

# LA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS Y EN INSTRUMENTOS DEL SOFT LAW

M<sup>a</sup> DEL PILAR PERALES VISCASILLAS\*

*Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS DIFERENTES OPCIONES REGULATORIAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA BAJO LA CISG. 1. Pacta sunt servanda y asignación contractual de los riesgos. 2. El hardship como impedimento bajo el art.79 CISG. 3. Requisitos para que un impedimento califique como hardship. 4. Obligaciones incluidas bajo la falta de cumplimiento. IV. LOS DIFERENTES REMEDIOS A NIVEL INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE HARDSHIP. V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La crisis sanitaria provocada por el coronavirus SARS-CoV-2, llamado COVID-19, obliga a plantearse el impacto de sucesos como el provocado por el virus en la economía de los contratos mercantiles internacionales y en lo que ahora nos ocupa bajo la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG) a la luz de otros textos internacionales y de las instituciones ya clásicas de la fuerza mayor y la más moderna relativa a la excesiva onerosidad sobrevenida (*hardship*), o utilizando un lenguaje más conocido para los juristas continentales, la *rebus sic stantibus et aliquo de novo emergentibus* (literalmente, mientras que las cosas sigan como eran y no surja algo nuevo)<sup>1</sup> (o simplemente *rebus*).

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2016-78572-P). Co-directora de la Cátedra Deloitte Legal Derecho Empresarial-UC3M.

<sup>1</sup> I. Revilla Giménez. "Normalización de la cláusula *rebus sic stantibus*: estudio jurisprudencial". *Revista Jurídica de Castilla y León*, n°41, 2017, p.163.

Sin olvidar que pueden existir comportamientos oportunistas de los contratantes que intenten evitar el cumplimiento, se constata que no es sólo el fenómeno en sí mismo considerado el que puede provocar distorsiones en la dinámica contractual, sino además los efectos sistémicos que puede provocar. Así, por ejemplo, el COVID-19, a diferencia de otros eventos de similares características ocurridos con anterioridad, ha traído efectos sistémicos como dificultades económicas serias que obstaculizan excesivamente o hacen imposible el cumplimiento de los contratos: cambios en la política económica, prohibiciones o restricciones en el comercio y en el transporte o imposiciones en el cumplimiento de ciertos requisitos de seguridad, incremento de los precios, escasez de materias primas, etc. Además, en el caso de contratos mercantiles internacionales, las fricciones entre los diferentes sistemas legales involucrados pueden constituir un riesgo adicional, ya que a menudo existe una falta de coherencia y coordinación entre las soluciones previstas en diferentes países<sup>2</sup>, pudiendo el DUCI (Derecho Uniforme del Comercio Internacional) aliviar esta situación; instrumentos que tanto en la órbita del *hard law*, como del *soft law*, ofrecen soluciones de vanguardia, flexibles y que se pueden adaptar a las diversas circunstancias de cada jurisdicción, si bien como veremos no puede decirse que exista una uniformidad completa a nivel internacional a la hora de tratar las instituciones de la fuerza mayor y el *hardship*.

En particular, y en el seno de la Convención de Viena<sup>3</sup> se analizarán algunas de las cuestiones que surgen en la aplicación e interpretación del art.79 CISG<sup>4</sup>, la cual, no sin razón, ha sido tildada como la disposición más

compleja y difícil de la Convención<sup>5</sup>, y que de ser estrictamente interpretada "becomes the oddest of odd articles in the CISG"<sup>6</sup>.

En el ámbito de los contratos internacionales, algunas organizaciones involucradas en ciertos tipos de contratos que se ven especialmente afectados por la pandemia, como evento extraordinario y de gran escala único, que debe ser reconocido, tal y como sucede con los contratos de obra, ingeniería, y llave en mano, preocupadas por un posible incremento de los conflictos, se han ocupado de establecer guías específicas para los contratantes con el objetivo de ayudar a las Partes en contratos mercantiles internacionales en general, como la Nota de UNIDROIT, o contratos más específicos, como los FIDIC<sup>7</sup>.

## II. LAS DIFERENTES OPCIONES REGULATORIAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

No resulta desconocido que los eventos de caso fortuito y fuerza mayor aparecen generalmente reconocidos de forma expresa en las legislaciones sobre contratos, mientras que los supuestos de *hardship* han recibido atención más tardíamente. En el caso de la Convención de Viena, se opta por

que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias".

<sup>2</sup> En este sentido: Note of the UNIDROIT Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 health crisis, UNIDROIT, 2020 (en adelante, Nota UNIDROIT), n°2. Como se indica en la Nota: La presente Nota no pretende expresar una posición oficial de UNIDROIT sobre el uso o la interpretación de los Principios de UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales. Constituye simplemente un documento para la discusión pública. De este modo se indica (Nota, n°4, y n°35) que se busca ofrecer una guía sobre cómo los Principios podrían ayudar a resolver las principales interrupciones contractuales causadas por la pandemia y las medidas adoptadas como consecuencia de la misma. En lugar de prescribir soluciones específicas, el documento guía al lector a través del proceso, llevándolo a hacer preguntas apropiadas y a considerar los hechos y circunstancias relevantes de cada caso. Naturalmente, las soluciones variarán de acuerdo con el contexto dispar de la pandemia en cada jurisdicción e, incluso con un conjunto flexible de reglas como los Principios, no hay una única solución para todos.

<sup>3</sup> En la actualidad la CISG ha sido ratificada por 94 Estados, incluido España en 1991. El último ha sido Portugal mediante Decreto n°5/2020.

<sup>4</sup> En particular el párrafo 1° del artículo 79 CISG que indica que: "Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba

<sup>5</sup> H.M. Flechtner. "The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on "Hardship" Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court", *Belgrade Law Review*, n°3, 2011, p.84, indicando a continuación que: "Although Article 79 is one of the most challenging and important CISG provisions, it is not necessarily the best example of the Convention's methods. Alluding to the necessarily vague standards employed in the provision, Professor Honnold asserted that "Article 79 may be the least successful part of the half-century of work towards international uniformity." Perhaps in response to these challenges, Article 79 has produced a rich and varied body of case law. Some of those decisions reflect great credit on the tribunals that have applied the provision; others raise disturbing questions about the tribunal's methods. At any rate, Article 79 poses many fascinating and significant questions that demand thoughtful analysis".

<sup>6</sup> L.A. DiMatteo. "Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines", *Pace International Law Review*, n°27, 2015, p.303.

<sup>7</sup> Se aconseja considerar soluciones mutuamente satisfactorias y evitar disputas que surjan entre las partes: The International Federation of Consulting Engineers FDIC Covid-19 Guidance Memorandum to users of FIDIC Standard Forms of Works Contract. FIDIC Guidance Memorandum, April 2020.

un único precepto<sup>8</sup> para regular esta cuestión, el ya mencionado artículo 79 CISG. Si bien puede decirse que el art.79 CISG "is in the nature of a *force majeure provision*"<sup>9</sup>, siendo el modelo seguido en otros textos internacionales y nacionales<sup>10</sup>, lo que ha llevado correctamente a considerar que "the *force majeure excuse* may rightly be characterized as a truly transnational legal principle"<sup>11</sup>; debe evitarse una lectura del art.79 CISG en clave nacional. Así lo reconocen también los propios Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2016) (UPIC), que si bien intitulan al art.7.1.7 como *Fuerza mayor*, los comentarios se encargan de precisar que se ha escogido dicha noción por ser ampliamente conocida en la práctica comercial internacional, pero que dicho precepto abarca a doctrinas del *common law* como la "frustración e imposibilidad de cumplimiento" y en la tradición jurídica continental las instituciones de la *force majeure*, la *Unmöglichkeit*, etc., (Comentario 1 al art.7.1.7 UPIC).

Empero los propios Principios UNIDROIT han diferenciado en otra disposición y sección separada<sup>12</sup> los casos de *hardship* o excesiva onerosidad sobrevenida, que como resalta el comentario 2 al art.6.2.1 UPIC han sido contemplados en el derecho comparado bajo diversas figuras tales como "frustración de la finalidad del contrato", "*Wegfall der Geschäftsgrundlage*", "imprevisión", "*excesiva onerosidad sopravvenuta*", etc.

Sin olvidar otros textos del *soft law*<sup>13</sup> que también acogen dualidad normativa, como los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL), el

<sup>8</sup> Es el caso también de la OHADA (*The Organization for the Harmonization in Africa of Business Law*), Uniform Act on General Commercial Law, que solo contiene una disposición como la del art.79 CISG. Vid. CHAPTER V: Exemption from Liability, Art.294.

<sup>9</sup> Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016, p.373 (Section IV of Part III, Chapter V Exemption (articles 79-80)). Id., International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, 23 enero 2012 (CLOUT 1405).

<sup>10</sup> En este punto resaltar que cuando se acoge regulación dual, la fuerza mayor sigue la redacción del art.79 CISG, mientras que la de *hardship* se inspira en la de los UPIC. Vid. por ejemplo: ITC Model Contracts.

<sup>11</sup> K-P Berger/D. Behn. "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", *McGill Journal of Dispute Resolution*, April 20, 2020, p.107, indicando también que es parte de la nueva *Lex Mercatoria*.

<sup>12</sup> Nótese el diferente enfoque pues los casos de *hardship* están en el capítulo 6 dedicado al cumplimiento en una sección 2<sup>a</sup> específicamente dedicada a esta institución, mientras que la fuerza mayor se ubica en el capítulo 7 dedicado al incumplimiento dentro de la sección 1<sup>a</sup> sobre el incumplimiento en general.

<sup>13</sup> Se pueden mencionar también los *Principles of Asian Contract Law*. Vid. S. Han. "Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia", *Vill. L. Rev.*, n°58, 2013, pp.589 y ss.

*Draft Common Frame of Reference* (DCFR)<sup>14</sup>, el fallido *Common European Sales Law* (CESL)<sup>15</sup>, los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales<sup>16</sup>, y los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos (PLDC)<sup>17</sup>, que enmendaron así el silencio inicial en relación al *hardship* en proyectos anteriores a la versión final<sup>18</sup>.

De entre todos esos textos, que ha de recordarse presentan ámbitos de aplicación diferentes, son los Principios de UNIDROIT, los que mayor influencia ha desplegado en el derecho moderno de contratos y particularmente en lo que se refiere a la influencia que han desplegado las disposiciones sobre *hardship* en los derechos internos<sup>19</sup>, como lo atestigua

La reciente Opinión n°20 CISG-AC (infra nota 26) realiza un análisis de esos instrumentos internacionales del soft law por lo que remitimos al lector interesado a la misma, y en particular al Comentario 0.9 y al Anexo 3 de la Opinión, sin perjuicio de las referencias contenidas en este trabajo.

