

# LA FRUSTACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO COMPARADO Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL \*

Por

**Sixto Sánchez Lorenzo**

Catedrático de Derecho Internacional  
Privado.  
Universidad de Granada.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. IMPOSIBILIDAD: 1. Imposibilidad material: A) Imposibilidad física; B) Imposibilidad legal; C) Imposibilidad personal. 2. Imposibilidad económica. 3. Frustración de la causa. 4. Claves jurídicas de la doctrina de la imposibilidad: A) Inimputabilidad, B) Precisión temporal del acontecimiento impeditivo; C) Imprevisibilidad; D) Efectos del incumplimiento; E) Incumplimiento temporal o permanente; F) Incumplimiento total o parcial; G) El juego de la autonomía de la voluntad III. EXCESIVA ONEROSIDAD: 1. El régimen singular del *hardship* en el Derecho comparado; 2. El *hardship* en los textos internacionales: A) Convenio de Viena de 1980; B) Los Principios UNIDROIT; C) Los PECL. 3. Efectos específicos de la excesiva onerosidad. IV. UNAS CONCLUSIONES FUNCIONALES: 1. Elementos comunes y diferenciales de los distintos regímenes. A) *Common Law*; B) El modelo continental dominante; C) El modelo continental excepcional. 2. ¿Es posible una unificación internacional del régimen de la frustración del contrato? 3. El contrato internacional y la frustración del contrato.

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del MEC BJU-2002-01180 ("Derecho privado europeo")

## I. INTRODUCCIÓN

1. La dificultad de hallar un título adecuado para un estudio de Derecho comparado acerca de los supuestos de exoneración de responsabilidad contractual debidos a circunstancias sobrevenidas tras la celebración del contrato permite advertir *ab initio* el complejo y plural panorama que se nos va a presentar. Tratar de englobar estos supuestos en el término "frustración" no obedece a criterio científico alguno, pues ni siquiera pretende incorporar un anglicismo (*frustration of contract*), sino más bien emplear un término conscientemente ambiguo y sin perfiles jurídicos en el Derecho contractual en lengua hispana, pero que resulta en cierto modo gráfico y omnicompreensivo.

Sentado el carácter puramente instrumental del término "frustración" que hemos empleado en el título, el presente estudio trata de abordar, desde una perspectiva comparada, el tratamiento jurídico de aquellos supuestos que dispensan a una parte del contrato, el deudor, del cumplimiento de su obligación, liberándolo, por tanto, de su responsabilidad contractual, por concurrir circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento de celebración del contrato, que hacen imposible, absurdo o excesivamente oneroso el cumplimiento. En virtud de la frustración del contrato, el incumplimiento de la obligación pactada no genera o mengua la responsabilidad contractual. Siendo así, se trata de una excepción o limitación al principio "*pacta sunt servanda*" (*sanctity of contract*)<sup>(1)</sup>.

El interés de esta cuestión dentro del Derecho contractual no es nuevo, aunque sí recurrente. Su actualidad renovada radica especialmente en el incremento exponencial de los contratos de larga duración, pero también en uno de los efectos colaterales de cierta globalización, a saber, la proliferación de acontecimientos y circunstancias sus-

---

(1) En el *Common Law*, originalmente la obligación contractual se concibe como una obligación absoluta. Dicho principio se establece en el precedente *Paradine v. Jane* (1647), que se mantiene hasta bien entrado el siglo XIX, en el que se encuentran los orígenes de la doctrina de la frustración del contrato en el Derecho inglés, aunque algunos autores han relativizado su alcance (W.H. Page, "The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance", *Michigan L. Rev.*, vol. 18 (1919-1920), pp. 594-497). Jane era al arrendatario del territorio de Paradine por un número de años. El príncipe alemán Ruperto ocupó el territorio militarmente durante tres años, y el *King's Bench* sentencia que debe pagar la merced correspondiente a dicho período. El tribunal declara en este asunto: "Cuando una parte, en virtud de su propio contrato, crea una obligación o deber sobre sí mismo, está obligado a cumplir, a pesar de cualquier accidente por fuerza mayor, porque debería haberse precavido contra él en su contrato". El mismo principio de que "los accidentes deben preverse en el contrato" se mantiene en la jurisprudencia escocesa de 1854 (*Clark v. Glasgow Assurance Co*). En EE.UU. el equivalente viene a ser el caso *Adams v. Nichols* (1837) resuelto por el Tribunal Supremo de Massachussets (*vid.* 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 des solutions adoptés par le droit français et par le droit américain", *Dir.comm.int.*, 1997, pp. 323-373. En los sistemas romano-germánicos el principio se plasma legalmente a través de la fuerza de ley de las obligaciones contractuales (*ad.ex.* art. 1.134 del C.c. francés).

ceptibles de afectar al cumplimiento del contrato cuyos efectos son universales o globales. El predominio de los contratos de larga duración en el comercio internacional, así como su mayor exposición a acontecimientos y oscilaciones económicas impredecibles, justifican una atracción especial del objeto de estudio desde la dimensión de la contratación transfronteriza, y en buena medida el tratamiento que sigue a continuación tiene como objetivo llevar a cabo una prospección comparativa para evaluar las posibilidades de alcanzar un régimen satisfactorio de la frustración de los contratos internacionales.

## II. IMPOSIBILIDAD

### 1. Imposibilidad material

2. Jurídicamente, el término "imposible" es tan relativo como pueda serlo en el lenguaje vulgar. La caracterización como "imposible" de la ejecución de una obligación contractual depende en gran medida del objeto y de la función del contrato y, en suma, de su interpretación. Cuando se adjetiva la imposibilidad como "material" se hace referencia a toda una serie de supuestos que impiden al deudor el cumplimiento de forma perentoria, es decir, al margen de su propia disposición o voluntad de cumplir. Dentro de esta imposibilidad "material" o "absoluta" cabe distinguir asimismo algunas hipótesis.

#### A) Imposibilidad física

3. El primer supuesto de imposibilidad material, tanto histórica<sup>(2)</sup> como lógicamente, consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo la prestación pactada<sup>(3)</sup>. La destrucción del objeto o cosa sobre la que recae el contrato constituye el supuesto

---

(2) La doctrina de la imposibilidad pasa desde el Derecho romano y el *ius commune* a la pandectística alemana, y en el siglo XIX recibe un impulso notable por parte de F. Mommsen, que introduce la categoría específica de "imposibilidad de cumplimiento" (*non impleat quia non potest*), y ya distingue diversos pares de conceptos: inicial/sobrevenida, natural/legal, absoluta/relativa, objetiva/subjectiva, permanente/temporal, total/parcial, aparente/real. De la pandectística pasa al § 275 BGB (sobre este precepto *vid.* especialmente W. Emmerich, "§ 275", *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich, CH Beck, 2001, pp. 807-947), extendiéndose a las obligaciones de hacer, esto es, más allá de los límites del Derecho romano, que sólo lo contemplaba en las obligaciones de dar (R. Zimmermann, *The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civil Traditions)*, Oxford, 1996, pp. 810-811). La doctrina de la imposibilidad en el Derecho romano incide a su vez en el Derecho escocés, confiriéndole una impronta diferente a la evolución propia del *common law* (W.W. Buckland, "Casus and Frustration in Roman and Common Law", *Harvard L. Rev.*, vol. 46 (1932-1933), pp. 1.281-1.300).

(3) La exoneración de la responsabilidad en estos supuestos se contemplaba en los primeros códigos exclusivamente en relación con las obligaciones de entregar una cosa determinada, en caso de destrucción de ésta (§1.147 C.c. austríaco y art. 1.302 C.c. francés). Los Códigos más modernos extienden la previsión legal acerca de la imposibilidad a las obligaciones de dar, a las de hacer y a cualquier obligación con carácter general ( § 275 BGB; arts. 1.218 y 1.256.1º C.c. italiano; arts. 6:74 y 6:75 C.c. holandés; arts. 336 y 380 C.c. griego; arts. 1.105, 1.182 y 1.184 C.c. español; art. 790 C.c. portugués; art. 119 C.O. suizo; art. 299.1 C.c. cubano; art. 1.590 C.c. ecuatoriano; art. 1547.II

más característico de imposibilidad física, que ya da carta de naturaleza a la "imposibilidad" en el Digesto: "*Debitor speciei liberatur casuali interitu rei*"<sup>(4)</sup>. En el *Common Law* un supuesto de este tipo, que sirvió como *leading case* en la materia, nos ayuda como ilustración. Se trata del asunto *Taylor v. Caldwell* resuelto por el *Queen's Bench* en 1863. Taylor había arrendado un *music-hall* a Caldwell por cuatro días consecutivos. Dos días antes del primer concierto, el teatro fue consumido por el juego de forma accidental. Taylor demandó por daños y perjuicios, pues perdió el beneficio previsto con los conciertos. El *Queen's Bench* rechazó la reclamación modificando la jurisprudencia *Jane v. Paradine*: "A nosotros nos parece que el principio es que, en aquellos contratos en que el cumplimiento depende de la existencia continua de una persona o cosa determinadas, existe una condición implícita de que la imposibilidad de cumplimiento derivada de la pérdida de la persona o cosa excusa dicho cumplimiento. En ninguno de estos casos la promesa se manifiesta más que en palabras positivas, ni existe estipulación expresa alguna acerca de que la destrucción de la persona o cosa deba excusar del cumplimiento; pero semejante excusa está legalmente implícita, pues de la naturaleza del contrato se desprende que las partes contrataron sobre la base de la continua existencia del bien o persona particulares"<sup>(5)</sup>.

4. Es preciso distinguir, sin embargo, aquellos casos en que la destrucción del objeto imposibilita el cumplimiento de aquellos otros que lo hace meramente más oneroso<sup>(6)</sup>.

---

C.c. chileno; art. 1.272 C.c. venezolano; art. 888 C.c. argentino; arts. 1.314-1.317 C.c. peruano; art. 893 Proyecto de C.c. colombiano de 2001; art. 536 C.c. japonés; art. 416 C.c. ruso; art. 386 C.c. bielorruso; art. 349 C.c. uzbeko; art. 56 de la *Contracts Act* hindú de 1872; arts. 27 y 40 Ley sobre la compraventa finlandesa y sueca; art. 24 Ley sobre la compraventa danesa; arts. 107 y 153 de los Principios Generales de Derecho Civil de la República Popular de China de 12 de abril de 1986; art. 7.1.7 de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, UNIDROIT, 1995: en adelante Principios UNIDROIT; art. 8.108 *Principles of European Contract Law* (ed. O. Lando y H. Beale), part. I y II, La Haya, Kluwer, 2000: en adelante PECL), o bien abocan a dicha solución sobre la doctrina genérica de la fuerza mayor o el caso fortuito (art. 1.148 C.c. francés, belga y luxemburgués; art. 2.111 C.c. mexicano; art. 393 C.c. brasileño).

La distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor no parece que despliegue una trascendencia esencial, y son utilizados como sinónimos en sistemas como el francés o el belga. Curiosamente, el Derecho francés acuña el término *force majeure* con el mismo significado de la *Unmöglichkeit* en el Derecho alemán. Téngase en cuenta que Napoleón – *permettez la boutade* – fue el padre del *Code* y que para él *impossible n'était pas Français*. Incluso en aquellos sistemas que utilizan ambos conceptos, como el Derecho español (arts. 457, 1.096, 1.603, 1.625, 1.777, 1.784 y 1.891 C.c.), los efectos no varían por más que quepa distinguir entre supuestos ajenos al deudor que ocurren dentro de su esfera interna (y siendo imprevisibles, de haberse previsto resultaría evitables) de aquellos que provienen acontecen en su esfera externa (siendo irresistibles e inevitables), o bien la diferencia se establezca por la gravedad del suceso. En el Derecho suizo la distinción se orienta hacia la carga de la prueba (H. Lesguillons, "Frustration, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage", *D.P.C.I.*, t. 5, 1979, núm. 4, p. 519).

(4) Vid. R. Zimmermann, *op.cit.*, p. 809.

(5) En el Derecho norteamericano, el *Uniform Commercial Code* (UCC) incorpora una regla especial en la sección 2-613.

(6) Así, si un constructor se obliga a reparar un bien inmueble, que resulta destruido por un evento imprevisto, evidentemente no puede cumplir su prestación, mientras que si se compromete a cons-

En segundo lugar, las reglas generales sobre imposibilidad resultan a menudo exceptuadas en los 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<sup>(7)</sup>.

Por último, la frustración del contrato no concurre cuando el objeto destruido resulta ser un bien genérico, que resulta reemplazable<sup>(8)</sup>. El criterio no opera de forma automática. Así, los productos agrícolas o ciertas materias primas son por definición genéricos y reemplazables, pero una determinada caracterización de la mercancía o de su origen puede convertirlos en productos perfectamente determinados. Si se especifica la adquisición de mármol de Carrara, es posible que un evento imprevisible impida su suministro, sin que quepa sustituirlo por mármol de cualquier otra procedencia<sup>(9)</sup>.

---

truir un edificio que por el mismo motivo resulta destruido a mitad de la obra, no está excusado de volver a erigirlo conforme a lo pactado. *Vid.* los casos jurisprudenciales citados, en sede del *Common Law*, por G.H. Jones y P. Schlechtriem, *International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII (Contracts in General), chapter 15 (Breach of Contract)*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1999, p. 115.

(7) La subsidiariedad de las normas sobre imposibilidad respecto de las reglas sobre transmisión de riesgos se formula expresamente en el art. 536 del C.c. japonés en relación con los arts. 534 y 535, y es esencial en las relaciones entre el art. 79 y los arts. 66-70 del Convenio de Viena (CV) de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías (D. Tallon, "Art. 79", *Commentary on the International Sales Law (The 1980 Vienna Sales Convention)*, ed. C.M. Bianca y M.J. Bonell, Milán, Giuffrè, 1987, p. 575). Para la transmisión de los riesgos, los sistemas romano-germánicos contemplan una gran variedad de soluciones, dependiendo en buena medida de los distintos regímenes de transferencia de la propiedad. En el Derecho español, ya se encuentran buenos ejemplos de reglas sobre transmisión de los riesgos en las fuentes históricas más prístinas. En las III, IV y V Leyes Antiguas del Título V del Libro V del Fuero Juzgo (año 681) se hace referencia a "cosas prestadas que se pierden por fuego, hurto, ventura, agua...", etc. Y las Leyes 23 a 27 del Título V de la Partida V del Rey Alfonso X El Sabio ya incluían en el siglo XIII reglas muy precisas sobre transmisión de riesgos.

En el *Common Law*, el régimen legal, disponible por las partes, se encuentra recogido en la *Sales of Goods Act* de 1979, y desde Inglaterra se ha incorporado a todas las jurisdicciones de la *Commonwealth*. En la compraventa de bienes determinados en que los bienes desaparecen una vez celebrado el contrato, sin culpa de las partes, antes de que el riesgo se transmita al comprador, el contrato es anulable (secc. 7<sup>a</sup>). El § 2-613 del UCC libera asimismo al vendedor de la obligación de entrega, en la compraventa de bienes determinados, si éstos desaparecen sin mediar culpa de las partes. En el caso de destrucción parcial, el comprador puede optar entre la resolución o el cumplimiento parcial, con la consiguiente rebaja proporcional del precio.

(8) Esta vieja regla, existente en el *ius commune* y explícita en el aforismo "*genus perire non potest*". En la Ley 24 del Título V la V Partida del Rey Alfonso X se recogía asimismo el riesgo para el vendedor en la transmisión de cosas fungibles "que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar después que fueren vendidas".

