.1.7 (4) Principios UNIDROIT o el art. 79.5 CISG. En los PECL, en caso de imposibilidad el contrato termina *ipso iure*, sin que tenga relevancia alguna la declaración o notificación de terminación [art. 9.303 (4); artículo III–3:104 (4) DCFR], salvo en aquellos supuestos en que el incumplimiento es parcial, en que deviene decisiva la consideración por el acreedor acerca de si la demora conlleva un incumplimiento esencial que le habilita a dar por terminado en contrato o a una reducción del precio (art. 9.401; artículo III–3:601 DCFR). Los Principios OHADAC (art. 7.1.8) configuran la fuerza mayor como un supuesto de justificación del incumplimiento que confiere a la parte afectada la posibilidad de notificar la resolución del contrato, que en caso de cristalizar implicará la restitución de la prestación o la compensación por los beneficios recibidos. Contempla, asimismo, un régimen especial tanto para la imposibilidad parcial como para la temporal.

El incumplimiento del deudor dispensa asimismo al acreedor del cumplimiento de su contraprestación⁴⁰. En algunos sistemas romano–germánicos esta consecuencia, que se produce *ipso iure*, se encuentra expresamente contemplada en la ley (*ad ex.* art. 1.463 Cc italiano, art. 119.1 C.O. suizo, §§ 275 y 326.I BGB, tras la nueva redacción y numeración operada por Ley de 1 de enero de 2002). También lo prevé expresamente el art. 536 del Cc japonés. En aquellos sistemas que únicamente prevén la dispensa del cumplimiento de la parte cuya obligación deviene imposible (*ad ex.* § 1.447 Cc austriaco), la dispensa correlativa de la contraprestación viene precisada por vía jurisprudencial. Este efecto goza de un tratamiento semejante en los sistemas del *common law*. En ambos casos, es preciso tener en cuenta la presencia de un régimen específico de transmisión de riesgos contemplado en el propio contrato o, según su naturaleza, en su régimen legal correspondiente.

La cuestión problemática en este punto consiste en determinar en qué medida las prestaciones llevadas a cabo antes del acontecimiento impeditivo resultan recuperables. En los sistemas latinoamericanos cabe citar la previsión del art. 299.2 del Cc cubano, al entender que “en los contratos bilaterales, el deudor liberado por imposibilidad de cumplimiento está obligado a restituir lo que hubiese recibido”. Una disposición similar se encuentra en el art. 895 Cc argentino; art. 386 Cc bielorruso; art. 416 Cc ruso y el idéntico art. 349 Cc uzbeko (*a sensu contrario*). En los sistemas romano–germánicos destaca la previsión expresa del art. 795 del Cc

³⁹ *Vid.* G. H. Treitel, *op. cit.*, pp. 546–555.

⁴⁰ *Vid.* las referencias comparadas de M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 358–367.

portugués, que contempla la recuperación de las prestaciones ya realizadas sobre la base de las reglas generales del enriquecimiento sin causa. El art. 1.463 Cc italiano contempla la misma solución a través de las normas relativas a la *ripetizione dell'indebito*. En contraste, la vieja regla del *common law* de que el riesgo del incumplimiento justificado en casos de imposibilidad o impracticabilidad “*lies where it falls*” resultaba sin duda una regla excesivamente estricta y desequilibrada (*Appleby v. Myers*, Exequer Chamber, 1867). La *House of Lords* introdujo una modulación sensible en el asunto *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbain Lawson Combe Barbour Ltd.* (1943), al reconocer al acreedor el derecho a recuperar el pago realizado previamente al hecho frustrante, sobre la base de ausencia de *consideration*. Como quiera que se trataba de una solución puramente parcial al problema, el Parlamento promulgó la *Law Reform (Frustrated Contracts Act) de 1943*, que, pese a sus críticas, fue adoptada no sólo en Inglaterra, sino también en Nueva Zelanda, Victoria (Australia) y muchas provincias canadienses⁴¹. En los EE UU la mayoría de las jurisdicciones han rechazado asimismo el principio “*the loss lies where it falls*”, si bien los tribunales se han limitado a conceder la restitución del importe del valor del beneficio transmitido por una parte a la otra. No obstante, el concepto de “*benefit*” es tan abierto, que acaba abarcando bienes o servicios cuyo valor es en realidad nulo, a la vista del evento impositivo. Se han recuperado los gastos de reparación de estructuras que fueron totalmente destruidas por el fuego. La responsabilidad del propietario se ha medido en razón del valor del trabajo o prestación contractual realizada (*Young v. Chicope, Massachusetts, 1904*; *Carroll v. Bowersock, Kansas, 1917*). De hecho, la sección 272 del *Restatement Second of Contracts* va más allá del derecho a la simple restitución e incluye la recuperación de gastos e incluso de daños negativos o “*reliance*”, de forma muy parecida a los supuestos de responsabilidad precontractual. Aunque esta mayor flexibilidad ha sido saludada por la doctrina, su inseguridad explica la reticencia de los tribunales