<sup>14</sup> Artículo III.-1:110 (*Variation or termination by court on a change of circumstances*) y art.III.-3:104 (*Excuse due to an impediment*).

<sup>15</sup> Artículo 88 (Exoneración del incumplimiento), y art.89 (Cambio en las circunstancias) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635 final.

<sup>16</sup> Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC). Principios sobre los contratos Comerciales Internacionales, que regulan la fuerza mayor, el *hardship* y la frustración de la finalidad del contrato. Artículo 7.1.8 Fuerza mayor; Artículo 6.3.1 Hardship. Y Artículo 6.3.2. Frustración de la finalidad del contrato.

<sup>17</sup> Artículo 84. Cambio de circunstancias. Artículo 89. Fuerza mayor o caso fortuito. Artículo 90. Imposibilidad total o parcial de cumplimiento. Un comentario en: Í. De La Maza/C. Pizarro/Á. Vidal. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, Madrid: BOE, 2017, pp.49-51.

<sup>18</sup> Vid. The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law. Edited by Rodrigo Momberg & Stefan Vogenauer. Hart Publishing, 2017, p.157 and p.235, respectivamente contribuciones de Perales Viscasillas y Borghetti.

<sup>19</sup> M. Fontaine. "Cause, Good Faith and Hardship. Three Issues in the Process of Harmonizing Contract Law", en *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, p.1144, resaltando la influencia de las disposiciones sobre *hardship* en el nuevo CC francés; idem: B. Fauvarque-Cosson, "The UNIDROIT Principles, the World and the French Reform of Contract Law", en *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, p.1362; y J.A. Estrella Faria. "La influencia de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales sobre el derecho interno", en *360° de la Compraventa Internacional de Mercaderías. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Internacional de los Negocios*. Adriana Castro Pinzón (Compiladora). Derecho Internacional de los Negocios, Tomo VI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp.160-205.

precisamente la jurisprudencia española<sup>20</sup>, y en la proyectada reforma del Código de Comercio, el Art.416-2 Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ALCM) que presenta una clara influencia de los Principios UNIDROIT.

El evento que da lugar a la fuerza mayor y al *hardship* se califica de igual manera, por lo que confluyendo ambas instituciones la distinción en los textos que acogen una regulación dualista viene dada por el efecto que provoca sobre el contrato y sobre los remedios que pueden accionarse, si bien en este punto crítico se observan las grandes diferencias que existen en los diferentes textos jurídicos.

En los Principios UNIDROIT la diferencia estriba con carácter general en que la fuerza mayor se invocará con vistas a tener una exoneración de responsabilidad por el incumplimiento, mientras que el *hardship* se invocará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor (Comentario 6 al art.6.2.2 UPIC). Desde esta perspectiva destaca que en los casos de fuerza mayor existe una suspensión del cumplimiento durante el tiempo que dure el impedimento (art.7.1.7(2) UPIC), mientras que en los casos de *hardship* no se da automáticamente dicha suspensión (art.6.2.3(2) UPIC)<sup>21</sup>. Sin embargo, y como se ha indicado ya, el evento que causa la fuerza mayor o el *hardship* es idéntico, como deriva de la comparación entre el art.6.2.2 UPIC que se refiere a los supuestos de *hardship* que vienen provocados por eventos que acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato, que no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato, que escapan al control de dicha

De interés también en relación con la jurisprudencia recaída en relación a los UPIC a nivel de 28 jurisdicciones es el estudio: Perspectives in Practice of the UNIDROIT Principles 2016. Views of the IBA Working Group on the practice of the UNIDROIT Principles 2016, International Bar Association 2019, de donde se evidencia que una de las disposiciones más citadas a nivel doméstico ha sido precisamente la relativa al *hardship*.

<sup>20</sup> N. Bouza Vidal. "The UNIDROIT Principles as Legal Background in Spanish Case Law. Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.162-1282; y P.Perales Viscasillas, "Los Principios de UNIDROIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.1619-1640.

<sup>21</sup> "El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento". Indica el Comentario 4 que ello se debe al carácter excepcional de la excesiva onerosidad y al riesgo de posibles abusos por lo que la suspensión sólo se justifica en circunstancias extraordinarias.

parte y que por último no fueron asumidos por ella; y el art.7.1.7 UPIC que se refiere a impedimentos ajenos al control de la parte incumplidora y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

Las cláusulas modelo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI, o ICC, *International Chamber of Commerce*) de 2020 sobre fuerza mayor, que claramente sigue al art.79.1 CISG, y *hardship*, de cierta inspiración también en los Principios UNIDROIT, siguen parámetros similares a los recién indicados, en el sentido de regulación dual de las dos instituciones<sup>22</sup>, identidad en los eventos y remedios distintos.

Observando esas diferencias entre los textos internacionales y si se atiende a que el art.7.1.7 UPIC, que utiliza, al igual que el art.79.1 CISG, la noción de impedimento como un evento imprevisible y ajeno al control de la parte incumplidora<sup>23</sup>, resulta evidente que la elección de los redactores

<sup>22</sup> En el caso, además, de la cláusula modelo sobre fuerza mayor se ofrece un formato modelo de cláusula más extenso (long form) y otro más sintético (short form). Una de las diferencias importantes entre las cláusulas de 2003 y las de 2020 reside en la adaptación de los términos contractuales a través de un tercero que no se contemplaba en 2003. De interés, además, es que la cláusula especifica los eventos de fuerza mayor, sin perjuicio de la definición general que se acoge en el primer apartado de la cláusula de forma muy similar al art.79.1 CISG, y entre otros los siguientes: *e) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event*. No acoge expresamente la pandemia lo que puede dar lugar a problemas de interpretación. Vid. C.Twigg-Flesner. A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of COVID-19 – Change of Circumstances, Force Majeure, or what?. En Katharina Pistor (ed), *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, New York, 2020, p.157: "As a pandemic is an epidemic of global proportions, the clause might still be triggered".

La influencia de la CCI se deja sentir en otros textos, como el Principio n°VI.3 (*Force majeure*) de los Trans-Lex Principles, que además listan el tipo de eventos que pueden ser considerados como eventos de fuerza mayor, de forma similar a como hace la cláusula de la CCI. Siguen además los comentarios la diferencia clásica que se da en otros textos que acogen en disposiciones separadas la fuerza mayor y el *hardship*, y que reside en que la fuerza mayor requiere que la ejecución del contrato se torne física o legalmente imposible.

Interesante la Nota UNIDROIT, n°30 sobre la introducción de cláusulas de fuerza mayor en los contratos relativos al COVID-19, y animando a que las recomendaciones que se indican puedan servir también de guía a los legisladores nacionales para introducir normas al efecto (Nota, n°31). Idem para la cláusula de *hardship* (n°49).

<sup>23</sup> El texto en español del art.79.1 CISG se refiere a un "impedimento ajeno a su voluntad" resultando más claras las versiones inglesas (beyond his control) o francesa, y así como se ha indicado "podemos considerar ajeno a la voluntad del deudor todo hecho que acontece fuera o más allá de su esfera de control": A.M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson/Civitas, 2006, pp.218-219, indicando a continuación que la CISG va más allá y prevé en dos casos que se asuman riesgos

de los Principios ha sido separar las instituciones del *hardship* y la fuerza mayor no tanto en atención al tipo de eventos que impactan en el contrato como en atención a que se han querido distinguir los efectos y remedios que dichos eventos provocan en el contrato y su cumplimiento.

La distinción sutil entre la fuerza mayor y el *hardship* reside en que teóricamente el *hardship* no impide cumplir, aunque ciertamente hace excesivamente más gravoso el cumplimiento para una de las partes, mientras que la fuerza mayor previene o impide el cumplimiento, aunque sea temporalmente. Decimos teóricamente porque pudiendo ser el evento que provoca distorsiones en el contrato de la misma naturaleza, a nadie se le escapa que en la práctica podrá resultar difícil separar nítidamente ambas instituciones máxime cuando los efectos del evento podrían provocar consecuencias severas en el equilibrio del contrato.

Precisamente en atención a lo anterior, y sin perjuicio de un análisis más detallado, se observa que la noción de *impedimento* bajo el art.79.1 CISG, que no responde singularmente a un único concepto jurídico de los acuñados en los derechos nacionales, es lo suficientemente amplio para acomodar a las dos figuras que nos ocupan, de tal forma que esa separación que vemos entre los casos de fuerza mayor y *hardship* al hilo de los más modernos textos legislativos, sin embargo, no se da en el ámbito de la CISG que bajo la elástica noción del impedimento cubre a ambos, y dota a las figuras de un tratamiento unitario<sup>24</sup>, lo cual no impide que puedan destacarse las particularidades precisas a la hora de analizar las figuras jurídicas.

fuera de su ámbito de control. Uno cuando cabía razonablemente esperar que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, de tal forma que se incita a que los contratantes tomen en cuenta los riesgos que afectan a la ejecución de la prestación por lo que si contrata sin excluirlos es porque los asume; y dos, riesgos no previsibles en el momento de contratar pero que cabe razonablemente esperar que los evitase o superase en sus consecuencias; en este caso indica el profesor Morales (p.220) que la CISG propone integrar el contrato conforme a criterios razonables formulados a posteriori, situándonos en el momento de la perfección. Como indica la Nota de UNIDROIT, nota a pie n°12, el Covid-19 clasificará como impedimento pues es "un contagio abrumador y generalizado en un breve periodo de tiempo, imprevisible para la población, y que conlleva un aumento de riesgo que posiblemente no podría haberse considerado *ex ante* como parte de la esfera de riesgo de ninguna de las partes".

<sup>24</sup> Sobre si además cubre otras figuras como la lesión o si ésta cuestión debe dejarse a los derechos nacionales (art.4 a) CISG) es una cuestión abierta en la doctrina. Por ejemplo, A.Garro/A.Zuppi. *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo/Perrot, 2012, pp.335-336, que parecen dejar la puerta abierta a las nociones nacionales sobre lesión e imprevisión.

### III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA BAJO LA CISG

El *hardship* constituye una alteración sobrevenida de las circunstancias que debe valorarse en términos económicos por lo que más apropiadamente podría hablarse de "*economic hardship*", y así deriva también de la mayor parte de los textos que han incorporado la figura. Si, por ejemplo, atendemos al art.6.2.2 UPIC, el *hardship* altera de forma fundamental el equilibrio del contrato cuando el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, incluyendo los casos en que la prestación pierde todo su valor para la parte que lo reciba siempre que sea conocida o debiera ser conocida por ambas partes sin que tenga trascendencia un mero cambio de opinión por una de las partes<sup>25</sup>.