(9) La jurisprudencia angloamericana sirve algunos ejemplos del juego de esta regla. Así, mientras que en un contrato de entrega de una determinada cantidad de cereal no se puede excusar el vendedor en la pérdida de la cosecha de un bien reemplazable (*Bunge Corp. v. Recker*, 8 Circuit 1985), sí puede hacerlo si el compromiso recaía sobre el cereal recolectado en una determinada plantación que resulta arruinada [*Howell v. Coupland (Q.B.D., 1876)*, *Squillante v. California Lands*, Cour of Appeal California, 1935]]. En el Derecho francés, la regla deriva de la rigidez con que la fuerza mayor debe provocar una imposibilidad "absoluta".

Finalmente, de la excepción se exceptúa a su vez el dinero, bien genérico por excelencia, pero que puede dar lugar a supuestos de imposibilidad económica en situaciones de inflación extrema<sup>(10)</sup>.

#### B) Imposibilidad legal

5. Cabe reconocer en el Derecho comparado una general equiparación de la imposibilidad física y de la imposibilidad legal. 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. Tales supuestos aparecen, con frecuencia, como consecuencia de restricciones comerciales adoptadas en casos de conflictos armados<sup>(11)</sup>, crisis económicas o sanitarias, etc. Sin embargo no se suelen considerar supuestos de imposibilidad legal aquellos en que la disposición legal impide realizar propósitos que no eran consustanciales al contrato<sup>(12)</sup>.

En el *Common Law* se acepta sin fisuras el principio de exoneración de la responsabilidad contractual en caso de incumplimiento de la obligación por imposibilidad legal sobrevenida<sup>(13)</sup>. En los sistemas romano-germánicos o latinoamericanos es el principio es el mismo y a veces aparece expresamente recogido en la ley<sup>(14)</sup>.

---

(10) K. Zweigert y H. Kötz, *An introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, 1998, pp. 491-492.

(11) Sobre los supuestos de frustración del contrato en tiempo de guerra, pueden consultarse los trabajos clásicos: G.W.R., "Frustration of Leases during World War II", *Virginia L. Rev.*, vol. 33, 1947, pp. 488-494; J.G. Fiedler, "Impossibility of Performance due to War", *Wisconsin L. Rev.*, vol. 3 (1924-1926), pp. 212-233; o A.D. McNair, "War-Time Impossibility of Performance of Contract", *The Law Quarterly Rev.*, vol. 35, 1919, pp. 84-100.

(12) Así, cabe reproducir el ejemplo señalado por D.M. Walker (*The Law of Contracts and related Obligations in Scotland*, 3ª ed., Edimburgo, T&T Clark, 1995, num. 31.50) en el Derecho escocés: "Si el contrato no es refiere al propósito expreso de la exportación y ésta resulta imposible por trabas legales, la imposibilidad no libera a la parte de su obligación de aceptar los bienes y pagar su precio". Del mismo modo, la imposibilidad de obtener una licencia o el mero hecho de que el potencial inmobiliario de una finca adquirida se vea sensiblemente reducido por haber sido declarada de interés arquitectónico o histórico, con la consiguiente depreciación comercial, no frustra el contrato si no consta de modo inequívoco del contrato que tal era la finalidad de la adquisición y la plusvalía prevista por ambas partes (*Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. v. John Walker & Sons Ltd*, 1976).

(13) El principio aparece formulado con claridad en el precedente *Reilly v. The King*, 1934. Como afirma Lord Macmillan en el asunto *Denny, Mott and Dickson Ltd. v. James B. Frasers & Co. Ltd. (1944)*, "no puede haber falta en no hacer lo que la ley prohíbe hacer". O como señala la *Court of Appeal* en el asunto *Ralli Brothers c. Compañía Naviera Sota y Aznar* (1920): "Si a mí se me preguntase sobre si la verdadera intención de las partes era obligarse a realizar un acto aunque fuera ilegal conforme a la ley del lugar de su realización y aunque tal ley fuera la de su propio país; o si la verdadera intención de las partes era realizar el acto pero bajo la condición implícita de que el mismo fuere legal en el lugar de su realización, opto, sin duda, por la segunda alternativa: 'lo haré siempre que pueda hacerlo legalmente' me parece infinitamente preferible y más lógico que 'lo haré aunque sea ilegal'".

(14) *Ad.ex.* art. 1.184 C.c. español o art. 888 C.c. argentino.

### C) Imposibilidad personal

6. 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<sup>(15)</sup>.

---

(15) Como curiosidad histórica cabe señalar la Ley 23 del Título V de la V Partida del Rey Alfonso X, que bajo la rúbrica "a quién pertenece el provecho o el daño de aquellos que es vendido si se mejora o empeora", se refiere, amén de la transmisión de riesgos al comprador *solo consensu*, a supuestos de frustración del objeto, muerte, enfermedad del comprador, etc. En los sistemas romano-germánicos es raro encontrar la formulación legal de este principio con carácter general, aunque su aplicación es indubitada. Como excepción, cabe citar el § 1.448 del C.c. austriaco; el nuevo § 275 BGB tras la reforma del 2002, o el art. 791 del C.c. portugués. Más habitual es la contemplación, como causa de la resolución del contrato, de la muerte del trabajador o del prestador el servicio (*ad ex.* § 613 BGB; § 1.153 C.c. austriaco; art. 2.118.II y 2.122 C.c. italiano, art. 3.381 C.O. suizo). En contrapartida, la relación laboral no se ve afectada por la muerte del empleador, aunque quepa inferir otro resultado a la luz del contrato particular, por ejemplo, si el trabajo consiste precisamente en atender y cuidar al empleador en su última enfermedad (art. 338 C.O. suizo). En el Derecho anglo-americano, puede verse la jurisprudencia citada por G.L. Widman ("Life-Care Contracts: Premature Death and Restitution; Assumption of Risk; Failure of Consideration; Frustration; Impossibility", *The Hastings L. Journ.*, vol. 12, 1960-1961, pp. 432-441). Asimismo, en los contratos de agencia, la muerte del agente o del principal es considerada comúnmente como causa de extinción del contrato (§ 1.022 C.c. austriaco; art. 2.003 C.c. francés; § 673 BGB; art. 1.722 C.c. italiano; art. 1.732 C.c. español; art. 405 C.O. suizo); únicamente el Derecho alemán parte de la idea contrapuesta de que, en caso de duda, el contrato de agencia no se extingue por la muerte del principal (§ 672 BGB). Incluso cuando el contrato de agencia termina por muerte del principal, la agencia se considera subsistente, siempre que la terminación del contrato pusiere en peligro el interés del principal o de sus herederos. Del mismo modo, un contrato de obra que implique labores que requieran capacidades personales especiales se extingue por fallecimiento del constructor. La muerte del comitente o de un tercero no extingue el contrato, salvo supuestos excepcionales en que la ejecución del contrato requiera su participación personal. GH. Jones y P. Schlechtriem (*op.cit.*, p. 116) recurren al ejemplo de la ejecución de un retrato del comitente o de uno de sus familiares. Finalmente, debe tenerse en cuenta la autonomía con que el Derecho alemán, tras la reforma del Derecho de obligaciones del 2002, trata el problema de la imposibilidad moral (nuevo § 275.3 BGB), que puede englobarse, sin embargo, como una especialidad de la imposibilidad subjetiva (*Vid.* K.J. Albiez Dohrmann, "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *Anuario de Derecho civil*, t. LV, fasc. III, julio-sept. 2002, p. 1.167).

En los sistemas del *Common Law* se contempla asimismo 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 (*vid.* P. Birks, *English private Law*, vol. II, Oxford, 2000, p. 150). Es una posibilidad de suyo más frecuente en contratos vinculados a la ejecución artística que estrictamente comercial, donde las prestaciones son más bien objetivas que subjetivas. En el Derecho inglés (*Condor v. The Barron Knights Ltd*, 1966), el riesgo grave para la salud del prestador es un supuesto de imposibilidad personal, de seguro compartible por los sistemas romano-germánicos. De hecho, que un supuesto semejante haya sido contemplado como fuerza mayor por la jurisprudencia francesa ha llevado a algún autor a defender una concepción más relativa del concepto de imposibilidad en el Derecho francés, a nuestro modo de ver de forma poco justificada (*cf.* J. Denson Smith, "Impossibility of Performance as an Excuse in Fench Law: The Doctrine of Force Majeure", *Yale L. Journ.*, vol. 45, 1935-1936, p. 456). La muerte o incapacidad del acreedor, al igual que en los sistemas romano-germánicos, puede constituir excepcionalmente una causa de imposibilidad, si su concurso en la prestación es necesario. Así, en el Asunto *Parker v. Arthur Murray Inc*, resuelto por el Tribunal de Apelación de Illinois en 1973, se determinó la imposibilidad de cumplimiento de un contrato de enseñanza de baile por una grave lesión del destinatario de las clases. También el Derecho escocés contempla la exoneración de responsabilidad por imposibilidad personal en los contractos *delectus personae* (D.M. Walker, *op.cit.*, núm. 31.49).

## 2. Imposibilidad económica

7. 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* 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 insoportable para el deudor. En estos casos, no se trata únicamente de que el deudor pueda sortear la exigencia de cumplimiento específico<sup>(16)</sup>, sino de que quede eximido asimismo de responsabilidad por daños. En cierto modo, la imposibilidad económica puede considerarse un supuesto de frustración de la causa, que analizaremos en el apartado siguiente, en la medida en que convierte a la prestación pactada en algo radicalmente diferente una vez que ha sobrevenido la circunstancia impeditiva, y puede afectar tanto a la prestación característica como, propiamente, a la prestación dineraria. 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.

8. Dentro del *Common Law*, en principio la imposibilidad económica no está contemplada como causa de exoneración en el Derecho inglés. No obstante, en casos extremos no puede descartarse que la doctrina de la frustración del contrato sea capaz de incluir supuestos de imposibilidad económica u onerosidad extrema.

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<sup>(17)</sup>. La mayor dificultad en la apreciación de la impracticabilidad, como causa de exoneración de la responsabilidad, consiste en determinar cuándo la onerosidad es 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

---

(16) 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; 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.

(17) 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 inglés. Como han señalado algunos autores, la jurisprudencia norteamericana ha frustrado el afán liberalizador del UCC en orden a dar el paso desde la frustración a la impracticabilidad (*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, 203, 229-230). Sobre la ambigüedad de dicho precepto *vid.* L. Crandall, "Commercial Impracticability and Intent in UCC Section 2-615: A Reconciliation", *Connecticut L. Rev.*, vol. 9, (1976-1977), pp. 266-281.



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<sup>(18)</sup>.

9. En los sistemas romano-germánicos, la imposibilidad económica, entendida como onerosidad extrema, se encuentra recogida al igual que la excesiva onerosidad o *hardship*, si bien la dificultad estriba en diferenciar cuando nos encontramos ante uno u otro supuesto, por los diferentes efectos aparejados a cada una de las situaciones. Aunque en principio la parte que se obliga debe cumplir aún cuando los costes de su prestación se hayan elevado, el grado de ese incremento puede permitir considerar que nos encontramos ante un caso de excesiva onerosidad o incluso de imposibilidad económica<sup>(19)</sup>.

---

(18) 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 (G. Wallach, *op.cit.*, p. 217). Para S.W. Hubbard dicha horquilla oscilaría entre el 100 y el 1.000 % ("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)

(19) La desgraciada experiencia alemana en las dos posguerras mundiales con procesos de inflación desatada justifica el protagonismo del Derecho alemán a la hora de incluir los supuestos de imposibilidad económica u onerosidad extrema, cuya base legal se encontró muy pronto en el principio de buena fe en la ejecución de las obligaciones contenido en el § 242 BGB. Si se trata de un supuesto de onerosidad extrema equivalente a imposibilidad económica, su tratamiento venía siendo el propio de la imposibilidad recogida en el § 275; si se consideraba un supuesto de mera excesiva onerosidad, se aplicaba la doctrina de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* sobre la base del § 242 BGB (*vid.* F. Lesguillons, *op.cit.*, p. 527). La extensión de la doctrina de la imposibilidad, a menudo basada en el concepto de *Opfergrenze* (P. Van Ommeslaghe, "Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux", *R.D.I.D.C.*, t. LVII, 1980, p. 23), rompe para algunos (K. Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956) la propia coherencia del modelo alemán de la *Unmöglichkeit*, de forma poco justificada pues, por definición, se extiende a bienes genéricos a los que no resulta aplicable la doctrina de la imposibilidad, además de "subjetivizar" una institución eminentemente objetiva. Con todo, el modelo alemán inspira en este punto, de forma directa, las soluciones del Derecho japonés (A.H. Puelinckx, "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law", *Journ.Int.Arb.*, vol. 3, núm. 2, June 1986, p. 61). Tras la reforma del año 2002, sin embargo, parece que el tratamiento de la imposibilidad económica se desplaza en conjunto hacia la figura del nuevo § 313 BGB (*Störung ser Geschäftsgrundlage*), que incluiría tanto ésta como la excesiva onerosidad, aunque la admisión del concepto de "imposibilidad fáctica" en el § 275 BGB puede perjudicar una correcta asignación de la imposibilidad económica al § 313 BGB, al menos cuando dicha imposibilidad sea absoluta o extrema (*vid.* K.J. Albiez Dohrmann, *loc.cit.*, pp. 1.166-1.167). De hecho, en el Derecho alemán, pero también el Derecho austriaco o suizo, el concepto de "distorsión de equivalencia" (*Äquivalenzstörung*) ha servido para introducir cauces de equilibrio contractual allí donde incluso no podría hablarse de excesiva onerosidad, por el mero hecho de que la distorsión pueda provocar la ruina, quiebra o inviabilidad del negocio de una de las partes. Los costes de la reunificación alemana y las necesidades económicas imperantes han consolidado esta tendencia jurisprudencial que busca la adaptación del contrato y la supervivencia empresarial (*Sent. BGH 1 de junio de 1994*).

La imposibilidad económica se incluye asimismo en los regímenes legales sobre la imposibilidad

La excepción a esta posibilidad la encontramos en el Derecho francés que no sólo rechaza, como veremos, cualquier efecto legal a los supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida (*rebus sic stantibus*) sino que, dado su estricto régimen de la fuerza mayor, no es proclive a reconocer la extrema onerosidad como un supuesto de imposibilidad. En este punto coincide en Derecho escocés, tal y como acredita jurisprudencia reiterada<sup>(20)</sup>.

10. Las alteraciones provocadas por las crisis inflacionistas son un excelente laboratorio para los distintos planteamientos referidos. Por una parte, exigen distinguir los supuestos de creciente inflación, cuya mayor o menor oscilación entra dentro de lo previsible, aunque los cálculos puedan errar y perjudicar a una de las partes. En estas oscilaciones, el deudor (o el acreedor) asume el riesgo monetario con normalidad, sin que se altere o deba terminarse el contrato, máxime cuando siempre son posibles las cláusulas de indexación<sup>(21)</sup>. Cuestión bien distinta son los casos de inflación extrema y absolutamente imprevisible, consecuencia en particular de las grandes conflagraciones mundiales del siglo XX. En estos casos, sin embargo, la reacción de la jurisprudencia alemana, o japonesa, y francesa resulta radicalmente distinta. Mientras que los Tribunales alemanes acaban integrando estos supuestos como casos de frustración del contrato o imposibilidad, que generan un desequilibrio económico absoluto, en la jurisprudencia francesa sigue imperando el criterio rígido de la fuerza mayor y la vinculación absoluta a la obligación pactada. Ello explica que para alcanzar la justicia material fuera necesaria una corrección de índole legislativa, como la que representó la *Loi Failliot* de 21 de enero de 1918, autorizando la resolución de los contratos celebrados con anterioridad al 1 de agosto de 1914, o la de 22 de abril de 1949 previendo idéntico efecto para los contratos concluidos antes de la segunda guerra mundial<sup>(22)</sup>. En el caso del *Common Law* estas experiencias no se produjeron, pues en ambos conflictos la economía inglesa no sufrió crisis de inflación extrema, pero no es descartable que, de haberse producido alguna vez en su historia económica, hubieran optado por el criterio alemán sobre la base de la "frustración de la causa".