⁴¹ La Ley establece el derecho del acreedor a recuperar las cantidades entregadas antes del acontecimiento impositivo, aunque tal derecho se limita en aquellos casos en que el deudor haya incurrido en gastos motivados por la celebración del contrato. En el caso de prestaciones no pecuniarias realizadas con motivo de la celebración del contrato, y antes del acontecimiento impositivo, se sigue una solución contraria al *common law* –entendido aquí en sentido estricto–, que estriba en arbitrar una compensación, siempre que tales prestaciones hayan producido un enriquecimiento de la otra parte (*valuable benefit*), circunstancia que avala la idea de que la Ley no intenta un auténtico reparto de riesgos entre las partes, hecho que a su vez justificaría el rechazo a la Ley en Nueva Gales del Sur, Australia del Sur o la Columbia Británica. Las disposiciones de la Ley resultan en todo caso derogables por voluntad de las partes y excluye el especial régimen de los contratos de transporte marítimo, contratos de seguros y compraventa de bienes específicos cuya causa de frustración sea su destrucción, al estar sometidos a reglas específicas de transmisión de riesgos y no recuperabilidad de pagos. Su texto y la interpretación dada al mismo en el asunto *BP Exploration Co. (Libya) v. Hunt (No. 2)*, (*QB* – 1 All ER, 925) pueden consultarse en R. Stone y N. Lucas, *Law of Contract (Cases and Materials)*, 2ª ed., Londres, Blackstone, 1998, pp. 211–218.

a seguir los criterios del Segundo *Restatement* y penetrar en el “laberinto de la incertidumbre”⁴².

Otra cuestión relevante es si la resolución del contrato puede hacerse depender de la notificación por el deudor al acreedor tanto del impedimento como de su efecto sobre el cumplimiento de su prestación, en un plazo razonable o determinado. Normalmente, aunque se trate de una condición legal en algunos sistemas, no impide la resolución del contrato, si bien puede generar responsabilidad por los daños que pudiera motivar la falta de notificación. Ésta es la solución contemplada concretamente en el art. 7.1.7. (3) de los Principios UNIDROIT; art. 7.1.8 Principios OHADAC; art. 8.108 (3) PECL [artículo III–3:104 (5) DCFR; art. 79.4 CISG y que es defendida asimismo en los sistemas finlandés, sueco, danés, griego, alemán, italiano, español, aunque no tiene parangón ni en el *common law* ni en el Derecho escocés.

Finalmente, cuando se trata de acontecimientos que no son notorios, y en especial cuando la imposibilidad de cumplimiento deriva de medidas legales adoptadas por los Estados a raíz de la pandemia, deviene esencial para el deudor que pretende exonerarse de su responsabilidad la prueba del hecho impeditivo. De ahí que hayan proliferado a raíz de la Covid–19 los certificados públicos de fuerza mayor, que emiten las autoridades de un país a instancia de los interesados para dejar constancia de las prohibiciones y medidas legales que amparan la invocación de la frustración del contrato.