Esta definición es seguida en lo sustancial por la Opinión n°20 del CISG-AC sobre *hardship*<sup>26</sup>: "4. There is hardship when a change of circumstances

Recuérdese que en el caso español para los contratos mercantiles no se rescindirán por causa de lesión a tenor del art.344 CCo. Vid. también: arts.1291 y 1293 CC. A nivel internacional: art.3.2.7 (Excesiva desproporción) UPIC. Un comentario en: C. Carranza Álvarez. "La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los Principios de UNIDROIT". *Contratos. Teoría General, Principios y Tendencias*. Coordinador: Jorge Oviedo Albán. Grupo Editorial Ibáñez, 2011, 2ª ed., pp.267-288. Lo mismo, en relación con la denuncia o terminación por justa causa del contrato, similar al pfo.314 BGB pero con un sonoro fracaso en cuanto a su posible introducción en el texto de 2016 de los Principios UNIDROIT. Da cuenta de esta cuestión: F. Dessemontet. "Scarcity of Contracts vs. Termination for Cause: Why is UNIDROIT afraid of the Big Bad Art.314 BGB?". *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*. Stämpfli Verlag AG Bern, 2011, Band I, pp.395-407; y S. Vogenauer. "Termination of Long-Term Contracts "For Compelling Reasons" under the UNIDROIT Principles: The German Origins". *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.1698-1713.

<sup>25</sup> Vid. Comentario 2 b) al art.6.2.2 UPIC. Otros ejemplos como se indica en el comentario a) serían un aumento drástico del precio de las materias primas o nuevas regulaciones de seguridad que hacen más costosos los procedimientos de producción. Adopta una concepción más amplia el Principio n°VIII.1 de los *Trans-Lex Principles* que se refiere a eventos legales, económicos, técnicos, políticos o financieros que fundamentalmente alteren el equilibrio de las obligaciones bajo el contrato y que conlleve una ejecución del contrato excesivamente onerosa y siempre que no se haya asumido contractualmente dicho riesgo.

<sup>26</sup> CISG-AC Opinion No. 20, *Hardship under the CISG*, Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopted by the CISG Advisory Council following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, Mexico on 2 - 5 February 2020. La Opinión se encuentra disponible en español en <http://www.cisgac.com>.

beyond the control of a party, that it could not reasonably be expected to have taken into account or to have avoided or overcome it or its consequences, makes performance excessively onerous; y 5. Such hardship may arise when the cost of performance has increased or the value of the performance has diminished”, por lo que no sorprenderá que en los Comentarios específicamente se indique que *hardship* e impedimento económico son usados de forma intercambiable (Comentario 0.6 Opinión n<sup>o</sup>20 CISG-AC).

Otras calificaciones del *hardship* como el “ethical hardship” deben desecharse<sup>27</sup>, sin perjuicio que las situaciones que se traten de contemplar puedan tener acomodo bajo las disposiciones y los principios generales de la Convención, fundamentalmente falta de conformidad, incumplimiento previsible y resolución del contrato.

### 1. Pacta sunt servanda y asignación contractual de los riesgos

En el marco de la compraventa internacional de mercaderías, y en general en el de los contratos internacionales y nacionales, el contrato es el punto de partida para examinar la cuestión que nos ocupa, y junto con él, un principio general uniforme a nivel nacional e internacional: el principio del *pacta sunt servanda*<sup>28</sup>. Es, asimismo, el punto de partida de la Opinión n<sup>o</sup>20 CISG-AC, Regla n<sup>o</sup>3: “A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, unless there is hardship”. Lo es también como formulación general en los Principios UNIDROIT (arts.6.2.1 y 1.3 UPIC).

Esta regla o principio general estrictamente formulada está sometida a determinadas excepciones que permiten aliviar o modular el cumplimiento de las obligaciones que dimanen del contrato en presencia de determi-

<sup>27</sup> A ello se refiere la profesora Schwenzer, Article 79, en Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4th ed., Oxford, 2016, n<sup>o</sup>33, por referencia a mercaderías de doble uso —comercial y militar— ya que en su opinión si el vendedor llega a conocer que las mercaderías se van a utilizar de tal manera que serán confiscadas, el vendedor está exonerado bajo el art.79 CISG, y que incluso debe considerarse la posibilidad de concederle el derecho de resolver el contrato.

<sup>28</sup> P. Perales Viscasillas, “Article 7”, en S.Kröll/ L.A.Mistelis/ P.Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), C.H.Beck-Hart-Nomos, 2018, 2nd edition, n<sup>o</sup>64. Por todos, Y. Atamer, “Article 79”, en S.Kröll/ L.A.Mistelis/ P.Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), C.H.Beck-Hart-Nomos, 2018, 2nd edition, n<sup>o</sup>1. También recientemente: Berger/Behn, pp.82-88.

nadas circunstancias. Estas excepciones o motivos de exoneración en el cumplimiento son la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad sobrevenida; todas ellas aglutinadas bajo el concepto de impedimento bajo el art.79 CISG.

Bajo el régimen vienés, como es bien conocido, las partes pueden especificar en sus contratos los eventos que pueden considerarse casos de fuerza mayor y por ello derogar en todo o en parte el art.79 CISG (art.6 CISG)<sup>29</sup>. Así las cosas, si bien es cierto que las partes pueden especificar o concretar en el contrato algunas de las cuestiones relativas a los eventos de fuerza mayor, o de *hardship*, mediante la distribución de riesgos entre ellas (por ejemplo, mediante cláusulas o mecanismos, ordinarios y extraordinarios, de modificación, revisión o alteración de precios (*escalation clauses*), habituales en determinados sectores como el de los contratos de aprovisionamiento de gas, que son lo suficientemente detalladas)<sup>30</sup>, ello no implicará necesariamente y en todo caso una exclusión del art.79 CISG en su totalidad, como una especificación de algunas de las cuestiones a las que se refiere el art.79 CISG<sup>31</sup>. Se tratará de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes para determinar en qué medida el art.79 CISG queda derogado en su integridad o sólo parcialmente (art.6 CISG). Idéntica conclusión en relación a la interpretación de la cláusula cuando contiene definiciones generales y lista específica de eventos de fuerza mayor, ya que podrían existir dudas de interpretación acerca de si la lista es exhaustiva o meramente ejemplificativa, entre otros problemas de interpretación.

En este sentido, resulta interesante observar la formulación de las cláusulas modelo sobre fuerza mayor y *hardship*<sup>32</sup> elaboradas por la CCI que han publicado sucesivas versiones de sus cláusulas modelo<sup>33</sup> en 1985, 2003

<sup>29</sup> De acuerdo: Atamer, Article 79, n<sup>o</sup>89; I. Schwenzer, “Article 79”, n<sup>o</sup>58.

<sup>30</sup> En detalle: P. Ferrario, The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators. Wolters Kluwer, 2017, pp.71 y ss.

<sup>31</sup> Parece considerar que en todo caso ello implicará excluir el art.79 CISG, M. Davies, “Excuse of Impediment and Its Usefulness”, en International Sales Law. A Global Challenge, edited by Larry DiMatteo. Cambridge University Press, 2014, p.296.

<sup>32</sup> En el texto en español “onerosidad excesiva” frente a los UPIC, por ejemplo, que invierten el orden: “excesiva onerosidad”.

<sup>33</sup> Desaconsejan su uso los Principios OHADAC y así indican en el comentario al art.6.3.1 que “La cláusula sigue abiertamente el modelo de reglamentación de textos internacionales como los Principios UNIDROIT o los PECL. Parece, sin embargo, que es una opción discutible, pues según la naturaleza del contrato o los intereses de las partes es factible que prefieran establecer el derecho a la terminación en lugar de una obligación de negociación previa que está concebida con excesiva vaguedad y que producirá

y las más recientes de marzo de 2020, de aplicación voluntaria y general a los contratos mercantiles internacionales, o vía condicionados generales habituales en el sector de las *commodities*<sup>34</sup>.

También debe tenerse presente que el propio contrato puede contener expresa o implícitamente una distribución de riesgos entre las partes que importe de cara a la cuestión de exoneración. Por ejemplo, no resultan infrecuentes limitaciones del riesgo de adquisición de las mercancías que recaen sobre el vendedor y que pueden condicionar la entrega de las mercancías, así en el caso de las cláusulas "Delivery-against-supply", "delivery subject to sufficient harvest"<sup>35</sup>, o las cláusulas de origen ("origin clause"). Además de ello, ciertas excepciones se imponen a la regla general de que el "procurement risk" recae sobre el vendedor cuando las cosas son genéricas, cuando los bienes no pueden adquirirse en el mercado o solo a un costo irrazonable y ello no se previó en el momento de la perfección del contrato; en estos casos, el vendedor no es responsable de su incumplimiento en virtud del art. 79.1 CISG<sup>36</sup>.

La asunción, distribución o asignación de riesgos contractuales y su relación con el *hardship* (también con la fuerza mayor) se torna fundamental en la aplicación de la normativa internacional<sup>37</sup>, empero como indica la

una demora que puede ser indeseable según el tipo de operación contractual de que se trate. Por lo demás, si la opción por la terminación se establece como opción única o principal, u opera en cualquier caso con carácter subsidiario, es preciso establecer las condiciones de ejercicio de la terminación, el efecto de la devolución o compensación de prestaciones, al igual que ocurre con los supuestos de fuerza mayor. La propuesta de la CCI, sin embargo, no tiene en cuenta estas circunstancias en la cláusula de *hardship*.

En consecuencia, OHADAC desaconseja, en su caso, complementar el régimen legal de los Principios OHADAC con la cláusula modelo de la ICC<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> En detalle: C. Fujita, *Commodities Sales and CISG*. Doctoral Thesis (inédita), 2021, n°3.7.7.2.

<sup>35</sup> ATAMER, Article 79, n°91, y n°92.

<sup>36</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 4 Julio 2019, CISG-online 4614, donde el incendio en el almacén del productor destruyó cerca del 90% de toda la cosecha de bulbos de flores y no había otros bulbos disponibles en el mercado mundial aparte de los 60,000 bulbos de flores que el vendedor pudo adquirir para hacer frente a parte de la entrega total de 1 millón. En el caso se consideró, además irrelevante, si el productor estaba o no exonerado, ya que el vendedor sí lo estaba.

<sup>37</sup> Vid. por ejemplo: art.6.2.2 UPIC d) que establece entre los requisitos para considerar la existencia de un caso de excesiva onerosidad sobrevenida que "el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja", indicando el comentario que "el verbo "asumir" señala claramente la necesidad de una declaración expresa al asumir el riesgo, aunque también puede ser consecuencia de la naturaleza del contrato. La

nota 43 de la Opinión n°7 CISG-AC<sup>38</sup>: "It is not an easier task to distinguish between the risk of loss that every contracting party should be deemed to have assumed and the extraordinary disastrous economic disadvantages amounting to a "limit of sacrifice" (because there is indeed such a limit), beyond which the obligor should not be expected to perform the contract as written".