### 3. Frustración de la causa

11. Lo que comúnmente se conoce como frustración del objeto, fundamento o finalidad del contrato, hace referencia a circunstancias sobrevenidas que, realmente,

---

de sistemas como el finlandés, sueco, danés, holandés, griego o belga. Es preciso retener que en los sistemas que no lo reconocen en este ámbito es fácil que la imposibilidad económica se englobe en la "excesiva onerosidad" con resultado de terminación del contrato, como señalan los propios PECL (p. 384)

(20) *Vid.* D.M. Walker, *op.cit.*, núm. 31.49.

(21) G.H. Jones y P. Schlectriem (*op.cit.*, pp. 138-140) ofrecen muestras de esta solución en las jurisprudencias alemana, suiza o francesa.

(22) Una relación detallada de estas disposiciones se encuentra en M.C.A. Prado, *loc.cit.*, p. 328. Leyes similares se promulgaron en sistemas tributarios del Derecho francés con concepciones estrictas acerca de la imposibilidad, como en Bélgica o en España tras la guerra civil de 1936-1939 (F. Suárez González, "Note sull'eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto civile spagnolo", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1960, pp. 1.053-1.055).

no hacen imposible materialmente la ejecución del contrato, pero anulan de forma manifiesta su fin económico-jurídico, tal y como fue concebido por ambas partes. El asunto *Krell v. Henry* (1903) ilustra a la perfección el concepto, tal y como se gesta en el Derecho angloamericano. Trataba el caso del alquiler de unas habitaciones con vistas al trayecto previsto de la procesión correspondiente a la coronación del rey Eduardo VII. Ambas partes del contrato eran conscientes de que tal era el único propósito del contrato. La procesión fue cancelada con motivo de la enfermedad del rey, y las partes precisaban una clarificación del contrato. El Tribunal sentenció que se produjeron circunstancias externas ajenas al control o responsabilidad de las partes que habían hecho imposible el cumplimiento del contrato en la forma en que se había pretendido y, consecuentemente, procedió a entender resuelto el contrato. En cierto sentido, el alquiler de las habitaciones resultaba posible materialmente, pero no, de hecho, el alquiler de las habitaciones con el objeto de asistir a una procesión que no iba a celebrarse.

En realidad, en estos casos se produce una frustración de la causa del contrato, una imposibilidad de alcanzar el fin económico-jurídico perseguido por las partes, de forma que el cumplimiento no parece exigible. El hecho de que el mantenimiento de la obligación perjudique al deudor en beneficio del acreedor no es suficiente para considerar al caso como un supuesto de imposibilidad o frustración, pues tal es la razón de los ajustes a que conduce el *hardship* o la excesiva onerosidad. La circunstancia sobrevenida no tiene por efecto hacer más onerosa la prestación, sino que la hace "infinitamente onerosa", pues no existe en realidad una contraprestación, ya que la frustración de la causa convierte lo pactado y lo exigidos en prestaciones radicalmente diferentes<sup>(23)</sup>.

La gran dificultad de estos casos estriba en determinar cuándo existe una auténtica frustración del objeto o causa del contrato, y no una mera insatisfacción de los "motivos" de una de las partes. Resulta crucial, a este respecto, que la causa o finalidad cuya frustración se invoca haya sido compartida o asumida por ambas partes al celebrarse el contrato<sup>(24)</sup>; 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.

---

(23) La comprensión de la doctrina, y su vinculación a la frustración de la causa del contrato, se aprecia claramente en el contraste de los asuntos *Krell v. Henry* y *Herne Bay Steamboat Company v. Hutton*, resueltos por el mismo tribunal (*King's Bench*) el mismo año de 1903. En este caso, se trataba de un contrato para alquilar una embarcación con el objeto de asistir a una revista naval y realizar un cruce de un día alrededor de la flota en Spithead. La revista fue cancelada, si bien la flota permaneció anclada en dicho lugar. En este caso, el Tribunal no sentenció la frustración del contrato, pues su objetivo podía aún cumplirse en buena parte.

(24) Especialmente *vid.* L. Ebin, "UCC § 2-615: Defining Impracticability Due to Increased Expense", *University of Florida L. Rev.*, vol. 32 (1979-1980), pp. 527-530.

12. La frustración de la finalidad del contrato en el sentido expuesto se encuentra contenida entre los supuestos de frustración o imposibilidad que excusan el cumplimiento tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano (*frustration of purpose*). Aunque teóricamente el Derecho inglés parece ampararse en un concepto general de imposibilidad o de "frustración del contrato", la formulación más moderna va mucho más allá de los supuestos de imposibilidad material. En su formulación moderna, los supuestos de "frustración" *stricto sensu* aparecen en la fórmula amplia empleada por Lord Radcliffe al hilo de la decisión de la *House of Lords* en el asunto *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C. (1956)*: "...Existe frustración siempre que el Derecho reconoce que, sin culpa de las partes, el cumplimiento de una obligación contractual deviene imposible porque las circunstancias en que es exigido tal cumplimiento lo convierten en algo radicalmente diferente a lo contemplado en el contrato. *Non haec in foedera venit*. No era ésto lo que habíamos convenido..."<sup>(25)</sup>.

13. En los sistemas romano-germánicos, el concepto de frustración de la causa o del propósito aparece preferentemente por vía de desarrollo judicial en los sistemas tributarios del modelo germánico (*Zweckstörungen*), si bien el principio se recoge en algunas disposiciones tangenciales (§ 936 C.c. austriaco; § 812.I BGB; § 36 de la Ley Escandinava sobre Contratos), hasta la consagración legal definitiva en el § 313 BGB (*Störung des Geschäftsgrundlage*) tras la reforma del año 2002 y que viene a demostrar que, finalmente, los principios que justifican la "frustración de la causa" no difie-

---

(25) La consolidación de este criterio, frente al primigenio principio de la "condición implícita" de *Taylor v. Caldwell* se confirma en decisiones posteriores de la *House of Lords*, como *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd. (1981)*. La doctrina de la "frustration of purpose" funciona asimismo ante los Tribunales norteamericanos, por más que su aplicación resulte variable, incluso por la jurisdicción de un mismo Estado, tal y como ha demostrado T.W. Chapman ("Contracts – Frustration of Purpose", *Michigan L. Rev.*, vol. 59, 1960-61, pp. 105-108) o G. Wallach (*loc.cit.*, pp. 205-206), y se encuentra explícitamente recogida en el § 265 del *Restatement Second of Contracts*. Sobre el origen de la frustración de la causa en la jurisprudencia angloamericana, *vid.* W.L. Conlen, ("The Doctrine of Frustration as Applied to Contracts", *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 70, 1921-1922, pp. 87-94). No faltan opositores a dicha doctrina sobre la base de la *parole evidence rule* y, sobre todo, del principio de que los jueces interpretan, pero no rehacen, los contratos. La contestación por parte de los defensores de la doctrina, como era de esperar, incide en que la doctrina atiende precisamente a una interpretación del contrato con criterios de justicia social. La diferencia, a nuestro juicio, se encuentra seguramente en dos concepciones muy diferentes acerca del contrato y, por ende, del Derecho contractual, que trataremos de apuntar más abajo. Pero lo cierto es que el concepto parece más amplio en el Derecho norteamericano, deslizándose hacia auténticos supuestos de *hardship* o al menos de onerosidad extrema (K. Zweigert y H. Kötz, *op.cit.*, pp. 532-533), que podrían haber concebido como *frustration of purpose* casos como *Herne Bay Steamboat Company v. Hutton*. En otros sistemas del *Common Law* el concepto se ha incorporado, tal y como se formula en el asunto *Davis Contractors*. Así ha ocurrido en la *Sent. High Court of Australia* de 1982 (*Codelfa Construction Pty. Ltd. v. State Rail Authority of NSW: Vid.* A. Ehlert, "Frustration and Force Majeure und Unmöglichkeit and Wegfall der Geschäftsgrundlage: the Legal Consequences of Excused Inability to Perform Contract", *The bullet "iln"*, vol.1, núm. 2 ([www.ag-internet.com/bullet\\_iln\\_one\\_three/ehlert.htm](http://www.ag-internet.com/bullet_iln_one_three/ehlert.htm)), p. 1). La doctrina en este caso sí alcanza al Derecho escocés (D.M. Walker, *op.cit.*, núms. 31.52-31.59).

ren en gran medida de los que amparan la respuesta a los casos de excesiva onerosidad, particularmente en el modelo germánico<sup>(26)</sup>.

Al igual que ocurre en los sistemas del *Common Law*, la frustración del propósito o causa del contrato sólo es concebible si se trata de una finalidad o causa compartida o asumida por ambas partes del contrato en el momento de celebrarse<sup>(27)</sup>.

Evidentemente, el modelo francés, y sus sistemas tributarios no admiten la frustración de la causa como supuesto de fuerza mayor. En sí mismo, el concepto de fuerza mayor exige una imposibilidad absoluta e irresistible de cumplimiento, que no se da en las eventuales hipótesis de frustración de la causa. Si la llamada "imposibilidad económica" no cabe en el estrecho concepto de fuerza mayor, con menor razón los casos de frustración de la causa.

#### 4. Claves jurídicas de la doctrina de la imposibilidad

##### A) Inimputabilidad

14. Tanto la exoneración de la responsabilidad del deudor por incumplimiento de la obligación cuya ejecución deviene imposible, como la correlativa dispensa del acreedor a cumplir su contraprestación, se hacen depender de la falta de culpabilidad o intervención de las partes en los hechos que determinan la imposibilidad<sup>(28)</sup>. Como

---

(26) Otra excepción a la omisión legal de esta doctrina particularmente llamativa se halla en el art. 1.053 del Proyecto de C.c. colombiano de 2001, que bajo el epígrafe "Frustración de la finalidad" dispone: "La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tal frustración proviene de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, y la alteración sobreviene por causas ajenas a las partes y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra".

(27) Un ejemplo de triste actualidad lo proporciona en tal sentido la *Sent. LG Karlsruhe de 29 de abril de 1992*: un vendedor de armamento, con motivo de la primera guerra de Iraq, no pudo enviar nuevos suministros de armas a dicho país, por lo que pretendía no aceptar los suministros ya subcontratados de parte de dicho material con terceros, quienes desconocían el destino final del armamento y, en consecuencia - según el Tribunal -, no habían asumido el riesgo de utilidad de la otra parte contractual, dependiente de sus acuerdos con los iraquíes. En general, la jurisprudencia continental es muy restrictiva a la hora de admitir los efectos de una eventual frustración de la causa, hecho que únicamente admite en supuestos excepcionales (*Sent. BGH 16 de enero de 1953*).

(28) La ausencia de culpabilidad como consustancial a la exoneración de responsabilidad por imposibilidad encuentra su origen en el Derecho romano, y, concretamente, en tres pasajes del Digesto. La condición aparece recogida en la Ley 23 del Título V de la V Partida del Rey Alfonso X el Sabio. De hecho, en el *leading case* del *Common Law* (*Taylor v. Caldwell*) el propio Juez Blackburn refuerza su razonamiento refiriéndose al Derecho romano (*vid. F.H. Lawson, "Fault and Contract - A Few Comparisons", Tulane Law Review, vol. 49, 1974-1975, p. 299*).

En los sistemas del *Common Law* el criterio general es que ninguna de las partes puede prevalerse de la frustración o imposibilidad cuando éstas han sido inducidas por un acto voluntario de esa parte (*self-induced frustration*). La ausencia de culpa se recoge expresamente en el § 266 del *Second Restatement of Contracts*. Así, el naviero que, contra lo estipulado en el contrato, envía un buque a una zona de guerra no puede prevalerse de la confiscación del navío; si un contrato prevé la posibilidad de que, para su cumplimiento, el deudor pueda optar entre dos buques, y elija uno por destinar el

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<sup>(29)</sup>.

15. Otra circunstancia diferente, pero asimilable, y determinante de la culpa del deudor que impide la exoneración de su responsabilidad, es la mora, seguida del acontecimiento impeditivo<sup>(30)</sup>.

---

otro a un trabajo para el que el primero no es apto, no puede alegar el hundimiento como causa de la frustración del contrato, pues fue su opción la causante de la imposibilidad de cumplimiento (*The Superservant Two*, 1990); el empleador cuyo trabajador ha sido encarcelado puede aducir esta circunstancia como causa de la imposibilidad de ejecución, pero no el propio trabajador (*vid.* las referencias jurisprudenciales de estos supuestos en G.H. Jones y P. Schlechtriem, pp. 109-110 y R.J. Friel, *The Law of Contract*, 2ª ed., Dublín, Sweet & Maxwell, 2000, pp. 328-330).

En los modelos romano-germánicos los preceptos legales que regulan la imposibilidad o fuerza mayor incluyen la referencia a la ausencia de culpa como un elemento consustancial a la exoneración de la responsabilidad. Ello no impide afirmar que cualquier imposibilidad, culpable o no, imposibilita o impide jurídicamente el cumplimiento, como parece aclarar el nuevo § 275 BGB tras la reforma de 2002 (*vid.* C-W. Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", *JZ*, 10/2001, p. 500). En algunos sistemas, se entiende que culpa se presume, y corresponde al deudor probar su falta de culpabilidad, pues la exoneración de la responsabilidad es una excepción al cumplimiento de la obligación; este sería el caso del Derecho español sobre la base del art. 1.124 C.c. (*vid.* X. O'Callaghan, *Compendio de Derecho Civil, t. II (Obligaciones y contratos)*, vol. 1º, 3ª ed., corregida y puesta al día, Madrid, Edersa, 2001, p. 177). En otros, como el Derecho francés, la carga de la prueba de la culpabilidad recae normalmente en quien la alega, pero la cuestión varía según se trate de obligaciones de resultado o de comportamiento (*vid.* F.H. Lawson, *loc.cit.*, p. 302).

El art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT y en el art. 8.108 PECL se habla de "impedimentos ajenos a su control" o "fuera de su control".

(29) El concepto restrictivo de fuerza mayor del Derecho francés exige, junto a la imprevisibilidad, que se trate de un acontecimiento "irresistible" y "externo". Los supuestos de huelga son un buen test para medir la comprensión de esta condición e el Derecho comparado. Es evidente que la huelga es una circunstancia inevitable o fuera del control del deudor cuando se trata de una huelga general o de una huelga sectorial en el ramo del comercio a que se dedica, así como si se trata de una huelga de trabajadores empleados por terceros pero necesarios para cumplir lo pactado (transportistas). *A sensu contrario*, suele estimarse que hay responsabilidad del deudor si se trata de sus propios trabajadores, salvo que concurra intimidación o intervención por terceros (piquetes), pues, al menos hipotéticamente, la solución del conflicto está en su mano, evidentemente accediendo a las demandas laborales. Este es el modelo de solución que defiende, por ejemplo, la jurisprudencia francesa mayoritaria (*vid.* M.D. Aubrey, "Frustration Reconsidered – Some Comparative Approach", *I.C.L.Q.*, vol. 12, 1963, p. 1.183; F. Lesguillons, *loc.cit.*, pp. 521-522). En cierto modo, se trata de un planteamiento conforme con el carácter restrictivo del modelo francés, ajeno al efecto de cualquier incremento en la onerosidad del contrato, pues las reivindicaciones laborales que evitarían la huelga, y la imposibilidad, pueden suponer una carga económica poco razonable, capaz incluso de una "imposibilidad económica". Pero estos planteamientos resultan más acordes con otros sistemas que admiten tanto este último concepto como el de *hardship*. Con todo, no faltan algunas decisiones judiciales francesas que consideran como fuerza mayor la huelga "interna" (*Sent. Cour de Cassation de 6 de octubre de 1993* citada por M. Porchy-Simon, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, París, Dalloz, 2000, p. 234).