2. Efectos del incumplimiento temporal o permanente

La imposibilidad de ejecución de la obligación puede resultar meramente temporal. En tal caso, es preciso determinar si la duración limitada del impedimento implica un mero aplazamiento del cumplimiento o es suficiente para la resolución del contrato. La solución, en este caso, no debe variar sustancialmente de los criterios que se utilizan para calificar la *mora debitoris*. En atención a la naturaleza y finalidad del contrato y a la debida interpretación de sus disposiciones, debe inferirse en qué supuestos un incumplimiento temporal, aun debido a imposibilidad, impide de forma absoluta atender a la finalidad del contrato, en cuyo caso la imposibilidad, incluso temporal, resolverá el contrato, dispensando al deudor de su obligación de forma permanente.

Este efecto se produce normalmente en los contratos con plazo o a tiempo absolutamente determinado, en que el momento del cumplimiento tiene tal significación que llevarlo a cabo en un momento distinto constituye una prestación

⁴² A diferencia del *common law*, el Derecho escocés ha reconocido el derecho de restitución desde el siglo XVII (vid. L. M. Drachler, “Frustration of Contract: Comparative Law Aspects of Remedies in Cases of Supervening Illegality”, *New York Law Forum*, vol. 3, 1957, p. 64.

diferente. Así ocurre, por ejemplo, si se demora la ejecución de una venta al por mayor de trajes de baño, que son expedidos al comercio minorista una vez que concluye el período estival; o un viaje charter contratado para asistir a la final de una competición deportiva se retrasa hasta el día posterior a su celebración. En otros casos, el plazo o tiempo del contrato puede considerarse únicamente como “relativamente” fijo, de forma que no impide objetivamente el cumplimiento, pero puede considerarse importante o determinante por las partes, según sus propias expectativas.

Por otra parte, el mero aplazamiento de la prestación puede provocar la concurrencia de circunstancias que alteren el interés y las expectativas comerciales, haciendo poco razonable la exigencia del cumplimiento del deudor o la contraprestación del acreedor. En tales casos, la imposibilidad material temporal acaba provocando una frustración del contrato, en el sentido expuesto más abajo, susceptible de provocar los mismos efectos que la imposibilidad⁴³. Además de la inmensa mayoría de los sistemas nacionales, el art. 7.1.7 (2) de los Principios UNIDROIT contempla la excusa temporal por un impedimento temporal “durante el tiempo que sea razonable en función del efecto del impedimento en el cumplimiento del contrato”. Una reglamentación similar se contiene en el art. 7.1.8

⁴³ Se trata de una solución extendida. Por ejemplo, así cabe interpretar lo dispuesto en el art. 1256.2° del Cc italiano, al contemplar que una imposibilidad temporal pueda dispensar al deudor del cumplimiento, siempre que se mantenga por un tiempo tan prolongado que, a la vista de la causa del contrato o de la naturaleza de su objeto, resulte irrazonable la responsabilidad del deudor por incumplimiento o justificado el desinterés del acreedor en recibir dicha prestación. Por poner solo otro ejemplo, el art. 1316 del Cc peruano sigue este mismo criterio: “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inexecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil”. En el caso también del art. 792 del Cc portugués se contempla únicamente la decadencia del interés del acreedor. Reglas especiales se contienen asimismo en los arts. 335–348 Cc griego; art. 6:74 Cc holandés; § 918 Cc austríaco; en las jurisprudencias belga, danesa y en la doctrina española, entre otros sistemas. En el Derecho alemán, el tratamiento jurisprudencial coincide con la disposición legal italiana. Los tribunales franceses eran más reacios a considerar que un impedimento temporal pudiese conducir a una imposibilidad permanente, pero tras la reforma 2016 el art. 1218 Cc contempla expresamente la fuerza mayor temporal como susceptible de implicar un incumplimiento definitivo y la resolución del contrato. En el *common law* la solución es la misma (*vid.* E. W. Patterson, “Temporary Impossibility of Performance of Contract”, *Virginia L. Rev.*, vol. 47, 1961, pp. 806–807): aunque el plazo no sea esencial, la frustración se produce si el retraso es tan dilatado que el cumplimiento ya no satisface la finalidad perseguida por el acreedor (*Jackson v. Union Marine Insurance Co.*, 1874), o si dicho cumplimiento impone obligaciones sustancialmente diferentes a las originalmente pactadas por la parte que debe llevarlo a cabo. Así ocurre cuando tras la demora las condiciones económicas han cambiado hasta el punto de incrementar sustancialmente los costes de una parte (*Metropolitan Water Board. v. Dick, Kerr & Co.*, 1918) o por convertir la remuneración pactada en desproporcionada en razón del servicio prestado (*Bank Line Ltd. v. Arthur Capel & Co.*, 1919).