La asignación de riesgos ya por la naturaleza del contrato (contratos especulativos<sup>39</sup>, aleatorios, etc), ya por la distribución realizada<sup>40</sup> (contratos de ejecución continuada y contratos de larga duración)<sup>41</sup> o por el tipo de

parte que celebra un contrato para llevar a cabo una operación de especulación debe aceptar.

Y así A. Madrid Parra. "Comentario al art.6.2.2", en Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Coordinador: David Morán Bovio. Pamplona: Aranzadi, 2ª edición, 2003, p.311, indica que las cláusulas de asunción de riesgos suelen incluirse en los contratos basados en la especulación.

<sup>38</sup> CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007.

<sup>39</sup> Comentario n°7.7 Opinión n°20 CISG-AC "If the contract is highly speculative, a party may be presumed to have assumed the risk involved in the transaction". Y con referencias a la jurisprudencia vienesa que incluso ha sostenido que, en casos de transacciones especulativas, una parte puede tener que aceptar incluso un precio de mercado triplicado (id. comentario n°7.8 con ulteriores citas jurisprudenciales).

<sup>40</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corp. (Appellant) v. Hydro-Québec (Defendant)*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101 (Canadá) en aplicación del derecho de Québec, n°137 en relación con un contrato complejo de larga duración de compraventa de electricidad: "The fact that the electricity market has changed significantly since the parties entered into the Contract does not on its own justify disregarding the terms of the Contract and its nature. While it is true that the introduction of the duty of good faith into the Code shows that the legislature intended to temper the principles of the binding force of contracts and autonomy of the will, this does not justify making inordinate use of that duty in order to override the terms of an agreement that adequately reflects the initial equilibrium envisaged by the parties". La decisión cuenta con un voto disidente del juez Rowe considerando la naturaleza del contrato como relacional y estimando que el remedio sería ordenar a las partes negociar durante seis meses para establecer una fórmula de ajuste del precio, algo que como se reconoce si bien no es común tampoco es desconocido, y tras ese tiempo, previa audiencia de las partes, si no ha habido acuerdo, que dicha fórmula sea establecida por el juez.

<sup>41</sup> En este punto, debe recordarse que la CISG también es de aplicación a contratos de larga duración y de ejecución continuada y no únicamente a contratos instantáneos o de ejecución simultánea, lo cual puede suponer un enfoque diferente a la hora de tratar los requisitos del art.79, y sin llegar al punto de considerar, como hace un sector doctrinal, que la readaptación del contrato de larga duración es una cláusula implícita en los mismos. Vid., en detalle: FUJITA, n°3.7.5.3.

mercadería (ej., compraventa de materias primas (*commodities*))<sup>42</sup> impide que se pueda obligar a una parte a renegociar el contrato, e impide integrar el contrato sobre la base del principio de la buena fe para derivar esa obligación de negociar los términos del contrato. De ahí que la interpretación del contrato y de sus elementos esenciales, como el precio, puede ser una cuestión fundamental para determinar si de él resulta una distribución de los riesgos a la que deba estarse<sup>43</sup>; en esa interpretación todas las

Deben resaltarse en este punto las modificaciones operadas en el año 2016 en los UPIC que fueron revisados teniendo en mente los contratos de larga duración de los que se ofrece una definición: “*long-term contract*” refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties” (art.1.11 UPIC).

Sobre la aplicación de la CISG a contratos complejos, véase: CISG-AC Opinión n°4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCIM), 24 Octubre 2004. Rapporteur: Profesora Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid, y en la jurisprudencia reciente: STS 6 julio 2020, y Laudo Arbitral, 17 diciembre 2019, disponibles en www.cisgspanish.com.

<sup>42</sup> “Courts and arbitral tribunals applying the CISG have considered that events leading to the value alteration in some commodities are part of the risk assumed by the buyer and thus, foreseeable”: Opinión n°20 CISG-AC, n°4.6. De hecho, en el Mercado de *commodities* al ser las fluctuaciones en precio absolutamente normales se suele rechazar que dichas alteraciones puedan ser constitutivas de *hardship*. Vid. Opinión n°20 CISG-AC, n°7.9, si bien existen excepciones como ejemplifica el conocido caso del TS Belga, 19 junio 2009; y en la doctrina con detalle: FUJITA, n°3.7.

En el caso belga, se celebró un contrato de compraventa de tubos de acero entre un vendedor francés y un comprador holandés. Durante la ejecución, el precio del acero se incrementó en más de un 70%, requiriendo el vendedor la adaptación del contrato, lo que fue negado por el comprador. El TS consideró que los casos de excesiva onerosidad sobrevenida pueden ser un impedimento bajo el art.79 CISG, pero esta laguna puede integrarse por los UPIC (art.7.2) y por lo tanto la negativa de la compradora a renegociar el contrato da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. Este caso ha sido ampliamente comentado por la doctrina. Una interesante visión del mismo desde el derecho comparado puede verse en el trabajo colectivo: J. Dewez/C. Ramberg/R. Momberg/R.Cabrillac/L.P. San Miguel. “The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles”, *European Review of Private Law*, n°1, 2011, pp.101-154, y pp.144-154 para la visión española a cargo de la profesora Lis Paula San Miguel, considerando que el caso belga habría sido probablemente rechazado por los tribunales españoles, si bien señalando que la doctrina más atenta a los instrumentos internacionales y europeos de soft law podría haberlo aceptado, y proponiendo como solución alternativa, mientras no se modifique el CC español, la aplicación del principio de la buena fe como base para permitir la renegociación contractual.

<sup>43</sup> Ilustrativo el trabajo de M. A. Eisenberg. “Impossibility, Impracticability, and Frustration”, *Journal of Legal Analysis*, n°1, 2009, pp.215 y ss, en relación con las asunciones tácitas de los contratantes bajo el contrato, la asunción del riesgo y sus excepciones.

herramientas usuales están a disposición de las partes y del juzgador para determinar dicha asignación de riesgos, lo que en el caso de los contratos de compraventa internacional incluye las negociaciones previas, los actos y declaraciones posteriores, los usos y las prácticas establecidas entre los contratantes (arts.8.3 y 9.1 CISG)<sup>44</sup>.

En este punto, resulta de interés la Opinión n°20 CISG-AC, Regla 7 que ha enumerado las circunstancias que deben concurrir para determinar si existe una situación de excesiva onerosidad sobrevenida, considerando toda una serie de factores:

“7. In assessing whether hardship exists the following nonexclusive factors should be taken into account:

- a) whether the risk of a change of circumstances was assumed by either party;
- b) whether the contract is of a speculative nature;
- c) whether and to what extent there have been previous market fluctuations;
- d) the duration of the contract;
- e) whether the seller has obtained the goods from its own supplier.
- f) whether either party has hedged against market changes”.

## 2. El hardship como impedimento bajo el art.79 CISG

La cuestión de si la excesiva onerosidad sobrevenida encuentra acomodo dentro de la Convención de Viena ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina vienesa, no habiendo tampoco recibido una respuesta unánime en la jurisprudencia. Una historia legislativa poco clara<sup>45</sup>, el silencio

La doctrina de la *commercial impracticability* está acogida en la sección 2-615 del *Uniform Commercial Code* (sección 2-615) y en la sección 261 del *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>44</sup> Sobre si los usos o prácticas pueden ser importantes a la hora de determinar la asignación del riesgo, es decir, si fuera usual la contratación de un seguro que cubra determinados riesgos en un sector concreto del comercio, por lo que la falta de contratación del mismo puede ser indicativo de la asunción del riesgo por uno de los contratantes, véase dos visiones diferentes en Eisenberg, pp.248-254, con crítica a Posner y a Rosenfield.

<sup>45</sup> Como indica la Opinión n°7 CISG-AC, n°27: “Tanto la historia legislativa como la del proyecto del artículo 79 no son lo suficientemente concluyentes como para justificar una conclusión sobre si se pretendía que el problema del “hardship” quedara excluido o incluido dentro de su ámbito de aplicación”. El detalle se encuentra en la Opinión,

de la Convención en el uso de la palabra *hardship* o referencias que evoquen a la institución, junto con el dato que tempranamente en la primera edición de los Principios UNIDROIT (1994) se adoptó una disposición específica sobre la excesiva onerosidad sobrevenida, diferente a la de fuerza mayor que está basada en el propio art.79 CISG, han sido factores que han contribuido a posiciones muy distintas entre la doctrina y la jurisprudencia vienesa.

Dejando de lado la posición minoritaria que considera que el *hardship* sería una cuestión excluida del ámbito de aplicación de la Convención<sup>46</sup>, porque la intención de los redactores fue dejarla fuera, por entenderse que es una cuestión de validez (art.4 a) CISG)<sup>47</sup>, lo que significaría en ambos casos abandonar esta cuestión a los distintos derechos nacionales, o por considerar que en la práctica la jurisprudencia que aplica la Convención es tan exigente con los requisitos de aplicación del *hardship* que a la postre está excluida del texto vienes recomendando a las partes la regulación contractual<sup>48</sup>, hoy en día las posiciones más frecuentemente seguidas en la doctrina y jurisprudencia vienesa<sup>49</sup> abogan por:

- i) considerar que el *hardship* es una materia directamente comprendida en el art.79 CISG, ya que la noción de impedimento del art.79.1

n°28-30, concluyendo en el numeral 30: "Si se acepta que la historia legislativa tiene alguna importancia -lo cual es una cuestión a debatir- dicha historia evidencia que las discusiones no fueron concluyentes sobre esta cuestión".

Un detallado análisis de la historia legislativa del art.79 CISG, en: B. Nicholas. "Force Majeure and Frustration", *American Journal of Comparative Law*, n°79, 1979, pp.231-245; N. Linström. "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law*, n°1, 2006, *hardship* se gobierna por la Convención, pero cabe la aplicación de los Principios UNIDROIT. Igualmente: Cour de Cassation, 17 febrero 2015 (Francia); y más recientemente: FUJITA, n°3.7.

<sup>46</sup> En la jurisprudencia muy citada la Sentencia del Tribunale Civile di Monza, 14 enero 1993, que *obiter dicta* indicó que: incluso si la CISG aplicara, el vendedor no podría confiar en el *hardship* como un motivo para resolver el contrato, ya que CISG no contempla tal institución ni en el art.79 ni en otro lugar.

<sup>47</sup> Lo que aparentemente sucede en los sistemas escandinavos. Sobre ello, Opinión n°7 CISG-AC, n°36. En contra, precisamente rechazando el juego de la sección 36 de la Ley de contratos (Suecia): Separate Award, SCC Arbitration No. V2014/078/080, 31 May 2017, n°2462 y especialmente n°2545 y ss (CISG Online 4683).