(30) Así se contempla expresamente en los arts. 1.096 y 1.182 del C.c. español, o en el art. 1.590 del C.c. ecuatoriano (art. 1.547 C.c. 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 sobrevenido por su

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<sup>(31)</sup>.

#### B) Precisión temporal del acontecimiento impeditivo

16. Una de las exigencias de la imposibilidad como causa de exoneración de la responsabilidad contractual respecto de la que cabe afirmar una acusada convergencia es la referida a la necesidad de que los hechos impeditivos sean posteriores a la celebración del contrato<sup>(32)</sup>. En efecto, si las circunstancias causantes de la imposibilidad de cumplimiento existen en el momento de perfeccionarse el contrato, éstas determinan su nulidad por error o por recaer sobre un objeto imposible o irrealizable, en cuyo caso las eventuales acciones que pudiera ejercer el acreedor se situarían en la órbita de la responsabilidad precontractual. Por lo demás, la existencia de las circunstancias al momento de contratar explica que la doctrina de la nulidad o del error

---

culpa". De forma parecida, el C.c. argentino contempla la asimilación de la mora a la culpa (art. 889) y establece una corrección en su art. 892: "El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños e intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor". Una disposición similar se contiene en el art. 899 del Proyecto de C.c. colombiano de 2001.

(31) 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. Sobre la base de un principio general que hallamos en el art. 80 del CV de 1980 o en el antiguo § 324 BGB (actual 326.II), el régimen de esta excepción es particularmente claro en el Derecho alemán. El § 326.II BGB (antiguo 324 antes de la reforma de 2002) previene que el deudor mantiene su derecho a reclamar el cumplimiento específico en supuestos de *mora creditoris* que, al impedir el cumplimiento puntual del deudor, aboca a una imposibilidad sobrevenida por destrucción del objeto. Idéntica regla reconoce el § 615 a aquellos casos en que el acreedor se demora en recibir los servicios ofrecidos por el deudor, cuya ejecución posterior deviene imposible. La nueva redacción del precepto, tras la Ley de 2002, incluye junto a la demora el concepto de riesgo del servicio (*Betriebsrisiko*). En otros sistemas romano-germánicos, aunque tal principio no se formule con un alcance general, cabe inducirlo de algunas reglas especiales sobre contratos específicos: contrato laboral o de compraventa en el Derecho suizo, contrato de compraventa en el Derecho italiano, contratos de obra o de servicios en el Derecho austríaco, contratos de servicios en el Derecho francés. También existen reglas especiales que pueden prever un reparto de riesgos diferente, aún sin culpa alguna por el acreedor o el deudor, particularmente en los contratos de construcción y, sobre todo, de transporte de personas.

(32) 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* 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. De igual modo, la precisión temporal suscita dudas en el art. 7.1.7. de los Principios UNIDROIT y en el propio art. 79 del CV de 1980 (D. Tallon, *loc.cit.*, op.cit., p. 577). Para J. Barrigan Marcantonio ("Unifying the Law of Impossibility", *Hasting International and Comparative L. Rev.*, vol. 8, 1984-1985, pp. 51-52) el art. 79 incluye dichos supuestos temporales de frustración, a juzgar por el comentario oficial y los propios antecedentes del precepto, aunque lo atribuye de forma discutible a la tradición del *civil law*, que, como hemos visto, es, en realidad, propia del Derecho norteamericano.

acerca de dichas circunstancias sea de aplicación acusadamente más rigurosa que a la hora de interpretar la frustración, donde el desconocimiento y la imprevisibilidad acerca del acontecimiento impeditivo actúa a favor de la resolución del contrato con más motivo<sup>(33)</sup>.

### C) Imprevisibilidad

17. Una de las condiciones aparentemente consustanciales a los supuestos de frustración del contrato es la imprevisibilidad en el momento de contratar de las circunstancias sobrevenidas que impiden el cumplimiento. En caso de ser previsible, el deudor había de haberse precavido y cabía introducir en el contrato cláusulas de reparto o asunción del riesgo previsible. Aunque en primera instancia esta circunstancia puede parecer clara, no deja de ser un concepto subjetivo y una exigencia que a la postre no es tan variable según los sistemas jurídicos.

En el *Common Law* se apunta no tanto a la previsibilidad como a la probabilidad. En el fondo, la previsibilidad es un concepto bastante ideal que depende en buena medida del grado de imaginación del sujeto, escasamente medible a efectos jurídicos. Los Tribunales angloamericanos conciben que las partes hayan podido prever la posibilidad de un acontecimiento sin haber previsto nada al respecto en el contrato, y sin que ello signifique la responsabilidad y la asunción del riesgo por el deudor<sup>(34)</sup>.

---

(33) A título de ejemplo, la nulidad por error o imposibilidad es la sanción que contemplan expresamente las siguientes disposiciones: antiguo § 306 BGB (*vid.* R. Thode, "§ 306", *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich, CH Beck, 2001, pp. 1.196-1.202); art. 20 C.O. suizo; § 878 C.c. austríaco. En particular, para la compraventa: art. 1.601 C.c. francés; arts. 1.346 y 1.418 C.c. italiano; art. 1.558 C.c. portugués; art. 1.460 C.c. español; Arts. 8.108 y 4.103 PECL. 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 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. 4.102 PECL; §§ 275 y 311a BGB tras la reforma de 2002). *Vid.* C-W. Canaris, *loc.cit.*, p. 500.

(34) G.H. Jones y P. Schlechtriem (*op.cit.*, p. 101) recogen el pronunciamiento de la *Circuit Court of Appeal for the Fourth Circuit* de los EEUU.: "[Previsibilidad]...es, en el mejor de los casos, una circunstancia a tener en cuenta a la hora de resolver, en primer lugar, cuán probable era que aconteciera el suceso, y, en segundo lugar, si tal suceso, según la experiencia pasada, resultaba tan razonablemente probable que el deudor debía no solamente haber previsto el riesgo, sino, habida cuenta del grado de dicha probabilidad, haberse protegido frente a él o haber dispuesto la exoneración de su responsabilidad ante dicho riesgo". En palabras de H.J. Berman ("Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade", *Columbia L. Rev.*, vol. 63, 1963, pp. pp. 1.424-1.425), la cuestión no es determinar la previsibilidad del evento en sí, sino interpretar el contrato como un todo, procediendo a asignar los riesgos comerciales. Por lo demás, en el Derecho norteamericano es manifiesto que la imprevisibilidad se juzga con mayor rigor en los supuestos de frustración que en aquellos de impracticabilidad (M.C.A. Prado, pp. 1997, 350-352, siguiendo a A. Farnsworth). Se trata, a nuestro modo de ver, de algo consustancial, puesto que en casos de impracticabilidad o fuerza mayor, la imprevisibilidad puede reconducirse con facilidad a la inevitabilidad, pero no así en los supuestos de frustración de la causa, donde si los eventos resultan previsible requieren en mayor medida una precisión contractual y una configuración más estricta de la finalidad del contrato asumida por ambas partes.



El tratamiento no difiere en este punto de los sistemas romano-germánicos en que la previsibilidad se reconduce asimismo a términos de probabilidad razonable, pues, al fin y al cabo, salvo que de las disposiciones de las partes se desprenda otra cosa, todo y nada puede resultar previsible según el grado de imaginación del sujeto<sup>(35)</sup>.

18. 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 azar.

Por otra parte, aún 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 con-

---

En el Derecho inglés el criterio no varía mucho. A juicio de P. Birks "el evento debe haber sido tal que personas de una inteligencia media pudieran haberlo apreciado como probable. Por lo demás el 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" (*op.cit.*, p. 157). En la jurisprudencia inglesa: *WJ Tatem Ltd. v. Gamboa*, 1939 o *The Eugenia*, 1964.

(35) Tal es el sentido de la fuerza mayor motivada por un evento "imprevisible" según el Derecho francés, que admite la fuerza mayor cuando el evento, aún previsible, resultaba inevitable (*vid.* J. Denson Smith, "Impossibility...", *loc.cit.*, p. 156; H. Lesguillons, *loc.cit.*, p. 521; M. Porchy-Simon, *op.cit.*, p. 232.). En el Derecho español, la imprevisibilidad se concibe asimismo en términos de improbabilidad razonable. Como indica la *Sent. T.S. de 9 de noviembre de 1948*, confirmada por otras posteriores, la imprevisibilidad abarca "aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida puede deparar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige, sin embargo, la llamada prestación exorbitante, es decir, aquella que exigiría sacrificios desproporcionados o violación de deberes más altos". Para L. Díez Picazo y A. Gullón (*Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 201), la probabilidad razonable debe medirse con un criterio relativo, según la diligencia exigible al deudor. La particularidad del Derecho español, es asociar a la imprevisibilidad como causa de exoneración de la responsabilidad la "inevitabilidad" de sucesos previsibles (art. 1.105 C.c.). En el Derecho alemán, la imprevisibilidad ni siquiera aparece en el § 275 BGB. La esencia de la *Unmöglichkeit* no radica en la imprevisibilidad, sino en la imposibilidad de ejecución.

En el Derecho escocés, la exoneración de la responsabilidad no se produce si el efecto había sido previsto o debía haber sido previsto por la parte afectada. La jurisprudencia, sin embargo, vacila a la hora de determinar si existe frustración cuando el hecho debía haber sido previsible para ambas partes (D.M. Walker, *op.cit.*, núm. 31.54.).

El art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT y el art. 8.108 PECL participan de un concepto débil de imprevisibilidad/inevitabilidad (L. Díez Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Cívitas, 2002, pp. 380-381). Los PECL señalan la relatividad de los criterios contemplados en el art. 8.108, pues depende de las circunstancias atribuir a la parte la responsabilidad de haber tomado medidas paliativas, teniendo en cuenta que no puede exigirse a una parte la adopción de precauciones desproporcionadas por su coste en razón del riesgo real, ni, por ende, la asunción de medidas preventivas ilícitas (p. 381).

fianza 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<sup>(36)</sup>.

#### D) Efectos del incumplimiento

19. La imposibilidad exonera al deudor de su responsabilidad, al no considerarse un supuesto de "incumplimiento" contractual. No anula el contrato, como ocurre 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<sup>(37)</sup>. 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 imposible<sup>(38)</sup>.

Mayores diferencias se detectan a la hora de establecer si la concurrencia de la imposibilidad conlleva la resolución automática del contrato. Este no es un efecto consustancial para algunos regímenes<sup>(39)</sup>.

---

(36) En este sentido, R. J. Friel, *op.cit.*, pp. 326-328.

(37) En los sistemas romano-germánicos generalmente se trata de un efecto previsto legalmente (*ad.ex.* art. 1.1.47 y 1.148 C.c. francés). En los sistemas angloamericanos, se entiende que el deudor queda dispensado del cumplimiento de su obligación desde el momento en que sobreviene el acontecimiento impeditivo.

(38) En el régimen previsto en el CV 1980, se admite por algunos autores que el acreedor conserva incluso la acción de cumplimiento, aún cuando el deudor quede exonerado de la obligación de indemnizar por daños y perjuicios [*vid.* G.J. Jones y P. Schlechtriem, p. 98; p. Salvador Cordech, "Art. 79", *La compraventa internacional de mercaderías (comentario a la Convención de Viena)*, Madrid, Cívitas, 1998, pp. 653-654]; a favor de la exclusión implícita se manifiesta J.O. Honnold (*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2ª ed., Deventer/Boston, Kluwer, 1991, 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), ni la acción por daños y perjuicios del art. 9.501 (1).

(39) En algunos sistemas, la extinción del contrato *ipso iure* viene prevista legalmente (art. 299.1º C.c. 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 notificar el hecho o ejercitar acciones específicas. 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 impiden 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 CV de 1980. En los PECL, en caso de imposibilidad el

20. El incumplimiento del deudor dispensa asimismo al acreedor del cumplimiento de su contraprestación<sup>(40)</sup>. La cuestión problemática en este punto consiste en determinar en qué medida las prestaciones llevadas a cabo antes del acontecimiento impeditivo resultan recuperables<sup>(41)</sup>.

---

contrato termina *ipso iure* (pp. 381-382), sin que tenga relevancia alguna la declaración o notificación de terminación [art. 9.303 (4)], 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).

(40) *Vid.* las referencias comparadas de M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 358-367. En algunos sistemas romano-germánicos esta consecuencia, que se produce *ipso iure*, se encuentra expresamente contemplada en la ley (*ad. ex.* art. 1.463 C.c. 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 C.c. japonés. En aquellos sistemas que únicamente prevén la dispensa del cumplimiento de la parte cuya obligación deviene imposible (*ad. ex.* art. 1.302 C.c. francés y C.c. belga; § 1.447 C.c. austríaco), 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.

(41) En los sistemas latinoamericanos cabe citar la previsión del ar. 299.2 del C.c. 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 C.c. argentino; art. 386 C.c. bielorruso; art. 416 C.c. ruso y el idéntico art. 349 C.c. uzbeko (*a sensu contrario*). En los sistemas romano-germánicos destaca la previsión expresa del art. 795 del C.c. portugués, que contempla la recuperación de las prestaciones ya realizadas sobre la base de las reglas generales del enriquecimiento sin causa. El art. 1463 C.c. italiano contempla la misma solución a través de la normas relativas a la *ripetizione dell'indebito*.

La vieja regla del *Common Law* de que el riesgo del incumplimiento justificado en casos de imposibilidad o impracticabilidad "*the loss 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 solo en Inglaterra, sino también en Nueva Zelanda, Victoria (Australia) y muchas provincias canadienses. La Ley establece el derecho del acreedor a recuperar las cantidades entregadas antes del acontecimiento impeditivo, 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 impeditivo, se sigue una solución contraria al *Common Law* (*vid.* P. Birks, *op.cit.*, p. 160), 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 British Columbia (G.H. Jones y P. Schechtriem, *op.cit.*, p. 103). 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 –

21. 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<sup>(42)</sup>.

E) Incumplimiento temporal o permanente

22 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, aún 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 diferente. Así

---

1 All ER, 925) puede consultarse en R. Stone y N. Lucas, *Law of Contract (Cases and Materials)*, 2ª ed., Londres, Blackstone, 1998.p. 211-218].

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 impeditivo. Como señalan G.H. Jones y P. Schlechtriem (*op.cit.*, p. 103), 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 (R.J. Friel, *op.cit.*, p. 331), su inseguridad explica la reticencia de los Tribunales a seguir los criterios del Segundo *Restatement* y penetrar en el "laberinto de la incertidumbre".

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).

(42) Esta es la solución contemplada concretamente en el art. 7.1.7. (3) de los Principios UNIDROIT (*vid.* sobre este precepto D. Morán Bovio, "Art. 7.1.7.", *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 333-337); art. 8.108 (3) PECL; art. 79.4 CV de 1980 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 (*vid.* PECL, p. 384).

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<sup>(43)</sup>.

23. Los principios señalados resultan operativos, sin embargo, para la obligación de entregar una cosa determinada o, en todo caso, para la prestación característica en un contrato de servicios, pero no se extienden a las prestaciones dinerarias, si se exceptúan los supuestos muy excepcionales de inflación extrema<sup>(44)</sup>.

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 imposibilidad<sup>(45)</sup>.