de los Principios OHADAC, en el art. 8.108 (2) PECL [artículo III-3:104 (3) DCFR], art. 90.2 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos y, para algunos autores, en el art. 79.3 CISG.

3. *Efectos del incumplimiento total o parcial*

La imposibilidad parcial hace referencia a la eventualidad de que el acontecimiento impeditivo únicamente afecte a una parte de la obligación, que el deudor puede cumplir en su parte no afectada. En estos casos, es necesario determinar si la imposibilidad parcial exonera de la responsabilidad del cumplimiento de ambas partes de la obligación, o, al contrario, el deudor resulta responsable de la parte cuya ejecución resulta factible.

En algunos de los sistemas romano-germánicos esta cuestión aparece legalmente contemplada (*ad ex.* art. 1.460 Cc español; art. 793 Cc portugués; art. 1.464 y 1.672 Cc italiano, § 920 Cc austriaco o antiguos §§ 280 y 283 BGB y actual § 275 BGB), y la respuesta se hace depender del interés que tenga el acreedor en el cumplimiento parcial. Teniendo en cuenta que dicho interés se suele determinar con criterios objetivos, no debe descartarse la posibilidad de una corrección como la contemplada en el § 43 de la Ley escandinava sobre la compraventa, el art. 51 CISG, art. 7.1.8 Principios OHADAC, art. 90.2 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos o el art. 9.302 (2) PECL [III-3:506 (3) DCFR], en el sentido de que no es admisible la imposibilidad y exoneración meramente parcial cuando la parte de cumplimiento posible esté tan indisociablemente vinculada a la parte imposible que el cumplimiento parcial implique una quiebra fundamental de todo el contrato. Una solución similar se detecta en la jurisprudencia francesa o suiza.

Los criterios seguidos en el *common law* no son muy dispares, pues se entiende que una posibilidad de cumplimiento parcial del contrato no evita la imposibilidad global cuando la finalidad del contrato resulta irrealizable. Sin embargo, en el Derecho inglés la imposibilidad parcial o frustra el contrato (con su consiguiente resolución) o no, pero no cabe una reducción de la contraprestación proporcional al cumplimiento parcial de la obligación.

4. *Efectos específicos de la excesiva onerosidad*

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, 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 o frustración del contrato, esto es, perdiendo el acreedor sus acciones de responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento (art. 80 Cc cubano; art. 688 CCom guatemalteco; art. 6.3.1 de los Principios OHADAC).

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, o mediante una intervención judicial que admite a su vez un amplio margen de posibilidades.