<sup>48</sup> D. Kuster/C.Baasch Andersen. "Hardly Room for Hardship - A Functional Review of Article 79 of the CISG", *Journal of Law & Commerce (J.L. & Com.)*, n°35, 2016, pp.1-20.

<sup>49</sup> La reciente Opinión n°20 CISG-AC realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia y doctrina por lo que remitimos al lector interesado a la misma, y en particular a los Comentarios 0.7 y 0.8 y a los Anexos 1 y 2 de la Opinión, sin perjuicio de las referencias contenidas en este trabajo.

CISG es lo suficientemente flexible y amplia para acomodar los casos de excesiva onerosidad sobrevenida<sup>50</sup>; o

- ii) considerar que el *hardship* es una laguna en el seno de la Convención que encuentra solución bien aplicando por analogía dicho art.79 CISG, o en el marco de los principios generales y sistemática de la Convención<sup>51</sup> representados por los Principios

<sup>50</sup> J.O. Honnold. *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, 4<sup>a</sup> ed., edited and updated by Harry M. Fletchner, Kluwer Law International, 2009, p.628; y R. Kofod. "Hardship in International Sales. CISG and the UNIDROIT Principles", University of Copenhagen-Faculty of Law, *Thesis*, 2011; A.Janssen/C.J. Wahnschaffe, C.J., "COVID-19 and International Sale Contracts: Unprecedented Grounds for Exemption or Business as Usual?", *Uniform Law Review*, 2020, n°4, apartado 5. Con dudas: J. Rimke. "Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1999-2000, p.239.

Un sector de la doctrina ha acudido a las definiciones del término "impediment" para mantener que lingüísticamente abraza a los casos de hardship. Así: Davies, p.298, se refiere a que el término "impediment" es comúnmente usado "to mean something that merely impedes progres sor makes it more difficult". Id., Y. Ishida. "CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness - Full of Sound And Fury, but Signifying Something", *Pace International Law Review*, n°2, vol.30, 2018, p.356: "impediment" as "something that impedes, hinders, or obstructs.", y más adelante p.364 considerando que el "reasonable expectation test" que el autor utiliza en relación con la superación del impedimento (*infra* en texto) puede adoptar el mismo rol que el estándar de la extrema onerosidad, esto es, si la parte incumplidora pudo razonablemente haber tenido en cuenta o haber superado el impedimento.

<sup>51</sup> Esta solución parece ser defendida por diversos autores sobre la base de criterios y soluciones diversas. Por ejemplo, P. Salvador Coderch. "Artículo 79", en *La compraventa Internacional de Mercaderías -Comentario a la Convención de Viena (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Director: Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 2006, p.644, considera que bajo el principio de autonomía de la voluntad (art.6 CISG) y el principio de la buena fe (art.7.1) es posible que se tengan en cuenta los casos extremos insuperables de onerosidad sobrevenida; en sentido similar DiMatteo, p.304. Por su parte, Atamer, Article 79, n°80, considerando que el hardship aunque se gobierna por la Convención no puede encontrarse la solución en el art.79 CISG, si bien sí se aplican los requisitos del art.79.1 CISG, añadiéndose la alteración fundamental del equilibrio del contrato (id., n°81). La autora tras descartar que exista una obligación de renegociar bajo la CISG, llega a la conclusión, desde nuestra perspectiva sin ningún tipo de soporte que así lo justifique, que el art.6.2.3(4) UPIC, esto es, el que autoriza al tribunal a resolver el contrato o adaptarlo es un uso del art.9.2 que por lo tanto se incorpora al contrato (id., n°86). En similar sentido, pero en términos de conveniencia: P. Schlechtriem/C. Witz. *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, Dalloz, 2008, n°378; y J. Hoekstra, "Regulating International Contracts in a Pandemic: Application of the Lex Mercatoria and Transnational Commercial Law". Ferstman, C/Fagan, A. Andrew, (eds.) Covid-19, Law and Human Rights: *Essex Dialogues*. A Project

UNIDROIT<sup>52</sup>, por entenderse que el *hardship* sería un principio general de los contratos o que traducen la *Lex Mercatoria*<sup>53</sup>.

Siendo que la interpretación uniforme e internacional de la Convención reclama una solución uniforme dentro de la propia Convención, y autónoma de los derechos nacionales, debe rechazarse recurrir a principios externos como los Principios UNIDROIT para tratar con esta cuestión<sup>54</sup>, y desde

of the School of Law and Human Rights Centre. University of Essex, 2020, pp.123-124. Otros autores consideran que el art.79 no incluye el *hardship*, por lo que estamos ante una laguna, que no puede solucionarse acudiendo a los Principios UNIDROIT y que en el marco de la Convención la única solución es cumplir con el contrato: S. D. Slater. "Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG", *Florida Journal of International Law*, n°12, 1998, pp.256-262.

<sup>52</sup> Es bien conocido el caso del TS Bélgica, 19 junio 2009 (*Pace*) que consideró el *hardship* como un impedimento del art.79, pero que no encuentra respuesta en la misma, esto es, una laguna del texto vienés que completó acudiendo a los Principios UNIDROIT. En la doctrina a favor de aplicar los UPIC: F. P. Traisci. "Hardship e Force Majeure nei contratti del commercio internazionale: un modello innovativo da seguire", en *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.1683-1684; y Linström, pp.1 y ss, *hardship* se gobierna por la Convención, pero cabe la aplicación de los Principios UNIDROIT. En contra, Flechtner, pp. 84-101, muy crítico con la decisión considerando el *hardship* bajo el art.79 y aplicando el sistema remedial que del propio art.79 deriva. También en contra, considerando además lo contradictorio del fundamento del caso belga, puesto que, si la noción de impedimento del art.79 CISG incluye los casos de *hardship*, se debe aplicar el régimen jurídico ahí descrito: R.Momberg. "Compraventa Internacional de Mercaderías: el deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°18, 2012, pp.107-108, si bien más adelante (p.115) el autor no descarta la aplicación de los UPIC cuando indica: "parece razonable la opción de la Corte de Casación belga de recurrir a los Principios UNIDROIT en materia de *hardship*. Aun cuando sea discutible que tales Principios reflejen, a su vez, los Principios generales en los cuales la Convención se basa, en particular respecto de la excesiva onerosidad, tal opción presenta ventajas que la hacen aconsejable".

<sup>53</sup> Berger/Behn, p.125, pero sin elevarlo a la categoría de la *Lex Mercatoria* como si hacen con la fuerza mayor. Utiliza ésta y todas las anteriores: C. Brunner, Article 79, en: Brunner/Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Wolters Kluwer, 2019, n°33.

<sup>54</sup> El debate es general y se refiere a si los Principios UNIDROIT pueden servir de guía interpretativa de la Convención de Viena o servir incluso para suplementar sus lagunas. Vid. Perales Viscasillas, Article 7, n°61; y STS 6 julio 2020 indicando que los Principios "no recogen normas vinculantes y su aplicación procede solo cuando las partes de un contrato o un órgano decisor elijan aplicarlas y si dicha elección está reconocido o admitida en el marco jurídico pertinente".

Específicamente en relación con el *hardship*: F.Ferrari/C.P.Gillette/M.Torsello/S.D.Walt. *The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG*, *Internationales Handelsrecht*, 2017, n°17, pp. 97-102, con énfasis en la interpretación internacional y autónoma de la CISG sobre la base del art.7.1.

luego con rotundidad dejar esta cuestión al derecho nacional<sup>55</sup>. La noción de "impedimento" no responde a concepciones nacionales, siendo una creación propia y específica de la Convención, que por lo tanto debe ser observada y analizada bajo la sistemática remedial propia de la Convención que también difiere de los derechos nacionales. Por ello, debe evitarse caer en el error de traspasar conceptos nacionales al ámbito de la Convención<sup>56</sup>.

El *hardship* como impedimento bajo el art.79 CISG es la opción preferida. Ello es así, como explica la Opinión n°7 porque el tenor literal del artículo 79 no equipara expresamente el término "impedimento" con una circunstancia que haga el cumplimiento absolutamente imposible. Por lo tanto, una parte que se encuentre a sí misma en una situación de "hardship" puede invocarlo como una causa de exoneración de la responsabilidad en aplicación del artículo 79<sup>57</sup>. Unos años más tarde la Opinión ha sido reforzada y ampliada en una reciente Opinión específicamente centrada en el *hardship*, la ya mencionada Opinión n°20 CISG-AC, Regla 2, que contundentemente declara que: "The CISG governs cases of hardship".

### 3. Requisitos para que un impedimento califique como hardship

Son varias las cuestiones principales que surgen a la hora de determinar si un evento puede calificar como *hardship* bajo la Convención.

En cuanto al rango de la excesiva onerosidad sobrevenida, se ha de determinar caso por caso y no estableciendo porcentajes fijos como hizo la primera versión de los Principios UNIDROIT en 1994 que en el comentario al art.6.2.2., n°2 indicaba que: "Las circunstancias del caso en concreto determinarían cuándo una alteración es "fundamental". De ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, una alteración del 50% o más podría ser considerada como una alteración "fundamental"". En la jurisprudencia se ha considerado que fluctuaciones del precio de más del

<sup>55</sup> En este sentido también contundente la Opinión n°7 CISG-AC, n°35. Y entre la doctrina, por todos: Atamer, Article 79, n°79; Flechtner, p.92; Brunner, Article 79, n°32.

<sup>56</sup> En particular en relación con el art.79 CISG lo advierten acertadamente: P. Salvador Coderch. Artículo 79. La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena. Director y coordinador: Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Civitas, 1998, p.637; Atamer, Article 79, n°20; P. Nalin/R.C. Steiner. *Compra y venta internacional de mercaderías*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.295.

<sup>57</sup> Vid. Opinión n°7 CISG-AC, n°3.1.

100%<sup>58</sup> no constituyen un motivo de exoneración, y que en el caso de transacciones especulativas se debe aceptar incluso un precio triplicado ya que las fluctuaciones se consideran previsibles<sup>59</sup>. Empero sí que a la baja del 50%, la jurisprudencia internacional en aplicación de los Principios UNIDROIT es constante al señalar que en esos casos no hay una situación de *hardship*<sup>60</sup>.

Esta interpretación en la práctica, que no teóricamente, no difiere en exceso de otras ensayadas por otros autores. Así, se ha entendido que el test a considerar en la interpretación del art.79 CISG es *The Reasonable Expectation Test*<sup>61</sup>, que pone especial acento en la interpretación del art.79 CISG por medio del estándar de la persona razonable del art.8 CISG: “whether a reasonable person in the shoes of the [failing party], under the actual circumstances at the time of the conclusion of the contract and taking into account trade practices” could expect the failing party to have taken the impediment into account or to have avoided or overcome it or its consequences<sup>62</sup>.