---

(43) Según el Derecho alemán (§ 361 BGB y § 376 HGB) y el Derecho suizo (art. 108.3º C.O.), si el cumplimiento no se realiza en el plazo previsto, el acreedor tiene derecho a retirarse del contrato bajo condiciones más flexibles que las que generalmente rigen el derecho a terminar el contrato. Una regla semejante se deduce del Derecho francés (arts. 1.184 y 1.139 C.c.). A tenor del § 361 BGB (vid. F. Janßen, "§ 361", *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich, CH Beck, 2001, pp. 1.651-1.702) el acreedor en un contrato bilateral con plazo "relativamente" fijo, en contra del principio general, tiene derecho a resolver el contrato, incluso si el retraso del deudor no constituye un incumplimiento del que sea responsable. Una solución similar se contempla en el art. 1.051 del Proyecto de C.c. colombiano de 2001. El Derecho italiano y el austriaco aún van más lejos (§ 919 C.c. austriaco y art. 1.457 C.c. italiano), pues las acciones de cumplimiento específico se extinguen con la expiración del plazo de cumplimiento estipulado, a menos que el acreedor notifique con prontitud al deudor que persiste en el cumplimiento. Se trata del mismo régimen previsto para las ventas mercantiles a plazo determinado (*Fixhandelskauf*) en el § 376 HGB. Una solución similar es predicable asimismo en el *Common Law*, como se desprende de las reflexiones de Lord Roskill en el asunto *Pierre Shipping Ltd. v. B.T.P. Tioxide Ltd. (The Nema)* en 1982.

(44) A este respecto, G.H. Jones y P. Schlechtriem (*op.cit.*, p. 111) citan una decisión del *Reichsgericht* alemán de 1926, en que el comprador fue obligado a pagar el precio de 180 billones de marcos no más allá de las 11.30 a.m. del 26 de septiembre de 1923. El Tribunal consideró que en una época de tan extrema inflación, el pago en la tarde del mismo día constituía un "aliud", es decir, algo enteramente diferente del contenido de la obligación.

(45) Así cabe interpretar lo dispuesto en el art. 1.256.2º del C.c. 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. El art. 1.316 del C.c. 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 inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de

#### F) Incumplimiento total o parcial

24. 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. La respuesta es esencialmente parecida en los distintos sistemas jurídicos, y radica básicamente en ponderar el eventual interés que el acreedor pueda

---

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 del art. 792 del C.c. portugués se contempla únicamente la decadencia del interés del acreedor. Reglas especiales se contienen asimismo en los arts. 335-348 C.c. griego; art. 6:74 C.c. holandés; § 918 C.c. austríaco; en las jurisprudencias belga, danesa y en la doctrina española (*vid.* PECL, p. 384).

En el Derecho alemán, el tratamiento jurisprudencial coincide con la disposición legal italiana, tal y como se desprende de los precedentes citados por G.H. Jones y P. Schlechtriem (*op. cit.*, pp. 112-113). Entre ellas, cabe destacar la *Sent. BGH de 30 de octubre de 1953*, que se pronuncia sobre un contrato frustrado de adquisición de bienes inmuebles situados en la Alemania de 1939 que no obtuvo la autorización preceptiva de las autoridades públicas. Después de 1945, el comprador reclamó el cumplimiento específico del contrato. El Tribunal Supremo alemán no admitió la demanda sobre la base de que la autorización denegada en 1939 hizo el cumplimiento imposible; ésta únicamente sería exigible si las partes hubiesen previsto la caída del régimen nazi y considerado vivas sus respectivas obligaciones. Otras dos sentencias del *Reichsgericht* alemán de 6 de julio de 1893 y de 8 de enero de 1907 ponen de manifiesto la delicada tarea de interpretar en qué casos un impedimento temporal puede considerarse una imposibilidad permanente. Ambas decisiones registran hechos idénticos: el vendedor se obliga a una entrega de harina producida en su molino, que resulta destruido por el fuego. Se discutía si la obligación de entrega renacía una vez que el molino había sido reconstruido. Mientras en la primera decisión la respuesta fue negativa, en la segunda fue positiva.

Los Tribunales franceses son más reacios a considerar que un impedimento temporal pueda conducir a una imposibilidad permanente, de forma consecuente con una doctrina de la fuerza mayor mucho más restrictiva y garantista del principio *pacta sunt servanda*. Entre otros casos, la *Cour de Cassation* resuelve en 1922 un litigio referido a un contrato de arrendamiento de una parte de un edificio, pendiente aún de reconstrucción, celebrado en 1911; la duración del contrato era de 24 años, pero la gran guerra impidió su reconstrucción, siendo tal hecho considerado por el Tribunal Supremo francés como un impedimento temporal que no obstaba al cumplimiento final del contrato, provocando una mera suspensión de su ejecución.

En el *Common Law* la solución es la misma (*vid.* P. Birks, *op. cit.*, p. 150 y 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).

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. 8.108 (2) PECL y, para algunos autores, en el art. 79.3 CV de 1980.

tener en una ejecución parcial<sup>(46)</sup>.

De forma singular, en el *Common Law* se da un tratamiento específico a aquellos casos en que el deudor se obliga en diversos contratos independientes, que no puede cumplir en su totalidad, que en algunos sistemas romano-germánicos utiliza criterios legales vinculado a la cronología o prorata de las obligaciones<sup>(47)</sup>.

G) El juego de la autonomía de la voluntad

25. El estudio de Derecho comparado nos lleva a un régimen legal de la imposibilidad, 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

---

(46) En algunos de los sistemas romano-germánicos esta cuestión aparece legalmente contemplada (*ad. ex.* Art. 1.460 C.c. español; art. 793 C.c. portugués; art. 1.464 y 1.672 C.c. italiano, § 920 C.c. austriaco o antiguos §§ 280 y 283 BGB y actual § 275 BGB: *vid.* C-W. Canaris, *loc.cit.*, p. 500), 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 del CV de 1980 o el art. 9.302 (2) de los PECL, en el sentido de que no es admisible la imposibilidad y exoneración meramente parcial cuando la parte de cumplimiento posible esté tan indisolublemente 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. G.H. Jones y P. Schlechtriem proporcionan algunos ejemplos muy ilustrativos (*op.cit.*, p. 104): Se confiere al arrendatario el derecho a retener el pago total de la renta cuando el arrendador únicamente facilitó la posesión de una parte de las habitaciones estipuladas (*Sent. Cour de Cassation de 1 de junio de 1964*); el destinatario de una construcción debe abonar al constructor los trabajos preliminares (planos, modelos) realizados para la ejecución de una obra frustrada, únicamente si tales trabajos implican un beneficio para el primero (*Sent. OLG Saarbrücken de 17 de enero de 1967*). En los sistemas romano-germánicos, la imposibilidad parcial depende en buena medida de la caracterización de la obligación contractual como obligación de resultado o de comportamiento. Por otra parte, en caso de que se admita la imposibilidad parcial, el acreedor tendrá derecho a una reducción proporcional de su contraprestación (*ad.ex.* art. 1.722 C.c. francés).

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.

(47) En particular, la sección 2-615 b) del UCC y la sección 270 del *Second Restatement of Contracts* contemplan el supuesto de que un vendedor únicamente pueda atender parcialmente a sus obligaciones, optando por un reparto razonable y equitativo del producto y sus remesas entre los distintos destinatarios (sobre las soluciones jurisprudenciales anteriores al *Second Restatement* y para una defensa de una solución basada en el prorrateo: J.P. Witherspoon, "The Force Majeure Clause and Partial Impossibility of Seller's Performance", *Texas L. Rev.*, vol. 27 (1948-1949), pp. 775-791). En el Derecho inglés se barajan varias posibilidades, analizadas por P. Birks (*op.cit.*, pp. 151-152). Desde un punto de vista, ningún contrato resulta frustrado, pues teóricamente no resulta imposible de cumplir. Pero no parece que el deudor tenga una posibilidad real de elegir el cumplimiento cuando es incapaz de cumplir todos los contratos. Otra postura defiende que debe cumplirse las obligaciones en el orden legal, básicamente a partir de la cronología en la celebración del contrato. Según un tercer punto de vista, lo procedente sería el incumplimiento parcial prorrateado, pero esta solución, a juicio de P. Birks, choca con la doctrina de la frustración del contrato en el Derecho inglés, que no admite la modificación del contrato y sí únicamente su resolución.

el contrato cláusulas de imposibilidad o fuerza mayor, o cláusulas de *hardship* para corregir los desequilibrios contractuales en caso de excesiva onerosidad sobrevenida. No es objeto de este estudio analizar la práctica comercial y la variedad de posibilidades que ofrecen estas cláusulas, aunque sí, como veremos, tenerlas en cuenta como referente a menudo imprescindible.

Conviene precisar, sin embargo, que 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<sup>(48)</sup>.

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<sup>(49)</sup>. 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<sup>(50)</sup>.

Finalmente, 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<sup>(51)</sup>.

### III. EXCESIVA ONEROSIDAD

#### 1. El régimen singular del *hardship* en el Derecho comparado

26. La excesiva onerosidad o *hardship*, "uno de los más agudos problemas del Derecho de contratos a lo largo del siglo XX"<sup>(52)</sup>, constituye una situación diferente de

---

(48) 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. Esta indicada la renegociación, empero, si la cláusula de *hardship* no contempla los hechos que dan lugar a la excesiva onerosidad (Principios UNIDROIT, pp. 162-163).

(49) *Vid.* PECL, p. 323.

(50) Así se resolvió en un supuesto de comercio con el enemigo en tiempo de guerra en el caso *Ertel Bieber & Co. C. Rio Tinto Co. Ltd.* (1918).

(51) *Vid.* en este sentido H.J. Berman, *loc.cit.*, pp. 1.430-1.436.

(52) *Vid.* L. Díez Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, *op.cit.*, p. 291.



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 acontecimientos o circunstancias sobrevenidas (guerras, desastres económicos, disturbios políticos, etc.), igualmente imprevisibles y ajenas a las partes, pero que no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes<sup>(53)</sup>.

En suma, aunque las circunstancias sobrevenidas tienen la misma configuración en los supuestos de imposibilidad y en los de excesiva onerosidad, la diferencia radica en los efectos que producen sobre la posibilidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, sobre los efectos del incumplimiento en la responsabilidad del deudor. En los supuestos de excesiva onerosidad el contrato puede ser cumplido, pero el deber de cumplir (*pacta sunt servanda*) puede oponerse a un buen entendimiento de la buena fe como elemento esencial del cumplimiento contractual. De hecho, la excesiva onerosidad no puede ser alegada, por definición, respecto de prestaciones que ya han sido cumplidas<sup>(54)</sup>.

Evidentemente, no todo encarecimiento o devaluación de una prestación genera una excesiva onerosidad, sino sólo aquella que produce un desequilibrio esencial del contrato. La dificultad estriba, desde luego, en establecer en qué momento una mayor onerosidad merece ser considerada como "excesiva"<sup>(55)</sup>.

27. La cláusula *rebus sic stantibus* es la justificación histórica del tratamiento de la excesiva onerosidad en los sistemas romanistas<sup>(56)</sup>. A tenor de esta doctrina, el con-

---

(53) El desequilibrio contractual no solo se produce por un cambio de circunstancias, sino que responde asimismo a la propia naturaleza del contrato, como contrato de larga duración o referido a un sector sensible a determinadas circunstancias o cambios socioeconómicos, como, por ejemplo, los contratos de transferencia de tecnología (Ph. Fouchard, "L'adaptation des contrats à la conjoncture économique", *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 67-82).

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

(55) Para algunos autores, la onerosidad excesiva puede establecerse a través de criterios porcentuales. Así, D. Maskow ("Hardship and Force Majeure", *A.J.C.L.*, vol. 40, 1992, p. 662) estima como necesario un incremento del coste o alteración del valor de, al menos, un 50%, al igual que hacen los Principios Unidroit; pero sigue sin entenderse por qué no es excesiva un aumento en la onerosidad del 49%, ni tampoco existen criterios matemáticos para medir, más allá del precio, las oscilaciones de valor. Asimismo, como hace ver M.C.A. Prado (*loc.cit.*, p. 366), cabe preguntarse si se trata de un umbral apropiado para cubrir todas las situaciones posibles (contrato de suministro, *joint-ventures*, de sociedades, de transferencia de tecnología...) en sectores tan dispares como el petrolífero, alimenticio, automovilístico, textil, etc.

(56) *Vid.* la obra fundamental de P. Abas, *Rebus sic stantibus*, Colonia, Carl Heymanns, 1993. Una breve y buena exposición histórica del *hardship* desde el medioevo hasta hoy, desgranando las razones de su descarte durante el liberalismo decimonónico y su reaparición tras las guerras del siglo XX, se aprecia en P. Gallo, "Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An Historical and Comparative Analysis", *ER.P.L.*, 1998, pp. 285-289.

trato vincula a las partes al cumplimiento en la medida en que, según la naturaleza y causa del contrato, no hayan variado sustancialmente las circunstancias conforme a las cuales se perfeccionó. Durante el siglo XIX los efectos de la cláusula apuntan más a una reducción de las obligaciones del deudor que a la posibilidad de resolver el contrato. Pero la institución recibe asimismo una consagración legal en textos como el art. 1.467 del C.c. italiano, que instaura la institución de la "excesiva onerosidad sobrevenida" para los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida<sup>(57)</sup>.

El modelo germánico presenta en este punto una acusada idiosincrasia. La cláusula *rebus sic stantibus* pasó desde los glosadores a Grocio y Pufendorf y fue 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)<sup>(58)</sup>, exige una reconstrucción del contrato o, si no resulta posible, su resolución<sup>(59)</sup>. Bajo la

---

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

(58) *Vid.* H. Roth, "§ 242", *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich, CH Beck, 2001, pp. 106-340.

(59) La incorporación histórica de la cláusula *rebus sic stantibus* al Derecho alemán se analiza en K. Zweigert y H. Kötz (*op.cit.*, pp. 518-524). Originalmente, la doctrina de la "*Wegfall der*

rúbrica más genérica y flexible de "*Störung der Geschäftsgrundlage*" esta solución aparece positivizada en el nuevo §313 BGB<sup>(60)</sup>.

El sistema español viene a representar un modelo intermedio entre el italiano o alemán, más generosos, y el francés. Con excepciones singulares, como la Ley 493 de la Compilación Navarra<sup>(61)</sup> o el art. 43 de la Ley de Arrendamientos Rústicos<sup>(62)</sup>, se trata de un modelo de recepción jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* muy restrictivo, por mucho que alguna decisión pretenda la acomodación de dicha jurisprudencia al concepto de *hardship* de los Principios UNIDROIT (*Sent. T.S. núm. 1.059/2000, de 17 de noviembre*). Los requisitos exigidos por la jurisprudencia española, siempre enmarcados en una interpretación muy restrictiva, se cifran en: a) una alteración "extraordinaria" de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las previstas en el momento de su celebración; b) una imprevisibilidad absoluta de dichas circunstancias; y c) una provocación de una desproporción "inusitada y exorbitante", fuera de todo cálculo, que "aniquila" el necesario equilibrio de las prestaciones, y que en algunos casos entronca el propio T.S. con el concepto de

---

Geschäftsgrundlage" presenta una gran similitud con la doctrina inglesa de los "implied terms". Pero la primera deja muy pronto de asociarse a una mera ficción de una condición tácita de naturaleza subjetiva, concibiéndose como una cuestión fáctica y objetiva de la transacción (elemento extracontractual), que refleja la función social del contrato, como instrumento de los intercambios comerciales, en que más allá de la mera autonomía de la voluntad, el principio de buena fe resulta esencial (P. Hay, "Frustration and Its Solution in German Law", *A.J.C.L.*, vol. 10, 1961, pp. 361-362; K. Larenz, *op.cit.*, *passim*).