Así, algunos sistemas prefieren una solución negociada. La renegociación es la solución predilecta en el Derecho sueco, sobre la base de una acrisolada cultura general de la “renegociación”⁴⁴. En algunos sistemas debe existir una fase previa de negociación, antes de poder solicitar al juez la adaptación o resolución del contrato (art. 1796Bis Cc mexicano). En otros se establece que el demandante puede optar por pedir la resolución o la adaptación (art. 1091 Cc argentino). En algunos, como ya se ha señalado, solo cabe solicitar la resolución, y en otros solo o preferentemente la revisión o adaptación (art. 1330 Cc guatemalteco; § 313 BGB; art. 107.3 Cc egipcio; art. 147 Cc argelino). En ciertos casos el demandante puede pedir la resolución, pero el demandado puede proponer la adaptación (art. 1467 Cc italiano; art. 581 Cc boliviano; arts. 478–479 Cc brasileño; arts. 755 y 757 CCom hondureño; art. 1161 A Cc panameño; art. 672 Cc paraguayo), o puede pedir la adaptación y el juez concederla u optar por la resolución (art. 868 Cc colombiano; art. 1440 Cc peruano); o tal opción recae en el propio juez (art. 6:258 CC holandés).

Los Principios UNIDROIT, que inspiran claramente el nuevo art. 1195 Cc francés, 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

⁴⁴ Vid. B. Lehrberg, “Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms”, *ERPL*, 1998, pp. 265–283

producirse más bien sobre la prueba que sobre la pérdida del recurso. 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. Éstas 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. 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. Semejante situación produce 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 y en el DCFR se antoja más acabada técnicamente que la de los Principios UNIDROIT. Por una parte, los PECL establecen en primer lugar la obligación de las partes de entablar negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo, estableciendo la responsabilidad (extracontractual) 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*]. El artículo III-1:101 DCFR, sin embargo, prescinden de esta fase negocial entre las partes. 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)]. Esta es la solución contemplada directamente en el artículo III-1:101 DCFR y una reglamentación semejante se observa en el art. 84 de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos. 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.

Los Principios OHADAC, finalmente, apuntan a una solución más conforme con la autonomía de la voluntad de las partes, que pueden instar únicamente la resolución del contrato (art. 6.3.1). Cualquier solución de los supuestos de excesiva onerosidad a través de renegociación o adaptación del contrato tiene que haber sido prevista por las partes a través de acuerdos específicos. Con ello, los Principios OHADAC apuestan por la convergencia entre sistemas y la seguridad jurídica en el comercio internacional, apostando por la compatibilidad con la cultura angloamericana.

5. *El papel de la autonomía de la voluntad*

El estudio de Derecho comparado dibuja un régimen legal de la frustración del contrato que no perjudica, con carácter general, la posibilidad de que las partes prevean un régimen jurídico propio para el tratamiento de los acontecimientos que puedan interferir el cumplimiento del contrato o alterar las bases negociales, introduciendo en el contrato cláusulas de imposibilidad o fuerza mayor, o cláusulas de *hardship* para corregir los desequilibrios contractuales en caso de excesiva onerosidad sobrevenida. La práctica totalidad de sistemas permiten sin reservas el juego de la autonomía de la voluntad en la autorregulación de la frustración del contrato. De hecho, en aquellos sistemas que mantienen un talante restrictivo frente a ciertos tipos de imposibilidad o extrema onerosidad, las cláusulas de fuerza mayor o *hardship* ofrecen la única salida factible a la rigidez de tales sistemas, en la medida en que dicho rigor reposa, precisamente, en el respeto absoluto a lo pactado por las partes. La presencia de estas cláusulas puede limitar, sin embargo, el juego de la sumisión más genérica a un determinado Derecho o régimen convencional. Así no cabe solicitar la renegociación de un contrato en virtud del régimen de *hardship* de los Principios UNIDROIT o del Derecho italiano o alemán, cuando el propio contrato incluye cláusulas de adaptación automática del contrato, como por ejemplo, cláusulas de indexación. Está indicada la renegociación, empero, si la cláusula de *hardship* no contempla los hechos que dan lugar a la excesiva onerosidad.