De forma similar, se ha partido del indiscutible dato de que el art.79 no utiliza la palabra “foreseeable” que sí usan otras disposiciones de la Convención, como los arts.25 y 74. Por ello, se indica que el test a considerar no es si el impedimento era o no previsible, si no si el impedimento era uno que una persona razonable –esto es, comerciantes experimentados–<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Tribunal de Apelación de Katowice, 26 noviembre 2013 (CLOUT 1829) en un caso relativo a combustible de coque.

<sup>59</sup> Schwenger, Article 79, n°31, con citas jurisprudenciales. En la jurisprudencia, véase: en relación con un contrato entre PETROBRAS y varias compañías extranjeras para la construcción de plataformas petroleras en la costa de Brasil. En virtud de los contratos, se exigía a las empresas extranjeras que asignaran una parte del trabajo a las empresas brasileñas (“contenido nacional mínimo”). La porción se calculó en reales brasileños, mientras que el precio del contrato se expresó en dólares estadounidenses; alteración que era perfectamente previsible por las partes al contratar. Tribunal de Contas da União, 7 diciembre 2011.

<sup>60</sup> A. Dawas, Alteration of the Contractual Equilibrium Under the UNIDROIT Principles, PACE INT’L L. REV. ONLINE COMPANION, Dec. 2010, p.8, quien a lo largo del trabajo analiza la jurisprudencia internacional recaída en relación con los Principios UNIDROIT.

<sup>61</sup> Ishida, pp.359-360. Y Comentario n°7.4 Opinión n°20 CISG-AC.

<sup>62</sup> Ishida, p.360; Nota UNIDROIT, n°17.

<sup>63</sup> Este dato se toma en cuenta por la jurisprudencia vienesa, véase: SAP Murcia, 25 mayo 2012 confirmada por STS 9 julio 2014 (ambas en [www.cisgspanish.com](http://www.cisgspanish.com)). El tribunal de Murcia considera que no se dan los requisitos de la imprevisibilidad máxime al tratarse de una empresa especializada en un sector en el que ha de primar la seguridad, la aparición de colorantes contaminantes no es algo extraño en el sector de la alimentación, sin que el hecho de que no existirán alertas de las autoridades sanitarias no es definitivo, máxime porque se trata de un producto adquirido de Uzbekistán siendo la primera vez que se compraba en dicho país, y que de hecho se compró en cáscara para una mayor seguridad, lo que denotaba ya cierta desconfianza en el producto, máxime

tuvo que haber tenido en cuenta, y no meramente habría previsto, en la perfección del contrato, que en consecuencia es el momento relevante<sup>64</sup>; considerándose que la previsibilidad es relevante pero no es su fin (no agota el estándar a considerar bajo el art.79)<sup>65</sup>.

Se considera previsible *anything which falls within the ordinary range of commercial probability*<sup>66</sup>, y también los serían todos aquellos sucesos o eventos objetivos que según las máximas de la experiencia pueden acacer en el discurrir normal de la organización empresarial y de los que el empresario tiene que tomar debida cuenta de ello, aunque sucedan ocasionalmente, como podrían ser la muerte, enfermedad grave o incluso el secuestro de un directivo, que se podrían considerar como eventos o circunstancias personales<sup>67</sup> que entran dentro de la esfera de responsabilidad de las partes, la rotura de una máquina, cortes puntuales en suministros esenciales, cambios en la ruta del transporte de las mercancías, problemas de acceso a la financiación bancaria<sup>68</sup>, errores legales<sup>69</sup>, etc.

Evidentemente si los cortes en los suministros son generales y totalmente inesperados, la plantilla no puede trabajar debido a una pandemia como la causada por el COVID-19, etc., sí estaríamos ante impedimentos bajo la Convención. No está de más reseñar que la jurisprudencia observa la concurrencia de un evento que dé lugar a un impedimento de forma muy restrictiva: “in practice, parties have repeatedly attempted to invoke Article 79 for exemption, they only very rarely succeed”<sup>70</sup>.

cuando en otro lote ya se ha había detectado otro colorante ilegal. En este sentido, el Tribunal Supremo respalda la conclusión del tribunal de apelación que el daño se habría evitado si la vendedora hubiera actuado como una persona razonable, lo que implica, al fin, que asumió voluntariamente el riesgo correspondiente.

<sup>64</sup> Sobre ello, vid. Nota UNIDROIT, n°11, y n°38, analizando cuatro escenarios diferentes en función de la perfección del contrato, el brote del virus y sus consecuencias. En relación a esta cuestión también en detalle: Janssen/Wahnschaffe, apartado I cc).

<sup>65</sup> Davies, p.300 y pp.302-306. De ahí que como indica el autor la prevalencia de instrumentos contractuales, cláusulas de fuerza mayor, *escalation* o *desescalation* clauses, etc., explica el motivo de que el art.79 tenga poco que decir en la práctica.

<sup>66</sup> Atamer, Article 79, n°52.

<sup>67</sup> De acuerdo también: Schwenger, Article 79, n°12, y n°19; y Salvador Coderch, Artículo 79, p.642.

En la jurisprudencia española, véase: STS 19 mayo 2015.

<sup>68</sup> Schwenger, Article 79, n°26, incluyendo la obtención de la moneda de pago; Salvador Coderch, Artículo 79, p.642.

En la jurisprudencia española así se considera: STS 13 julio 2017.

<sup>69</sup> Schwenger, Article 79, n°20; Salvador Coderch, Artículo 79, p.642; Brunner, Article 79, n°8.

<sup>70</sup> Schwenger, Article 79, n°1 y ss; CISG-AC Opinion n°7, comment 2. En el mismo sentido: Atamer, Article 79, n°55-56.

De igual modo y como ha señalado oportunamente la Opinión n<sup>o</sup>7 CISG-AC, n<sup>o</sup>39:

“En la mayoría de los casos las fluctuaciones del mercado no se consideran un “impedimento” del artículo 79 CISG, porque dichas fluctuaciones son un “hardship” normal de las transacciones comerciales en general. El si las fluctuaciones salvajes y totalmente inesperadas de bienes o moneda pudieran llegar a convertirse en un “impedimento” es otra cuestión. De hecho, la posibilidad teórica de dichos cambios radicales e inesperados admite la aplicación del artículo 79 (...)”.

La parte aquejada del impedimento debe probar que el impedimento y sus consecuencias no podían ser razonablemente evitados o superados. Esto significa que se deben tomar razonablemente las medidas necesarias dirigidas a superar el impedimento antes de que ocurra cuando se puede saber con cierta anticipación su ocurrencia o que razonablemente se trate de superar o evitar las consecuencias del impedimento actuando en el momento oportuno, por ejemplo, “*the promisor is generally obliged to consider alternative possibilities for the transportation of the goods, even if this result in greatly increased costs*”<sup>71</sup>, o mediante el ofrecimiento de una alternativa comercialmente razonable<sup>72</sup>.

En definitiva, bajo la Convención de Viena se deriva que el control del riesgo que ha de efectuar la parte aquejada del impedimento no ha de ser juzgado de forma abstracta y sin referencia al contrato, sino que la inten-

Ejemplos no faltan: Tribunal de Apelación de Lyon, 27 marzo 2014 (Francia) (CLOUT 1503) rechazando el robo de las mercancías bajo el art.79 CISG; y Rb Maastricht, 9 julio 2008 (Pace) en relación con una compraventa de patatas, considerando que se puede esperar de un productor diligente que considere las variaciones del clima y sus posibles consecuencias para la cantidad de cosecha alcanzada, cuando concluye un contrato a plazo. En consecuencia, se puede esperar de un agricultor diligente que considere las circunstancias climáticas al celebrar un contrato de venta con respecto a la cosecha futura en la medida en que pueda cumplir con su deber de entregar en el 90% de los casos. Esto significa, que el vendedor solo puede confiar en un impedimento más allá del control, si la cosecha se quedó por debajo del mínimo de cosecha alcanzado. Para ello, el tribunal remitió diversas cuestiones dirigidas a probar dichos extremos a un experto. El tribunal sostuvo que las consultas del vendedor a la oficina de registro no eran motivo para una exención en virtud del artículo 79 CISG y que el vendedor no había demostrado que “no se podía esperar razonablemente que hubiera tenido en cuenta el impedimento en el momento de la conclusión del contrato o haberlo evitado o superado o sus consecuencias”. En cambio, varias circunstancias deberían haber alertado al vendedor sobre el origen del automóvil.

<sup>71</sup> Schwenzler, Article 79, n<sup>o</sup>15. Id. I. Schwenzler/E. Muñoz. “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”. *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, n<sup>o</sup>24, 2019, p.155.

<sup>72</sup> Atamer, Article 79, n<sup>o</sup>57; Schwenzler, Article 79, n<sup>o</sup>15; y Salvador Coderch, Artículo 79, p.647.

ción y el propósito del contrato son factores dominantes en la interpretación que priman, incluso, sobre el tenor literal del art.79 CISG.

De esta forma, los jueces y los árbitros pueden adoptar el lenguaje del art.79 de forma flexible a la situación concreta. Ha de tratarse de un impedimento imprevisible, inevitable e insuperable absolutamente o cuya superación resulte especialmente gravoso, de tal forma que no cabía esperar que el comprador razonablemente tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias<sup>73</sup>. La carga de la prueba recae, pues, sobre el deudor<sup>74</sup>, es decir, quien alegue la imposibilidad o las dificultades extraordinarias de cumplir; precisamente de esta disposición se deriva un principio general bajo la Convención de que la carga de la prueba recae en quien alega un determinado hecho<sup>75</sup>.

En relación con los eventos que pueden dar lugar a un impedimento bajo el art.79 CISG, jurisprudencia y doctrina vienesa están de acuerdo en que los eventos de la naturaleza, esto es desastres naturales, o provocados por el hombre, como las guerras, así como los actos de autoridad son impedimentos bajo la CISG<sup>76</sup>. En otras palabras, son impedimentos bajo la CISG los eventos de caso fortuito o fuerza mayor generalmente así configurados bajo los derechos nacionales, así como de acuerdo con la práctica internacional<sup>77</sup>, en el bien entendido que en algunos casos pueden señalarse o establecerse matizaciones, como sucede con los casos de huelga o conflicto laboral del propio personal de una de las partes donde existen posiciones diversas en la doctrina y que pueden quedar aclaradas mediante la expresa estipulación de las partes en el contrato. Fuera de dicho acuerdo, una razonable interpretación es que las disputas o conflictos laborales, incluidas las huelgas, pueden

<sup>73</sup> Como ha destacado la Opinión n<sup>o</sup>7 CISG-AC, nota 44: “No es tarea fácil distinguir entre el riesgo de pérdida que se debería estimar que toda parte tiene que asumir y el extraordinario y desastroso inconveniente económico que llegaría hasta el “límite de sacrificio” (porque de hecho existe dicho límite), más allá del que no se debería esperar que el obligado cumpliera el contrato escrito”. Sobre esta cuestión entre los casos en la jurisprudencia española aplicando la CISG, puede verse SAP Valladolid, 6 abril 2015, en [www.cisgspanish.com](http://www.cisgspanish.com).