(60) *Vid.* K.J. Albiez Dohrmann, *loc.cit.*, pp. 1.193-1195. La evolución del modelo alemán se reproduce con increíble fidelidad en otros sistemas lejanos, como el japonés. Sólo cuatro años después que P. Oertmann, Katsumoto Massaki incorpora en el Derecho japonés la idea del cambio de circunstancias en la teoría del Derecho civil (Minpō ni okeru jijō henkō no Gensoku, 1926), que sigue más bien la teoría de la imprevisión del Derecho administrativo francés que la imprevista alemana. A partir de esta obra, el Derecho japonés despeja sus dudas sobre los efectos de la imposibilidad económica, la impracticabilidad o el *hardship* y asume en este último caso la opción entre resolución y adaptación del contrato, a raíz de la *Sent. Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1944*. De forma parecida a las propuestas del UCC, el Derecho japonés tiende hacia criterios de equidad y buena fe, utilizando cláusulas y conceptos abiertos para la reconstrucción del contrato (K. Iragashi y L.V. Rieke, "Impossibility and Frustration in Sales Contracts", *Washington L. Rev.*, vol. 42 (1966-1967), pp. 445-462. A.K. Puelinckx, *loc.cit.*, pp. 62-63). En Austria, la doctrina se incorpora por aplicación analógica de los §§ 936, 1.052 y 1.170<sup>a</sup> C.c. En el Derecho escandinavo, aunque la jurisprudencia tradicional se muestra contraria, se viene aceptando el *hardship* para los contratos de larga duración, invocando la teoría de la "condición implícita" y el § 36 *Contract Act on Unconscionable Clauses*.

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

(62) "Cualquiera de las partes podrá solicitar revisión extraordinaria de la renta o participación por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una lesión superior al quince por ciento de la renta justa. Si se accede a la revisión extraordinaria a solicitud del arrendador, el arrendatario podrá optar por la cesación de la relación arrendaticia".

frustración de la causa o de la "base negocial" (*ad ex. Sent. T.S. núm. 129/2001, de 20 de febrero*).<sup>(63)</sup>

La excepción entre los sistemas romano-germánicos, notable por otra parte, viene dada por el sistema francés, al que se añaden el belga y el luxemburgués. La fuerza obligatoria del contrato (art. 1.134 C.c. francés) se encuentra particularmente santificada en el Derecho francés, por lo que, al margen de los supuestos de verdadera imposibilidad o fuerza mayor (art. 1.302 C.c.), la jurisprudencia no ha admitido en modo alguno la incidencia de la excesiva o incluso extrema onerosidad sobrevenida, si bien en una decisión reciente algunos autores observan la primera y única brecha en tal doctrina<sup>(64)</sup>. El trasunto de la regla *rebus sic stantibus* en el Derecho francés es la

---

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

(64) La jurisprudencia francesa se asienta en el precedente conocido como "*Canal de Craponne*" resuelto por la *Sent. Cour de Cassation de 6 de marzo de 1876*: En 1560, el Sr. de Craponne se comprometió a construir un canal de irrigación a su costa, pudiendo los ribereños beneficiarse del agua a cambio de una contraprestación monetaria. Tres siglos después, los explotadores del canal, argumentando que las cantidades pactadas eran absolutamente insuficientes para cubrir los gastos, pidieron su actualización, que fue concedida por la *Cour d'Appel d'Aix* a través de una sentencia que fue casada sobre la base del art. 1.134 C.c., afirmando que "no corresponde a los Tribunales, por muy equitativa que pueda parecerles su decisión, tener en cuenta el tiempo y las circunstancias para modificar los acuerdos de las partes, sustituyendo por otras nuevas las cláusulas que los cocontratantes aceptaron libremente". Entre los supuestos más recientes que, para algunos, apuntan hacia una apertura al concepto, cabe citar la *Sent. Cour de Cassation de 3 de noviembre de 1992*, en que se condena a una de las partes del contrato a pagar daños y perjuicios a la otra parte al haberle negado una revisión del contrato que le condujo a la ruina. Es cierto que la sentencia no reconoce al juez un poder de revisión (P. Cabrillac, *Droit des obligations*, 4ª ed., París, Dalloz, 2000, p. 87), limitándose a sancionar una responsabilidad extra o precontractual sobre la base del principio de buena fe, y que, en

doctrina jurisprudencial de la "imprevisión" cuya aplicación queda reducida a la jurisdicción y a la contratación administrativa, en especial a partir de la *Sent. Conséil d'État de 30 de marzo de 1916* en el asunto "Gaz de Bordeaux", en que reconoce que un alza imprevisible del precio del carbón había trastocado el equilibrio económico en un contrato de concesión, concediendo una indemnización al concesionario que había proseguido con el suministro. El mantenimiento del suministro y, en consecuencia, del servicio público encuentra en estos contratos una justificación que, sin embargo, no se extiende a los contratos civiles<sup>(65)</sup>.

28. Aunque pueda resultar paradójico, por el uso corriente del término "hardship", el Derecho angloamericano no contiene un régimen legal de la excesiva onerosidad, sencillamente porque no le reconoce efecto alguno<sup>(66)</sup>. Tanto en el Derecho inglés, irlandés –incluso el escocés–, como en los EE.UU., no se reconoce *a priori* los efectos de la regla *rebus sic stantibus* (*change of circumstances*). El hecho de que el cumplimiento devenga más oneroso, incluso notablemente más oneroso, no exonera de la responsabilidad por incumplimiento. De ahí que, para obtener una protección frente a

---

todo caso, no es un precedente concluyente sobre un cambio de rumbo. Para algunos estudiosos la jurisprudencia francesa no es tan absolutamente reacia a admitir la doctrina del *hardship* en los contratos civiles, a juzgar por ciertos precedentes, como los asuntos resueltos por *Sents. Trib. Seine de 3 de febrero de 1905* y *17 de abril de 1869* (cit. por M.D. Aubrey, *loc.cit.*, p. 1.174). Sin embargo, amen de tratarse de supuestos aislados y muy antiguos, no hacían mención en realidad a supuestos de excesiva onerosidad, sino de fuerza mayor en un sentido amplio, al considerar en el primer caso resuelto el contrato por incapacidad física de una parte, aunque no estuviera concebido el contrato *intuitu personae*, y, en el segundo, dicha resolución se fundamentara en el peligro o riesgo físico grave para una de las partes en caso de ejecutar su prestación. En realidad, los jueces se ven constreñidos simplemente a invitar a las partes a renegociar de buena fe. Pero es evidente que la doctrina científica se ha mostrado muy reacia a la exclusión de la imprevisión de los contratos civiles, y ha tratado de generar una doctrina legal del *hardship* a partir de una comprensión realista de la voluntad de las partes como fuerza creadora del contrato, la fuerza de principios como la equidad (art. 1.135) y la buena fe (art. 1.134) y de las posibilidad de adaptación o revisión contractual que sugieren preceptos como el art. 1.244 C.c. francés (P. Cabrillac, *op.cit.*, pp. 85-86; M. Porchy-Simon, *op.cit.*, pp. 172-173). El criterio restrictivo del Derecho francés frente a los supuestos de excesiva onerosidad se ha traducido, en cierta medida, en sistemas como el belga, el ruso, incluso en buena medida en el español (A. Frignani, *op.cit.*, p. 70).

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

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

semejante eventualidad, se requiera la introducción en el contrato de "cláusulas de *hardship*"; sólo en este contexto convencional se concibe en el Derecho angloamericano el término referido, desprovisto de alcance legal más allá de dichos pactos. Incluso en el Derecho norteamericano el concepto de impracticabilidad introducido en el UCC no ha servido para extender el régimen de la imposibilidad a meros supuestos de excesiva onerosidad<sup>(67)</sup>.

## 2. El *hardship* en los textos internacionales

### A) Convenio de Viena de 1980

29. En los textos internacionales, la excesiva onerosidad ha tenido una recepción generosa. Se duda, sin embargo, que el art. 79 del Convenio de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980 extienda el régimen de la imposibilidad de cumplimiento que contiene a supuestos de excesiva onerosidad o, incluso, de imposibilidad económica<sup>(68)</sup>. El argumento esencial de quienes defienden la extensión radica en la imprecisión del término

---

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

(68) El art. 79 del CV de 1980 trae causa en el art. 74 de la Ley Uniforme de 1964, y su doble inspiración en el Derecho francés e inglés (B. Nicholas, "Force Majeure and Frustration.", *A.J.C.L.*, vol. 27, 1979, pp. 231-245) no parecen apuntar la idea de la inclusión de supuestos de *hardship*. A favor de la exclusión, pueden verse los argumentos de N. Marchal Escalona ("La cláusula de *hardship* en la contratación internacional", *RCEA.*, vol. XVII, 2002, pp. 97-98), P. Salvador Cordech (p. 637).

"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.

#### B) Principios UNIDROIT

30. La reglamentación del *hardship* contenida en los arts. 6.2.1. a 6.2.3. de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT de 1995 se fundamenta en la excepcionalidad del *hardship* como excepción al principio *pacta sunt servanda* (art. 6.2.1)<sup>(69)</sup>. En el concepto de *hardship* se hace referencia a los sucesos que alteran de forma esencial el equilibrio del contrato, ya sea incrementando el coste de una prestación de una parte o disminuyendo el valor de la prestación de la otra (6.2.2.), y de hecho parecen incluir supuestos de frustración de la causa al lado de los de excesiva onerosidad<sup>(70)</sup>.

En la cualificación de los sucesos que generan excesiva onerosidad, los Principios UNIDROIT, frente a la delimitación temporal que generalmente se admite en el Derecho comparado y en los propios PECL, asimilan los acontecimientos que concurrían en el momento de celebración del contrato pero que son conocidos con posterioridad (6.2.2. letra a)<sup>(71)</sup>. Por lo demás, los Principios recogen las tradicionales características de imprevisibilidad en sentido débil (6.2.2. letra b), exterioridad (6.2.2. letra c), así como la condición de que el riesgo no fuera asumido por la parte afectada (6.2.2. letra d). En general, la concepción de los acontecimientos o eventos generadores de la excesiva onerosidad parece abiertamente tributaria del modelo norteamericano, acaso con la excepción del tratamiento de la "imprevisibilidad"<sup>(72)</sup>.

---

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" (*op.cit.*, p. 136), o D. Tallon, con el fin de garantizar la interpretación uniforme y evitar lagunas (1987, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 593-594). J.O. Honnold se manifiesta únicamente por la inclusión de supuestos de imposibilidad económica o extrema onerosidad (*op.cit.*, pp. 542-544). El mismo criterio restrictivo defiende P. Salvador Cordech (*op.cit.*, pp. 642-644).

(69) 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). Vid. A. Madrid Parra, "Art. 6.2.2.", *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 309-312; *Id.* "Art. 6.2.3.", *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 313-316.

(70) Así se deduce, en efecto, de algunos ejemplos, como apunta M.C.A. Prado (*loc.cit.*, p.264).

(71) Con todo, en ello coinciden con el Derecho administrativo francés, que abarca tal delimitación temporal partiendo de la "*théorie des sujétions imprévues*" (vid. P. Van Ommeslaghe, *loc.cit.*, p. 32).

(72) Vid. en este sentido M.C.A. Prado (*loc.cit.*, pp. 362-363).

Es sintomático, asimismo, que los Principios admitan que los conceptos de excesiva onerosidad y fuerza mayor (art. 7.1.7) puedan concurrir, correspondiendo a la parte perjudicada la opción por el recurso que estime oportuno, habida cuenta que la fuerza mayor únicamente admite la resolución del contrato y no la adaptación o revisión que se contemplan en los supuestos de *hardship*<sup>(73)</sup>.

### C) Los PECL

31. El art. 6.111 contiene la reglamentación de la excesiva onerosidad ("cambio de circunstancias") en los PECL. A diferencia de los Principios UNIDROIT, únicamente se contemplan los efectos del cambio de circunstancias posterior a la conclusión del contrato [art. 6.111. (2) a)]. Por lo demás, se recogen las exigencias de previsibilidad razonable y riesgo no asumible contractualmente<sup>(74)</sup> [art. 6.111 (2) b) y c)]. No obstante, no se hace referencia expresa a la exterioridad de las circunstancias.

#### 3. Efectos específicos de la excesiva onerosidad

32. 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, esto es, perdiendo el acreedor sus acciones de responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

33. Una segunda alternativa pasa por considerar que el cambio de circunstancias no lleva aparejada la extinción o resolución del contrato, aunque el deudor resulte exonerado de su responsabilidad y de responder por daños y perjuicios. En este caso, el acreedor puede tener derecho a la terminación el contrato, y ambas partes podrían tener un derecho a solicitar la modificación o adaptación del contrato. Admitida la posibilidad de una adaptación o modificación del contrato, el Derecho comparado arroja una gran diversidad en torno a la forma en que dicha modificación debe producirse, ya sea *ipso iure*, a través de las negociaciones de las partes<sup>(75)</sup>, o mediante una

---

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

(74) Los Comentarios hacen expresa referencia a contratos de seguros, swap, sobre futuros, bursátiles, especulativos, etc. (p. 325).

(75) Así, la renegociación es la solución predilecta en el Derecho sueco, sobre la base de una acrisolada cultura general de la "renegociación", a juicio de B. Lehrberg, "*Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms*", *ER.P.L.*, 1998, pp. 265-283.



intervención judicial que admite a su vez un amplio margen de posibilidades<sup>(76)</sup>.

Los Principios UNIDROIT siguen el modelo germánico al conferir amplios poderes al juez y ampararse en criterios de equidad o buena fe, si bien no acaba por configurar la revisión o adaptación del contrato como una solución preferente. Conforme al art. 6.2.3., la parte perjudicada puede solicitar la renegociación del contrato, indicando los motivos o sucesos que la motivan. Se trata de una posibilidad que debe llevar a cabo sin demora injustificada, aunque las consecuencias de esta demora parecen producirse más bien sobre la prueba que sobre la pérdida del recurso<sup>(77)</sup>. La solicitud no permite a la parte perjudicada suspender el cumplimiento de sus obligaciones, y la iniciativa en la adaptación de las partes corresponde inicialmente a las partes. Estas deben negociar de buena fe, so pena de incurrir en responsabilidad "extracontractual", y sólo en caso de falta de acuerdo procede la intervención de un Tribunal.

La intervención del Tribunal es el punto débil de la reglamentación del *hardship* en los Principios UNIDROIT, no tanto porque es desconocida en buena parte de los sistemas y en la propia práctica comercial sustentada en las cláusulas de *hardship*<sup>(78)</sup>, como por su propia y concreta configuración. El Tribunal, según lo dispuesto en el art. 6.2.3 (4) tiene la opción entre adaptar el contrato para restablecer su equilibrio (letra b) o dar por terminado el contrato en una fecha determinada y con los efectos que el propio Tribunal determine (letra a), esto es, sin seguir las reglas generales rectoras de

---

(76) Dentro de los sistemas romano-germánicos, el Derecho italiano ofrece un modelo particularmente interesante a tenor del art. 1.467 C.c., seguido por los textos citados que incorporan su solución. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte afectada podrá solicitar la terminación del contrato, pero el acreedor puede contrarrestar esta acción a través de una propuesta razonable de modificación del contrato. El Derecho español muestra asimismo una preferencia jurisprudencial por la modificación del contrato sobre la base del principio general de buena fe del art. 1.258 C.c., que, de hecho, "no autoriza la extinción o resolución de la relación por la alteración sobrevenida de la base negocial" (*Sents. T.S. de 6 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1994, 19 de junio de 1996 y 17 de noviembre de 2000* (En este sentido X. O'Callaghan, *op.cit.*, p. 296), si bien en las decisiones más recientes se admite la alternativa entre revisión o resolución (*Sent. T.S. de 27 de mayo de 2002*). Un régimen parecido se prevé expresamente en el art. 1.440 del C.c. peruano, pues la resolución del contrato únicamente procede cuando la adaptación del contrato solicitada por la parte perjudicada resulte imposible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si así lo solicitara el demandado. La adaptación del contrato es una solución en la que participan asimismo los modelos germánicos, como el Derecho alemán (§ 313 BGB) o el suizo. Y en casos como el Derecho egipcio (art. 107.3 del C.c.) o argelino (art. 147 C.c.) la adaptación por el juez es imperativa, siendo nulo cualquier acuerdo de las partes en sentido contrario (*vid. P. Bernardini, loc.cit., op.cit.*, p. 214).