Con todo, las cláusulas de *hardship* o fuerza mayor encuentran algunos límites. Por una parte, su utilidad siempre es relativa con carácter general, en la medida en que pueden dejar fuera de su alcance algunos supuestos imprevisibles o atípicos. Más particularmente, no pueden determinar la responsabilidad contractual en caso de imposibilidad legal, en la medida en que promocionarían conductas ilícitas, por lo que dichas cláusulas se tendrán por no puestas. Finalmente, conviene no olvidar

que, además de las cláusulas de fuerza mayor o *hardship*, muchos contratos, singularmente los internacionales, contienen disposiciones expresas sobre transmisión de riesgos o INCOTERMS, que encierran asimismo criterios de asignación de riesgos, al igual que otras disposiciones contenidas en los contratos o inducidas de su propia naturaleza y función.

IV. Conclusión: acciones frente a la indefinición internacional del régimen legal de la frustración del contrato motivada por la Covid–19

Un estudio de Derecho comparado revela, en consecuencia, la indefinición de la solución a los distintos supuestos de frustración de los contratos internacionales a raíz de la Covid–19 y el cúmulo de circunstancias fácticas y jurídicas que ha provocado. La diversidad de soluciones en los Derechos nacionales y en los instrumentos internacionales es evidente. Tales diferencias son menores en el reconocimiento de algunas figuras como la imposibilidad material o fuerza mayor, pero aumentan progresivamente cuando se trata de reconocer instituciones como la imposibilidad económica o la frustración del contrato y, sobre todo, la excesiva onerosidad o *hardship*. Pero incluso en las instituciones que tienen un mayor predicamento, el régimen de los efectos concretos y de las condiciones en que procede la exoneración de responsabilidad o la solución a la frustración del contrato es enormemente variopinto.

Sin duda, uno de los elementos diferenciales más claros es la negación en los sistemas angloamericanos a reconocer una institución legal como el *hardship*. Incluso aunque cabe mantener la posibilidad de reconducir esta figura a la *frustration*, sí admitida en dichos sistemas, resulta evidente que la cultura angloamericana no puede admitir una solución que habilite a un juez o a un árbitro a reescribir el contrato mediante su revisión o adaptación⁴⁵. Como mantienen G. H. Treitel o S. A. Smith, la doctrina de la frustración del contrato en el Derecho inglés plantea una cuestión de interpretación y acaba confluyendo en la necesidad de construir el contrato por cauces objetivos de desarrollo judicial, de cobertura de lagunas, pero no, tal vez, de justicia material en el sentido de los sistemas romano–germánicos⁴⁶.

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 el cumplimiento, tales como conflictos armados,

⁴⁵ Para más detalles sobre esta cuestión problemática *vid.* S. A. Sánchez Lorenzo, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 748–759.

⁴⁶ G. H. Treitel, *op.cit.*, p. 647; S. A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6ª ed., Oxford University Press, 2006, pp. 188–191.

intervenciones públicas de lo más variadas, fluctuaciones monetarias, etc.⁴⁷ La Covid-19 ha venido a confirmar la verdad de este aserto en relación con las crisis sanitarias globales producidas por una pandemia.

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. Como indica M. Fontaine⁴⁸, 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, los PECL, el DCFR, los Principios OHADAC o los Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos, aunque dicha remisión no sea admitida más que como una mera incorporación por referencia, y no como una auténtica elección del Derecho aplicable que solo es inconcusa en el ámbito del arbitraje comercial internacional, dada la naturaleza no nacional de estos cuerpos legales.

Entre tales textos, los Principios OHADAC parecen haber comprendido mejor los límites de la convergencia comparada, optando por el mínimo común denominador (*hardship* con resolución del contrato) y dejando en manos de las partes la gestión de otras soluciones. 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. Las cuestiones que exigen su interpretación y aplicación no son sencillas. Por 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,

⁴⁷ Vid. en este sentido H. J. Berman, *loc. cit.*, p. 1415. En los supuestos de “imposibilidad legal”, la resolución del contrato internacional no sólo procede si se trata de una prohibición impuesta por la *lex causae*, sino también por las disposiciones legales de terceros Estados, como pone de manifiesto la decisión de la *Court of Appeal* inglesa en el asunto *Ralli Brothers c. Compañía Naviera Sota y Aznar* (1920). En estos casos, la prohibición legal por el tercer Estado es considerada habitualmente como un hecho o reglamentación a tomar en consideración, en el sentido del art. 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, del art. 9 del Reglamento “Roma I” o del art. 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales hecha en México el 17 de marzo de 1994.