<sup>74</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 4 Julio 2019, CISG-online 4614.

<sup>75</sup> Así entre otros muchos: SAP Girona, 21 enero 2016; Högsta domstolen (Swedish Supreme Court), 10 junio 2016, CISG Online 4088; Tribunale di Bolzano, 27 enero 2009 (CISG Online 2344).

<sup>76</sup> Atamer, Article 79, n<sup>o</sup>46; y Schwenzler, Article 79, n<sup>o</sup>17 y 18, aunque nótese que con las debidas cualificaciones.

<sup>77</sup> Atamer, Article 79, n<sup>o</sup>46: “What exactly an impediment (*Hinderungsgrund/empêchement*) in the sense of Art. 79 means can best be determined by looking into international practice”.

calificar como un impedimento si están fuera del control de la parte aquejada, una huelga general por ejemplo, pero no si se trata de conflictos dentro de su empresa<sup>78</sup>. Los eventos recién descritos de forma general reciben particular y concreta atención en la cláusula modelo sobre fuerza mayor de la CCI que en su versión 2020 especifica que se presumen eventos de fuerza mayor, sin perjuicio de la definición general que se acoge en el primer apartado de la cláusula de forma muy similar al art.79.1 CISG.

Lógicamente las partes pueden decidir en su contrato alterar el listado tanto en el sentido de añadir o cualificar los eventos ahí indicados como suprimir algunos de ellos, y así lo recuerda la propia CCI, señalando específicamente la inclusión de disturbios laborales que afecten solamente a la empresa parte del contrato. La cualificación de los impedimentos bajo el contrato hace que la parte incumplidora no tenga necesidad de probar que el impedimento es ajeno a su voluntad ni que cabía razonablemente esperar que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, pero sí que razonablemente los efectos del impedimento no podrían haberse evitado o superado, como oportunamente recuerda la cláusula modelo CCI.

#### 4. Obligaciones incluidas bajo la falta de cumplimiento

Acaecido un impedimento en el sentido vienes, éste provoca un incumplimiento contractual que bajo la Convención de Viena puede ser de cualquier obligación asumida bajo el contrato, y para cualquier tipo de incumplimiento siguiendo la teoría general de la CISG del concepto del incumplimiento unitario<sup>79</sup>, y ello con independencia del momento en el que el impedimento ocurre antes o después de la perfección del contrato, en el bien entendido que si por ejemplo la cosa se destruyó antes de la perfección del contrato, el vendedor debe probar que no tenía conocimiento de la destrucción de la cosa<sup>80</sup>, siendo ésta pues una cuestión que se gobierna por la Convención y no por el derecho nacional que suele tratar esta cuestión bajo vicios del consentimiento<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> En la doctrina vienesa: Schwenger, Article 79, n°23-25; Salvador Coderch, Artículo 79, pp.644-645; Brunner, Article 79, n°10; Opinión n°20 CISG-AC, n°4.4, aludiendo a los usos en la materia. Vid. también: Comentario al art.7.1.8 de los Principios OHADAC.

<sup>79</sup> Atamer, Artículo 79, n°48; Schwenger, Article 79, n°6.

<sup>80</sup> Comentario de la Secretaría al art.65, n°4.

<sup>81</sup> Atamer, Artículo 79, n°48 y n°49 con apoyo en el art.68 CISG.

Específicamente, en relación con el *hardship*, la Opinión n°20 CISG-AC, Regla 6 se ha encargado de especificar que: "Such hardship may also arise from events occurring before the conclusion of the contract if the parties did not know and could not have been aware of these events"<sup>82</sup>.

En consecuencia, no se distingue entre el tipo de incumplimiento que recae en general sobre cualquier obligación pendiente de cumplimiento que se puede asumir bajo el contrato (entrega o dar, hacer o no hacer), sobre cualquier tipo de incumplimiento (falta de ejecución, cumplimiento tardío, falta de conformidad), sobre cualquier tipo de prestación (sobre cosas o dinero), con independencia de si la obligación se caracteriza como principal o accesoria<sup>83</sup>. El art.79 CISG así lo recalca al referirse en su párrafo 1° al incumplimiento de "cualquiera de sus obligaciones", y en el párrafo 4°: "parte que no haya cumplido sus obligaciones".

Del mismo modo, y aunque en particular los casos de *hardship* suelen tener más importancia en el caso de contratos de larga duración y de tracto sucesivo, no puede descartarse que pueda darse en contratos de corta duración, o en contratos de ejecución instantánea, lógicamente cuando una de las prestaciones esté diferida en el tiempo.

En esta dinámica y en relación con la entrega de mercaderías las reglas sobre transmisión del riesgo (ya las pactadas expresamente bajo los conocidos INCOTERMS de la CCI (última versión 2020) o el régimen legal apli-

<sup>82</sup> Ulteriores detalles en los comentarios a la Opinión donde se rechaza aquella posición doctrinal que considera que en los casos de *hardship* los cambios de circunstancias tienen que haber tenido lugar después de la perfección del contrato. Vid. n°6.2. Interesante es el uso de la proposición "and" que en el texto en español de la Opinión n°20 más correctamente ha atendido a la disyuntiva "or" atendiendo tanto al tenor de los comentarios como a la consistencia con la Convención de Viena que emplea siempre la fórmula alternativa.

<sup>83</sup> De acuerdo con la doctrina: Schwenger, Article 79, n°6-7 y n°29, incluyendo la entrega de mercaderías no conformes si bien resaltando los extremadamente infrecuente que el vendedor pueda confiar en el art.79 CISG por la responsabilidad estricta que asume; Atamer, Article 79, n°8, n°11, n°12, incluyendo también las obligaciones de restitución tras la resolución del contrato (art.82.2 CISG; también Salvador Coderch, Artículo 79, p.640), y con especial discusión de la aplicación del art.79 CISG también a los casos de falta de conformidad de las mercancías (id., Salvador Coderch, Artículo 79, p.650; y Atamer, n°74-77, resaltando la excepcionalidad de la exoneración en estos casos), con respaldo de la Opinión n°7 CISG-AC, n°6-13, que pone especial acento en la dificultad probatoria para el vendedor en cuanto a la prueba de la excusa del incumplimiento, en el hecho de que los vendedores asumen implícitamente el riesgo que implica la obtención de los bienes que vende (igual: Schwenger, Article 79, n°27), y en la excepcionalidad de este tipo de situaciones. Vid. CISG-AC Opinión n°7, apartados 1 y comentario n°8.

cable, arts.66-70 CISG) marcan el momento en el que la responsabilidad pasa de una parte a la otra.

#### IV. LOS DIFERENTES REMEDIOS A NIVEL INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE *HARDSHIP*

La comparativa entre los diversos textos que regulan la institución del *hardship* demuestran la poca uniformidad que existe en relación con el tratamiento remedial de la figura.

Baste una simple lectura a las tres opciones de la cláusula sobre *hardship* de la CCI para evidenciar que la institución –menos aún las cláusulas contractuales en sí<sup>84</sup> no goza de un predicamento uniforme a nivel internacional lo que aleja, por cierto, a la figura del tan ansiado reconocimiento como uso internacional (lo que vía art.9.2 CISG daría entrada indirecta a los UPIC en la Convención) o como *lex mercatoria*, principios generales del comercio internacional o expresiones semejantes, como establece el Preámbulo (Propósito de los Principios) de los Principios UNIDROIT.

Efectivamente, las tres opciones que ofrece la CCI demuestran que las soluciones que pueden ofrecerse al problema del *hardship* distan de ser satisfactorias a nivel internacional y nacional<sup>85</sup>.

La cláusula modelo CCI (2020) en el caso de *hardship*, que permite la continuidad de la ejecución, si bien cuando ello resulte excesivamente oneroso por la ocurrencia de un evento fuera de su control e imprevisible y cuyas consecuencias no podían haber sido razonablemente evitadas, obliga a las partes a la renegociación de los términos contractuales alternativos que razonablemente permitan superar las consecuencias del impedimento durante un período razonable tras la invocación de la cláusula. Si la renegociación falla, sin embargo, no se ha podido ofrecer un sistema remedial uniforme lo que da muestras ya de lo complejo de la cuestión a nivel de derecho comparado pues las soluciones adoptadas por las leyes nacionales pueden ser sustancialmente diferentes

de un país a otro: según algunas leyes, la parte desfavorecida solo tendrá derecho a rescindir el contrato, mientras que en otras la parte desfavorecida tendrá el derecho de solicitar la adaptación del contrato a las circunstancias cambiadas por el juez o árbitro. Tan es así que se establecen tres opciones diferentes para la inclusión por las partes en su contrato.

Aunque la CCI traslada el problema al momento en que los intentos de renegociar el contrato fallan, por la diversidad de consecuencias que sigue a ello, solicitar la terminación del contrato o solicitar la adaptación del contrato al juez o árbitro, lo cierto es que la propia obligación de renegociar debe en sí misma considerarse problemática<sup>86</sup>, como al efecto lo demuestra también el diferente tratamiento de la renegociación, al menos atendiendo al literal de la norma, tanto en el derecho comparado como en los instrumentos del *soft law*<sup>87</sup>: facultativa en el caso de los UPIC (art.6.2.3(1)) pero sin establecer las consecuencias de la negativa a renegociar<sup>88</sup>; obligatoria en el caso modelo CCI, modelo que ciertamente devendrá obligatorio si las partes lo incorporan como parte del contenido contractual; inexistente en el caso de los Principios OHADAC<sup>89</sup>.

De acuerdo con el art.6.2.3(1) UPIC, en el caso de excesiva onerosidad la parte en desventaja puede reclamar, sin demora injustificada y con indicación de los fundamentos en los que se basa, la renegociación del contrato. Algo que debe descartarse en el marco de la aplicación de las normas de la CISG, no tanto por considerar que no existe un principio de buena fe bajo la Convención, lo cual negamos rotundamente<sup>90</sup>, sino porque no puede anclarse sin más bajo el art.7.1 CISG, principio de la buena fe, ni bajo

<sup>86</sup> En contra: Castiñeira, pp.13-14, justificando la existencia de dicho deber tanto sobre la base del principio de la buena fe como el principio de la conservación del contrato, y si falla la renegociación podrá resolverse el contrato, y en el ámbito de la Convención: A.C.Zapata/A.M. Castro. "La Cláusula de Hardship en la contratación internacional". Revista e-mercatoria, vol.4, n°2, 2005, p.112.

<sup>87</sup> Vid. Parra Lucán, pp.30-31, repasando sintéticamente los diversos instrumentos de soft law y textos legales nacionales.