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

(78) En este sentido M.C.A. Prado, *loc.cit.*, p. 373).

los supuestos típicos de terminación del contrato. Sin embargo, esta alternativa atribuye una facultad al juez que estime que existe un supuesto de "excesiva onerosidad" "siempre que lo considere razonable". Quiere ello decir que el intérprete puede considerar irrazonable tanto la adaptación como la terminación, y, como los propios Principios indican, ello abre nuevas posibilidades, a saber, admitir la necesidad de que el contrato sea cumplido o instar a las partes a una renegociación<sup>(79)</sup>. 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 se nos antoja más acabada técnicamente que la de los Principios UNIDROIT. Por una parte, establece en primer lugar la obligación de las partes de entablar negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo, estableciendo la responsabilidad (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*]. Si las partes no concluyen de forma positiva la renegociación, dentro de un plazo razonable, el Tribunal puede dar por terminado el contrato con el régimen singular establecido por el propio Tribunal en cuanto a su alcance y fecha o bien proceder a su adaptación [art. 6.111 (3) a) y b)]. Los Principios conciben la adaptación de una forma amplia, habilitando al juez para modificar el plazo de cumplimiento, reducir o aumentar el precio o la cantidad, estableciendo cantidades compensatorias, etc. Con todo, el poder del juez se limita a alterar algunas cláusulas, no ha redactar el contrato completo, por lo que si estas modificaciones o labores de adaptación condujeran a una modificación de tal entidad, lo procedente es dar por terminado el contrato<sup>(80)</sup>.

## VI. UNAS CONCLUSIONES FUNCIONALES

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

#### A) *Common Law*

34. Como se ha visto, ni siquiera el modelo del *Common Law* es un modelo uniforme al ciento por ciento. Contamos, de un lado, con la doctrina de la "frustración del

---

(79) *Vid.* p. 165.

(80) PECL, p. 327.

contrato" propia del Derecho inglés, cuyo régimen puede considerarse extendido a Australia, Nueva Zelanda y la mayor parte del Canadá.

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

En efecto, desde el precedente *Taylor v. Caldwell*, la jurisprudencia inglesa recurre de forma repetitiva al fundamento de las "condiciones implícitas" (*implied terms*), que ha sido importada asimismo por la jurisprudencia norteamericana (*In Patch v. Solar Corp.*, 1945)<sup>(81)</sup>. La pretensión de los jueces ingleses es proporcionar una aproximación a la voluntad real de las partes, a su verdadera, aunque hipotética, intención el caso de que hubieran previsto el acontecimiento impeditivo. Esta cautela tiene mucho que ver con un principio presuntamente básico del *Common Law* que prohíbe o impide al juez la creación de una obligación contractual para las partes. Sin embargo, desde concepciones más recientes, se trata de desmitificar esta aproximación subjetivista.

Por una parte, la doctrina de la "condición implícita" resulta sumamente artificial: el juez, enfrentado a las posiciones contrapuestas de las partes en un litigio, es incapaz materialmente de determinar su voluntad real para el caso de haber previsto acontecimientos que, de hecho, eran imprevisibles. Cualquier planteamiento que simule simplemente basarse en los hechos o en la voluntad real de las partes es, sencillamente, hipócrita. En realidad, la única respuesta razonable que puede ofrecer el intérprete es interpretar el contrato (*construction of the contract*) sobre criterios objetivos de razonabilidad y equidad. Desde este punto de vista la frustración de la finalidad (*purpose*) o de la causa (*consideration*) del contrato se convierte en una

---

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

doctrina más acertada, por cuanto hace referencia a la frustración del fin económico-jurídico asumido por ambas partes del contrato, cuya inducción no cabe hacer sino a través de criterios objetivos de razonabilidad económica. Partiendo de la buena fe, es decir, descartando la posibilidad de que las partes puedan extraer del acontecimiento imprevisto una utilidad no concebida al momento de contratar, el juez debe intentar situarse en la posición de un comerciante razonable, y justificar cuál habría sido la solución que habrían dado las partes de haber previsto el acontecimiento, a partir de criterios de objetiva razonabilidad. Semejante solución, en consecuencia, es legal, no fáctica, y a través de ella no sólo cabe admitir, al menos, la posibilidad de resolver el contrato en supuestos de excesiva onerosidad, sino que confluimos en el modo de operar de muchos sistemas romano-germánicos. De hecho, la doctrina de la frustración de la causa acaba confluyendo en la necesidad de construir el contrato por cauces objetivos de desarrollo judicial, de cobertura de lagunas axiológicas. Por este camino, la proximidad entre el modelo angloamericano y el germánico será pura identidad<sup>(82)</sup>.

---

(82) A favor de la superación de la tradicional aproximación subjetivista del Derecho inglés se pronuncian, entre otros, M.D. Aubrey (*loc.cit.*, pp. 1.166 ss.), J.D. Smith ("Some Practical Aspects of the Doctrine of Impossibility", *Illinois L. Rev.*, vol. 32 (1937-1938), 937-1938, esp. pp. 682-683, y L. Trakman, cuyos planteamientos son seguidos de cerca por K. Zweigert y H. Kötz (*op.cit.*, pp. 529-530). P. Van Ommeslaghe se refiere al paso desde la voluntad implícita de las partes a una intervención externa sobre el principio de equidad y, actualmente, a una auténtica alteración de la identidad del contrato (*loc.cit.*, p. 18). Particularmente fundamentadas son las tesis de T.W. Chapman (*loc.cit.*, esp pp. 115-122). Chapman comprende la doctrina de la frustración sobre los presupuestos negociales o causa del contrato, más allá de un concepto estrecho de imposibilidad. Concretamente, se orienta más a considerar que, en la línea del más puro Derecho suizo, y muy cerca del Derecho alemán, las circunstancias sobrevenidas que dislocan la causa o finalidad del contrato generan, en realidad, la necesidad de una interpretación que proceda a cubrir lagunas legales (lagunas axiológicas propiamente dichas), sobre la base de la "*Gap Filling Doctrine*". Es en suma, un resultado que otros han alcanzado partiendo de la concepción más clásica de la "condición implícita", y que permitiría extender la doctrina de la frustración a los supuestos de *hardship*. En contra, P. Birks (*op.cit.*, p. 149) señala el carácter muy restrictivo de la jurisprudencia inglesa cuando no concurre una imposibilidad física o legal. En una dirección muy similar a la de Chapman apunta J.J. Gow (*loc.cit.*, *passim*), quien señala asimismo a McElroy: se muestra convencido de que la doctrina de los "*implied terms*", es un puro velo, y la frustración del contrato es una cuestión legal y no fáctica. J.J. Gow proporciona una explicación desmitificadora de la aproximación contractualista (autonomía de la voluntad y *sanctity of contract*) justificada en el liberalismo decimonónico y en la filosofía de que el juez no puede crear contratos, sino "interpretarlos", pues el contrato es "ley" creada por las partes (y exclusivamente por ellas). En una sociedad con una concepción más social o legal del contrato, como era el Derecho romano, cabe una actitud distinta en los casos de imprevisión, que otorgue al juez mayor creatividad. J.J. Gow cree ver la superación de esta visión subjetivista precisamente en la formulación de la doctrina de la frustración de la finalidad o causa del contrato tal y como se traduce de los *coronation cases* y afirma como consagración de esa superación las tesis de Lord Denning en el asunto *British Movietonews* resuelto por la *Court of Appeal* en 1951 y en jurisprudencia posterior. Para J.J. Gow, desmitificar la condición implícita pasar por afirmar, en primer lugar, que el contrato contiene lo que las partes dicen, y no se puede interpretar sobre lo que no dicen. La doctrina de la condición "implícita" no puede pretender pasar por una inducción mágica de lo que las partes han querido sin decirlo. De hecho, lo que oculta esta doctrina, de forma harto artificial, es una concepción no subjetivista del contrato, aunque trata de preservar la tradicional concepción, pues apunta a la pura y simple

Para llegar a esta convergencia, no parece que exista un obstáculo insalvable entre la frustración y el *hardship*. Aparentemente, supuestos de frustración como los resueltos en el asunto *Davis Contractors* parecen estar muy cerca del concepto de *hardship*<sup>(83)</sup>; sin embargo, desde un punto de vista teórico habría una diferencia esencial. La frustración de la causa significa que el evento imprevisto altera las bases negociales del contrato, por lo que el contrato original desaparece y se resuelve. En los supuestos de *hardship*, el contrato mantiene su causa y finalidad, pero se produce un desequilibrio del sinalagma, una mera alteración del equilibrio entre prestaciones; de ahí que la excesiva onerosidad admita, como solución alternativa a la resolución, la adaptación del contrato<sup>(84)</sup>. Sin embargo, la diferencia parece encontrarse más bien en los efectos de la frustración que en el propio concepto de frustración. Dicho de otro modo, dentro del concepto de frustración, al menos tal y como aparece enunciado por el juez Radcliffe en *Davis Contractors*, caben perfectamente los supuestos de excesiva onerosidad. Conviene no olvidar que el *hardship* sólo contempla un desequilibrio esencial en el contrato, no un mero incremento del coste de la prestación. En tales casos es evidente que la circunstancia sobrevenida convierte la prestación en algo "radicalmente diferente" a lo que se pactó, alterando las bases negociales del contrato. No es, pues, el concepto de frustración impermeable en sí mismo a los supuestos de *hardship*, como vienen a demostrar el alcance del nuevo § 313 BGB, y en este punto existe una posibilidad de convergencia más que acusada<sup>(85)</sup>. Donde nace la divergencia es acerca de los efectos de este tipo singular de frustración; en este punto, es más que posible que el *Common Law* no admita más solución que la característica en cualquier tipo de frustración, es decir, la pura resolución del contrato, sin concesión alguna a la mínima posibilidad de revisión o adaptación.

35. La doctrina de la frustración en los EE.UU. finalmente también desborda el principio de vinculación del contrato, de la responsabilidad por daño o de la restitución por beneficios. Aunque aparentemente las tesis norteamericanas reflejen una mayor flexibilidad que las angloeuropeas (impracticabilidad), lo cierto es que su jurisprudencia

---

utilización de criterios objetivos de racionalidad. Y dichos criterios utilizan el concepto de causa o *consideration* como criterio esencial de la frustración, entendida aquélla como la finalidad económica perseguida por las partes a contratar. Si un acontecimiento desbarata la finalidad del contrato, desbarata el contrato. En esta dirección, resultan asimismo reveladoras las consideraciones histórico-comparativas de R. Zimmermann (*op.cit.*, p. 817): la doctrina de la frustración del contrato sobre la base de una condición implícita (*Taylor v. Caldwell*) es el equivalente funcional de la cláusula continental "rebus sic stantibus", razón por la cual entronca más con la doctrina de la excesiva onerosidad que con la imposibilidad. Recoge igualmente R. Zimmermann el siguiente aserto de Simpson: "La doctrina de la frustración representa una mezcla curiosamente compleja de desarrollos de *civil* y *common law*, vinculada inevitablemente a la doctrina central del consentimiento ficticio".

(83) En este sentido *vid.* L. Ebin, *loc.cit.*, p. 522.

(84) H. Lesguillons, *loc.cit.*, pp. 514-515.

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

cia es tanto o más restrictiva que pueda serlo la inglesa. El *Second Restatement of Contracts* ha tenido un reflejo jurisprudencial más bien modesto, y de hecho hasta 1960 sólo existían veintinueve casos judiciales declarando la resolución de un contrato por frustración<sup>(86)</sup>. Las situaciones a que hace referencia el *hardship*, acaso precisan un principio diferente, en la línea interpretativa propuesta para el Derecho inglés<sup>(87)</sup>, pero la singular doctrina de la "impracticabilidad" norteamericana sin duda abunda aún más en la posibilidad de un reconocimiento legal y fáctico de la excesiva onerosidad sobrevenida<sup>(88)</sup>. En estas latitudes, sin embargo, la depuración de la *frustration of purpose* en el sentido expuesto, favoreciendo la convergencia con los modelos romano-germánicos, se enfrenta a un obstáculo adicional, a saber, la singular doctrina científica<sup>(89)</sup>.

---

(86) *Vid.* P. Hay, *loc.cit.*, p. 350.

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

(88) *Vid.* al respecto S.W. Halpern, "Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for The Wisdom of Solomon", *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 135 (1986-1987), pp. 1.154-1.157.

(89) Si abandonamos el realismo jurídico, tan querido de las doctrinas norteamericanas, y, prescindiendo de la realidad jurisprudencial, nos detenemos en el debate doctrinal o académico, tan rico en aquellas latitudes como usualmente estéril, encontraremos afamadas teorías del más dispar signo, aunque generalmente basadas por igual en los sacrosantos principios de la eficiencia económica y del análisis económico del Derecho. En nombre de la eficiencia, la seguridad jurídica y la previsibilidad, A. Kull ["Mistake, Frustration and the Windfall Principle of Contract Remedies", *43 Hastings Law Journal*, 1991, pp. 42-52 (reproducido en R. Craswell y A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Nueva York, Foundation Press, 1994, pp. 147-152)] rescita el más genuino dogma de la *sanctity of contract*, proponiendo la irrelevancia contractual de los eventos imprevisibles, merced a su original "*Windfall Principle*", que contiene una crítica a las tesis, más celebradas, de R.A. Posner y A.M. Rosenfield, precisamente por su dificultad de puesta en práctica judicial y su alto grado de impredecibilidad. Las tesis de estos dos últimos autores ("Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", *6 Journal of Legal Studies*, 1977, pp. 88-94 (reproducido en R. Craswell y A. Schwartz, *Foundations of Contract Law*, Nueva York, Foundation Press, 1994, pp. 138-143) tratan de dar una respuesta a los supuestos de imposibilidad y *hardship*, partiendo de un criterio depurado de análisis económico del Derecho. La solución propuesta depende de determinar la parte contractual que asume o es portadora del riesgo superior (*superior risk bearer*). Si éste es el acreedor, el deudor resulta dispensado; si, al contrario, resulta ser el deudor, nos hallaremos ante un supuesto de incumplimiento ordinario. La clave, obvio es decirlo, consiste en alcanzar un criterio para determinar el *superior risk bearer*, que los autores citados tratan de conseguir a partir de dos parámetros: la mejor posición para impedir la materialización del riesgo y quién está en la posición del asegurador a menor coste. Los factores relevantes de este último parámetro son los costes de estimación del riesgo (determinar la probabilidad de que el riesgo se materialice y la magnitud de la pérdida si esta se materializa) y los costes de transacción (autoseguro o suscripción de una póliza de seguros). Así, un caso sencillo de exoneración de la responsabilidad del deudor sería aquél en que el deudor no pudo razonablemente prever el acontecimiento, y el acreedor pudo haberse asegurado contra dicho acontecimiento a menor coste que el deudor, pues estaba en mejor posición para estimar su probabilidad y la pérdida económica derivada, y asimismo podría haberse auto-asegurado, mientras que el deudor tendría que haber recurrido al mercado de seguros (*vid.* asimismo los desarrollos en esta dirección de S.S. Ashley, "The Economic Implications of the Doctrine of Impossibility", *The Hastings L. Journ.*, vol. 26 (1974-1975), pp. 1.251-1.276).