⁴⁸ Vid. “Les clauses de hardship (aménagement conventionnel de l’imprévision dans les contrats internationaux à terme)”, *DPCI*, 1976, pp. 7-49.

las propias obligaciones y el contrato en sí deberán ser adaptados y revisados con nuevos criterios. Desde luego, el arbitraje comercial internacional y las técnicas de ADR están llamados a desplegar en este punto un servicio notable. 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, 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*.

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, de los Principios OHADAC, de los PECL, del DCFR o de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los contratos, si, como es probable, ningún Derecho nacional les resulta suficientemente seguro. Como colofón, la aplicación de estos principios solo 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 solo 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.

Obviando las cautelas señaladas, diseñadas más bien de cara el futuro, el análisis de los contratos que actualmente se encuentran afectados parcial o totalmente por las consecuencias de la Covid-19, exige adoptar, pues, una serie de pasos por parte del asesor o abogado internacional, que podrían sintetizarse en cinco escalones:

- 1º. Comprobar la existencia de cláusulas del contrato sobre fuerza mayor/*hardship* en el contrato.
- 2º. En defecto de cláusulas específicas de fuerza mayor/*hardship*, comprobar la existencia de cláusulas sobre ley aplicable y de jurisdicción/arbitraje.
- 3º. En razón de la determinación del criterio jurisdiccional/arbitral de solución de la disputa estimar la ley aplicable al fondo y analizar las opciones en cada figura conforme a la ley aplicable, sea estatal, convencional o de *soft law*.

- 4°. Analizadas las posibilidades conforme a la ley aplicable, barajar las opciones de proponer una conciliación/mediación para renegociar el contrato o pactar la resolución.
- 5°. En caso de fracasar la solución negociada, volver al paso 3° y analizar las mejores opciones de litigio.

Finalmente, procede valorar, a la luz del estudio realizado, la conveniencia y procedencia de las recomendaciones adoptadas por el IHLADI que se anexan en el presente volumen. Y en primer término deben aplaudirse las recomendaciones generales relativas a los criterios que deben presidir la armonización del Derecho internacional de los contratos y, en particular, los criterios sobre elección del Derecho aplicable y, en particular, de la posibilidad de elegir cuerpos legales no nacionales, que en este punto significarían una mayor seguridad jurídica. Del mismo modo es oportuna la advertencia a las organizaciones internacionales y a los foros de codificación del Derecho internacional de los contratos para una gestión coordinada de los distintos instrumentos.

Por otro lado, resultan pertinentes, como se ha visto, las recomendaciones para que empresas y operadores económicos incorporen cláusulas de fuerza mayor y *hardship* que ayuden a minimizar el “riesgo país” y la incertidumbre que provoca la diversidad de soluciones en el Derecho comparado y ponderar la conveniencia de someter o incorporar al contrato cuerpos legales como los Principios OHADAC y los principios UNIDROIT.

También se antoja inconcusa la advertencia a los Estados para que actualicen los sistemas jurídicos nacionales a través de un tratamiento legal específico de las instituciones relativas a la frustración del contrato y al mismo tiempo establezcan mecanismos para reconocer los laudos arbitrales que se dicten en procedimientos abreviados, así como los acuerdos de mediación suscritos en otros Estados de la órbita hispano-luso-americana y filipina.

De hecho, es asimismo oportuno el reclamo para que las instituciones arbitrales establezcan procedimientos abreviados de arbitraje y fomenten el uso de la mediación y la conciliación para proporcionar una solución más ágil en la resolución o adaptación de los contratos afectados.