B) El modelo continental dominante

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

El Derecho alemán recurre finalmente a un doble concepto de imposibilidad material (§ 275 BGB) y de frustración de la base negocial (§ 313 BGB), permitiendo englobar en este último tanto la imposibilidad económica como el *hardship*. Poco importa que el referente legal sea el principio de buena fe (Derecho alemán) o la doctrina de la integración de lagunas, más propiamente de las lagunas "axiológicas" (*Lückenausfüllende Auslegung* del Derecho suizo)<sup>(90)</sup>. Básicamente de lo que se trata es de determinar, sobre la base de criterios o estándares objetivos de razonabilidad, la solución o resolución que merecería un contrato si unas partes razonables hubieran

---

Fuera del laboratorio, la pureza del análisis no resiste, sin embargo, un mínimo contraste con la cruda realidad, como, de todas formas, siempre ocurre con los planteamientos del análisis económico del Derecho y otras teorías "puras" de un fenómeno jurídico de suyo bastante impuro (*vid.* la aproximación crítica de R.A. Hillman ("An Analysis of the Cessation of Contractual Relations", *Cornell L. Rev.*, 1983, pp. 617 ss.; *id.* "Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law", *Duke L. Journ.*, 1987, pp. 1 ss. *passim.*, o de S.W. Halpern, *loc.cit.*, pp. 1.159-1.165). Afortunadamente, esta embriaguez del análisis económico del Derecho sólo afecta a quien lo bebe, y no se contagia fácilmente fuera de las Universidades, por lo que aún no ha alcanzado en su pretendida esencia a los jueces norteamericanos, con la excepción del propio Posner. Como juez, ha aplicado a rajatabla sus tesis en el asunto *NIPSCO (Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Coal Company*, 7th Circuit, 1986) llegando a afirmar que los cambios de precios son siempre esperables en los contratos de larga duración, por lo que cualquier contrato de suministro que deje de proteger a una parte de las fluctuaciones de mercado indeseables constituye una expresa asunción de riesgo que prohíbe la aplicación de la doctrina de la imposibilidad. Su decisión, empero, ha sido objeto de severas críticas por su carácter inflexible y rígido, inapropiado para acomodarse a la intrínseca complejidad de la práctica comercial (*vid.* S.E. Wuorinen, "*Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Coal Company: Risk Assumption in Claims of Impossibility, Impracticability, and Frustration of Purpose*", *Ohio State L. Journ.*, vol. 50, pp. 163-179, esp. p. 177). Otras críticas a las tesis de Posner parecen menos fundadas y responden a planteamientos dogmáticos acaso menos fundados. Desde un pretendido postmodernismo feminista, a nuestro juicio poco feminista y menos postmoderno y más bien superficial, M.J. Frug ataca los planteamientos de Posner y Rosenfeld, pues "como un pene, es una propuesta conceptual singular, intimidatoria, rígida y presumida" ("*Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*", *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 140, 1991-1992, p. 1.035), o "en el fondo, el enfoque sustantivista de ambos autores a favor de la ejecución (*performance*) del contrato y contra la excusa (*discharge*) viene enfatizado por el contraste entre el vocablo "*performance*" y su asociación con un coito heterosexual completo y convencional, y la asociación del término "*discharge*" y sus connotaciones con un *coitus interruptus*, poluciones nocturnas y masturbación" (*Ibid.*, p. 1.037). Sólo el temor a no ser sospechosos de machismo o el deseo de resultar políticamente correctos puede impedir que asociemos tales planteamientos, simplemente disparatados, a cierta ociosidad malsana.

(90) H. Smit, "Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation", *Columbia L. Rev.*, vol. 58, 1958, pp. 293-296.

podido prever la circunstancia sobrevenida o en qué medida la causa del contrato ya no existe. El modelo se inspira abiertamente en una reconstrucción legal del contrato y no de la voluntad de las partes entendida como circunstancia fáctica, y la dimensión objetiva y social se sobrepone a una dimensión subjetiva que deviene inútil una vez que concurren, sin culpa de las partes, circunstancias que no pudieron ser tenidas en consideración al momento de contratar<sup>(91)</sup>.

En resumidas cuentas, el modelo alemán se construye sobre una dimensión social sobre una base acaso histórica, pues sus doctrinas acaban refiriéndose a experiencias jurídicas relativas a calamidades y desastres en masa. Como contraste, el Derecho inglés, que inspira a los modelos angloamericanos, se erige sobre una práctica de los contratos comerciales internacionales, singularmente vinculados al Derecho marítimo, hecho que explicaría acaso su aversión a la terminación del contrato y su defensa de los pactos establecidos. Las contradicciones del modelo angloamericano ya las hemos puesto de relieve; pero el modelo romano-germánico dominante tampoco escapa a todos los riesgos. Como han destacado K. Zweigert y H. Kötz<sup>(92)</sup>, las cláusulas o conceptos generales del "modelo social" que caracteriza al Derecho alemán pueden provocar un alejamiento poco saludable del principio básico del "contrato", de forma que debe atemperarse la función creativa del juez, limitándola a la cobertura de verdaderas lagunas, atribuyendo riesgos comerciales razonables según estándares típicos<sup>(93)</sup>.

#### C) El modelo continental excepcional

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

---

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

(92) Pp. 534-536.

(93) Pp. 534-536. En el mismo sentido, H.J. Berman critica la socialización de las excusas del incumplimiento inspiradas en la cláusula *rebus sic stantibus* y cree preferible confiar en el contrato y en las cláusulas de *hardship*, en la voluntad de las partes en suma, de forma especial en el comercio internacional (*loc.cit.*, p. 1.437).



## 2. ¿Es posible una unificación internacional del régimen de la frustración del contrato?

38. En el epígrafe anterior hemos llegado a la conclusión de una posible convergencia sobre los principios que pueden justificar la imposibilidad o el *hardship*, tanto en el *Common Law* como en los sistemas romano-germánicos. Sin embargo, los obstáculos para una unificación internacional del régimen de la frustración del contrato no desaparecen por el mero hecho de convenir en dichos principios. La divergencia esencial se produce a la hora de establecer los efectos concretos de dichas instituciones y, en particular, a la hora de arbitrar las repuestas en casos de excesiva onerosidad. Aún cuando pudiera existir una convergencia en la definición de los distintos supuestos de imposibilidad o excesiva onerosidad, las divergencias aparecen esencialmente en el régimen de sus efectos jurídicos<sup>(94)</sup>.

La doctrina angloamericana sufre a la hora de distinguir frustración o impracticabilidad de imposibilidad o fuerza mayor, pues en todos estos casos el efecto es el mismo: la resolución del contrato, y esta limitación de efectos suscita la cuestión esencial de hasta qué punto es posible hablar de *hardship* como institución específica, cuando no cabe una revisión o adaptación del contrato<sup>(95)</sup>. Pues si las tesis subjetivistas angloamericanas pueden permitir, a través de la doctrina de la frustración de la causa, la atribución de efectos jurídicos a casos de excesiva onerosidad, resulta claro que su flexibilidad no llega a admitir, sin grave quebranto de su "cultura contractual", una revisión o adaptación judicial del contrato, siquiera se trate de una modificación muy puntual de algunas de las cláusulas. En efecto, seguramente permitir la revisión del contrato en supuestos de excesiva onerosidad no supone un riesgo de incremento de litigiosidad, pues, como bien apunta D. Tallon, la jurisprudencia civil

---

(94) A este respecto, es interesante recordar las reflexiones de A.H. Puelinckx (*loc.cit.*, pp. 50-51) en torno a los diferentes efectos que desplegarían en los sistemas inglés, francés o alemán de algunos casos bien conocidos. Si tenemos en cuenta los denominados "Suez Canal Cases", el Derecho inglés coincidiría con el Derecho francés en no reconocerlos como supuestos de frustración o fuerza mayor. En cambio, los Tribunales alemanes, sobre la *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, procedería a adaptar el contrato. Un segundo ejemplo puede obtenerse del caso *Jackson v. Union Marine Insurance Co Ltd* (1874). Un buque fue fletado con el objeto de realizar urgentemente un viaje de Liverpool a Nueva York, pero graves y repentinos daños le impidieron navegar y tuvo que permanecer en el puerto durante semanas. Los tribunales ingleses concibieron el supuesto como un caso de frustración de la causa por dilación grave. Los tribunales franceses lo habrían considerado un caso de fuerza mayor temporal, y previsiblemente se habrían limitado a una suspensión del cumplimiento mientras duraran las reparaciones. Quizás el Derecho alemán habría optado por una adaptación del contrato, aunque a nuestro juicio la resolución parece más conforme con la urgencia como elemento consustancial del contrato. Añadiríamos nosotros que también la solución sería bien diferente en los *coronation cases*: para el Derecho alemán y el inglés serían casos de frustración de la causa que requerirían la resolución del contrato, mientras que el Derecho francés no los consideraría supuestos de fuerza mayor y exigiría la responsabilidad contractual.

(95) D. Tallon, "Hardship", *op.cit.*, p. 329. En el mismo sentido, señalando la revisión del contrato como punto de divergencia esencial entre *civil* y *common law*, vid. L.M. Dreschler, *loc.cit.*, p. 62.

alemana o la jurisprudencia administrativa francesa, merced a una aplicación consecuente con la excepcionalidad del recurso, no han provocado precisamente una catarsis de supuestos litigiosos. El verdadero riesgo radica en las diferentes "culturas" a la hora de valorar, por ejemplo, cuándo la onerosidad es excesiva, o al establecer el juego de la opción "terminación-revisión". Y es que el "*hardship*" es una buena muestra del difícil ejercicio de la unificación del Derecho. Poco a poco el concepto se va clarificando. Y demuestra cuán instructiva resulta la aproximación comparatista<sup>(96)</sup>.

Con todo, pese al pesimismo de D. Tallon, es menester reconocer una cierta apertura del Derecho norteamericano a la adaptación del contrato en supuestos de impracticabilidad o imposibilidad económica equivalentes al *hardship*. Tal posibilidad, - que de hecho, para algunos autores, ya aparecería recogida en el § 2-615 UCC (*comment 6*) y en el *Second Restatement*-, se materializó a partir del caso *Alcoa* en 1980<sup>(97)</sup>, por lo que, en este punto, la divergencia, al menos de forma radical, sólo sería predicable respecto del Derecho inglés<sup>(98)</sup>.

### 3. El contrato internacional y la frustración del contrato

39. 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, intervenciones públicas de lo más variadas, fluctuaciones monetarias, etc.<sup>(99)</sup>

El Estudio del Derecho comparado revela no sólo diferencias muy acusadas entre los sistemas jurídicos, sino, sobre todo, inconsistencias e inseguridades que hacen

---

(96) *Ibid.*, p. 332.

(97) *Sent. United States District Court for the Western District of Pennsylvania (Aluminium Company of America v. Essex Group, Inc.)*. Vid. especialmente S.W. Hubbard, *loc.cit.*, pp.80-81, 103-107; S.W. Halpern, *loc.cit.*, pp. 1.154-1.157; P. Gallo, *loc.cit.*, p. 301.

(98) Aunque de forma restrictiva, la doctrina *Alcoa* habilita un reajuste judicial del precio del contrato en supuestos de impracticabilidad sobrevenida, ya previsto como último recurso tanto en el UCC como en el *Second Restatement* cuando la mera opción entre cumplimiento o excusa no bastara para alcanzar una solución equitativa. Sobre un criterio semejante, la sentencia *Alcoa* dispone: "A la luz de las circunstancias que desbaratan la fórmula del precio, una solución basada en la modificación del precio estipulado en el contrato preservará la finalidad y expectativas de las partes mejor que ninguna otra. Tal solución es indispensable para garantizar la justicia en este caso" No falta quien, a pesar del precedente, estime que la adaptación a través de la intervención judicial "todavía" no resulta apropiada en el Derecho norteamericano (S.W. Halpern, *loc.cit.*, p. 1.175).

(99) Vid. en este sentido H.J. Berman, *loc.cit.*, p. 1.415. 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 ya comentada 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.

muy poco realista un cálculo seguro acerca del régimen jurídico resultante si sobreviene una circunstancia imprevista o poco probable. Las soluciones que proporcionan sistemas más aquilatados, incluso el propio Derecho inglés, no son, por lo demás, reconfortantes, particularmente si se tiene en cuenta su rigidez a la hora de admitir una revisión del contrato en caso de excesiva onerosidad<sup>(100)</sup>. Como indica M. Fontaine<sup>(101)</sup> cuando el contrato incluye una sumisión a un Derecho estatal que no reconoce efectos legales a la excesiva onerosidad sobrevenida es cuando las cláusulas de *hardship* cobran toda su trascendencia, de forma que la autonomía material debe corregir la autonomía conflictual. Hipotéticamente ello no debería ser necesario si las partes someten el contrato a un régimen como el de los Principios UNIDROIT o los PECL, aunque dicha remisión no sea admitida como "autonomía conflictual"<sup>(102)</sup>. En efecto, salvo casos aislados, como el argelino, los ordenamientos estatales que pudieran regir el contrato como *lex causae* permiten, de hecho, dicha autonomía "material", cuya eficacia quedaría igualmente garantizada.

En todo caso, las dificultades e inseguridades señaladas siguen aconsejando que, en la medida de lo posible, las partes puedan asegurar sus prestaciones y repartir sus riesgos mediante cláusulas de *hardship* o de fuerza mayor, más eficaces cuanto más precisas<sup>(103)</sup>. Las cuestiones que exige 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, las propias obligaciones y el contrato en sí adaptado y revisado con nuevos criterios. Desde luego, el arbitraje comercial internacional y las técnicas de ADR están llamadas a desplegar en este punto un servicio notable<sup>(104)</sup>. Pero la sumisión a Arbitraje sin precisión del régimen legal no está exenta de riesgos. La solución arbitral no es en sí misma una solución a las divergencias e indefinición

---

(100) Sin embargo, buena parte de los casos internacionales de frustración del contrato se han resuelto en virtud de arbitraje conforme al Derecho inglés. La razón, advertida por F.H. Lawson (*loc.cit.*, p. 304) tiene que ver con su vinculación a supuestos de transporte marítimo y a la estandarización de esta contratación, habitualmente acompañada de sumisión a arbitraje en Londres y elección del Derecho inglés.

(101) *Vid.* "Les clauses de hardship (aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à terme)", *D.P.C.I.*, 1976, 1976, p. 11.

(102) Así ocurre, según la interpretación más extendida, de conformidad con el art. 3 del Convenio de Roma de 18 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

(103) *Vid.* Sobre la naturaleza, función y tipología de las cláusulas de *hardship* en la contratación internacional Ph. Kahn, "Force Majeure et contrats internationaux de longue durée", *Journ.dr.int.*, 1975, pp. 467-485; M. Fontaine, *op.cit.*, pp. 14-42; *Id.*, "Les contrats internationaux à long terme", *Etudes affertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité poses par les entreprises*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 270 y 272. A. Frignani, "La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e di Common Law", *Riv.dir.civ.*, 1979, pp. 680-712.; P. Van Ommeslaghe, *loc.cit.*, pp. 41-59; N. Marchal Escalona, *loc.cit.*, *passim*.

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

que revela un estudio del Derecho comparado. De hecho, los propios árbitros revelan una acusada disparidad de criterios a la hora de determinar la conveniencia de reconocer los supuestos de imposibilidad o excesiva onerosidad si deben resolver en equidad o conforme a los criterios generales de la *Lex Mercatoria*. Si es cierto que en muchos laudos se detecta una tendencia a admitir un concepto más generoso de la excesiva onerosidad en los contratos internacionales<sup>(105)</sup>, también lo es que los árbitros, tradicionalmente, se han mostrado muy partidarios de una concepción subjetivista del contrato, reacia a alejarse excesivamente de la letra del contrato y de su *sanctity*<sup>(106)</sup>.

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

---

(105) M.C.A. Prado, "Nuevas perspectivas de reconocimiento y aplicabilidad del *hardship* en la jurisprudencia arbitral internacional", *R.C.E.A.*, vol. XVIII, 2003, pp. 13-42.

(106) P. Bernardini, *loc.cit.*, p. 196.