<sup>88</sup> Similarmente: Principio n°VIII.2 de los *Trans-Lex Principles* "a) In case of hardship, the aggrieved party may claim renegotiation of the contract with a view to reach agreement on alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event".

<sup>89</sup> El comentario al art.6.3.1 Principios OHADAC es claro al respecto: "el establecimiento de una obligación genérica de renegociar implica inseguridad jurídica en cuanto al alcance temporal y sustancial de dicha obligación. Por todo ello, se considera más conveniente dejar a las partes la libertad para establecer el régimen de renegociación del contrato, garantizando la seguridad jurídica a través de un derecho a la terminación no condicionado en otro caso".

<sup>90</sup> Perales Viscasillas, Artículo 7, n°24-34 con ulteriores citas.

<sup>84</sup> Niega que puedan ser consideradas usos mercantiles: Schwenger, Article 79, n°58. En contra, sin apoyo técnico suficiente: E. Rodríguez. "El rebus sic stantibus en la contratación internacional". Revista Boliviana de Derecho, n°16, 2013, pp.55-57.

<sup>85</sup> Un repaso a los códigos nacionales relevantes puede verse en M<sup>a</sup>A. Parra Lucán. "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos". Indret, n°4, 2015, pp.34-36, contraria a que el juez pueda modificar el contrato. En la misma posición: J. Castiñeira. "Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014". Indret, n°4, 2014, pp.12-13.

cualquier otra disposición como el deber de mitigar bajo el art.77 CISG<sup>91</sup>, un deber de renegociar el contrato, su contenido y contornos, o las consecuencias que puedan derivarse de su incumplimiento<sup>92</sup>.

Tampoco resulta convincente, además de no encontrar acomodo dentro de la Convención, mantener que si se hace una oferta razonable de negociación y ésta es rechazada, se perdería el derecho a resolver el contrato si se podía razonablemente esperar que se aceptase<sup>93</sup>. Como se ha indicado acertadamente: "El límite a lo que puede reclamar el acreedor en virtud del contrato debe buscarse no tanto en el principio de buena fe contractual sino en el deber de previsión de las partes en el momento de contratar y en la asunción de riesgos"<sup>94</sup>.

Lo anterior, por supuesto, no quiere decir que no pueda derivarse, según las circunstancias, y atendiendo al propio contrato de compraventa en cuestión, de la naturaleza de la relación entre las partes, de las prácticas o de los usos (art.8.3 y 9 CISG) y/o del juego de las cláusulas contractuales, una obligación de las partes de renegociar, especialmente si se mantienen posiciones rígidas a ultranza contrarias a la equidad y equilibrio contractual y a la igualdad o equilibrio entre compradores y vendedores como principio general dentro de la Convención, pero lógicamente ésta es una cuestión que sólo podrá analizarse caso por caso, tomando en cuenta asimismo la magnitud y entidad del evento y la afectación que el mismo puede producir, pues no puede desconocerse que un evento como el provocado por el COVID-19 presenta una magnitud tan a gran escala que puede afectar de forma importante a la generalidad de los contratantes, por lo que el comportamiento de los contratantes de cara a la posible adaptación del contrato a la nueva situación deberá ser objeto de ponderación. Desde este punto de vista, el enfoque central de la CISG es el carácter internacional de la transacción, la igualdad entre las partes que implica no sólo una presunción de igualdad de poder de negociación, sino también un principio que podría favorecer

<sup>91</sup> Lo rechaza con crítica a los autores que así lo mantienen: Atamer, Article 79 CISG, n°85.

<sup>92</sup> Sobre lo primero señalando dificultades prácticas: Schwenger, Article 79, n°55; y Schwenger/Muñoz, pp.161-165, considerando que no existe dicho deber bajo la Convención, y que no resulta conveniente ni deseable. Sobre lo último de acuerdo con Atamer, Article 79, n°84, quien considera además que no puede hablarse de un uso del comercio internacional.

<sup>93</sup> Schwenger, Article 79, n°55. Entre nosotros, de lege ferenda: Salvador Coderch, Alteración, p.9, y pp.49-50. Es la solución proyectada en la modificación del CC y así el art.1213 indica que "la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".

<sup>94</sup> Castiñeira, p.12.

el equilibrio contractual cuando sea necesario y, por último, la necesidad de buscar resultados económicos razonables en el comercio internacional.

Los Principios UNIDROIT articulan dicha renegociación bajo el prisma de ser un derecho de la parte afectada que debe cumplir con determinadas cargas so pena de perderlo<sup>95</sup>: que el reclamo de renegociación sea posible conforme al contrato, ya que no lo sería si el mismo contrato contiene cláusulas que prevén la adaptación automática del contrato; que se realice sin demora injustificada, esto es, que se presente tan pronto como sea posible tras el evento; que se justifique la reclamación de renegociación para que la otra parte pueda determinar la legitimidad de la petición; tanto si la reclamación está insuficientemente motivada como si se presenta fuera de plazo, no se pierde el derecho a reclamar la renegociación pero sí puede tener efectos en relación con la prueba de la excesiva onerosidad y la determinación de su existencia.

Quedando claro que se trata de un derecho de la parte afectada, no resulta absolutamente nítido que se articule una correlativa obligación de la otra parte<sup>96</sup>, si bien la lógica de los comentarios y la aplicación combinada de los principios de buena fe y la sanción prevista en el art.2.115 (negociaciones de mala fe) llevaría a esa conclusión. Los Principios hacen girar la renegociación sobre la base del principio de la buena fe y lealtad negocial y el principio de cooperación, ambos establecidos en los artículos 1.7 y 5.1.3 respectivamente, en el sentido que, como establece el comentario 5 al art.6.2.3 UPIC, tanto la solicitud de renegociación como la conducta de ambas partes durante el proceso de renegociación deberán conducirse conforme a los indicados principios, a los que se añade la obligación para ambas partes de conducir las renegociaciones de una manera constructiva, "absteniéndose en particular de cualquier tipo de obstrucción y otorgando toda la información que sea necesaria".

Sea como fuere y con independencia de que puedan solicitarse daños y perjuicios, la negativa a renegociar o las actitudes obstruccionistas durante la negociación, se tomarán como elementos en la siguiente fase del desarrollo remedial de la institución que es la fase judicial o arbitral. Pasado un tiempo prudencial, si la renegociación falla, cualquiera de las partes puede

<sup>95</sup> Así deriva tanto del texto del art.6.2.3 UPIC como de los comentarios 1-3 que acompañan a dicha disposición.

<sup>96</sup> Con razón se lo ha cuestionado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que ha aplicado los UPIC que han entendido que del texto de los Principios y de sus comentarios se deriva un deber de negociar: "sólo puede tener sentido si se interpreta como otorgando a la parte afectada un derecho a requerir la renegociación del contrato, lo que implica que la parte aventajada tiene un deber de renegociar, todo ello, por cierto, bajo los imperativos de la buena fe" (Mombert, pp.111-113, con ulteriores citas).

acudir a un tribunal, el cual si determina que hay una situación de *hardship* y siempre que lo considere razonable, podrá: a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio (art.6.2.3 (4) UPIC)<sup>97</sup>. Como establecen los comentarios a este precepto “las circunstancias pueden ser tales que ni la resolución ni la adaptación del contrato sean apropiadas, por lo que la única solución factible sería o bien ordenar a las partes que reasuman las negociaciones a fin de llegar a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato, o bien convalidar los términos del contrato originalmente pactado”.

Sobre la posible adaptación del contrato por el tribunal, sin duda es una solución insatisfactoria desde el punto de vista práctico y teórico<sup>98</sup>, lo que no ha impedido que haya autores que en el seno de la Convención consideren dicha posibilidad<sup>99</sup>, mientras que otro sector lo niega categóricamente<sup>100</sup>.

En relación con uno de los elementos anteriormente señalado, a saber que las soluciones de la Convención resultan menos agresivas con el principio del *pacta sunt servanda*, con las propias partes y con los órganos judiciales o arbitrales, consideramos que es así porque las respuestas de la Convención de Viena para los casos de *hardship* pasan por la lógica de que no se puede forzar a las partes de un contrato de compraventa internacional, que han celebrado un contrato perfectamente válido, a renegociar los

<sup>97</sup> De forma análoga Principio n°VIII.2 b) de los *Trans-Lex Principles*.

<sup>98</sup> Como indican los comentarios al artículo 6.3.1 de los Principios de OHADAC.

<sup>99</sup> Por ejemplo, Ishida, pp.364-381, estimando que el cumplimiento específico también se excluye en los casos de *hardship*, si bien sujeta la excepción a determinados límites que permitirían el cumplimiento específico según determinadas circunstancias, por ejemplo, al analizar la cuestión bajo el test del art.79.1 CISG “could not reasonably be expected to ... overcome it or its consequences”; bajo el *Reasonable Expectation Test* que le llevaría incluso a permitir la adaptación del contrato bajo el principio de la buena fe del art.7.1 CISG, y finalizando con el uso de la “Eisenberg Formula” que considera mejor que utilizar un porcentaje fijo o el llamado “límite del sacrificio” que utiliza habitualmente un sector mayoritario de la doctrina vienesa, y de la jurisprudencia como ejemplifica el *Separate Award*, SCC Arbitration No. V2014/078/080, 31 May 2017, n°2572 (CISG Online n°4683).

De acuerdo con la fórmula Eisenberg, que deriva de un trabajo del citado profesor: Eisenberg, pp.207-261, cit., p.245: “What constitutes a reasonably foreseeable increase in the seller’s cost of performance should be historically based; more specifically, it should be the maximum percentage increase in the cost of the relevant inputs over a comparable stretch of time during a reasonable past period. In most cases, consideration of price movements during the prior ten to twenty years probably would suffice”.

<sup>100</sup> Rimke, pp.226: “the adaptation of the contract by the judge, however, is not expressly allowed by the CISG, and must therefore be regarded as impossible”. Id., Janssen/Wahnschaffe, apartado 5 b).

términos del acuerdo<sup>101</sup>. Junto a ello, no está de más resaltar, por la erosión que lleva sufriendo el principio del *pacta sunt servanda* merced a una justicia contractual rabiosamente conmutativa, que resucita la vieja idea, para algunos, trasnochada y desfasada, de que los contratos deben cumplirse según los términos en los que fueran acordados.

La Opinión n°7, casi se diría proféticamente, adoptada por el Consejo Consultivo de la CISG en su 11° encuentro en Wuhan, República Popular de China, el 12 de octubre de 2007, no agotó todas las cuestiones sobre el art.79 CISG, y dejó para futuras opiniones el desarrollo ulterior de algunas de las tratadas<sup>102</sup>. Esto es particularmente cierto en relación con los efectos y remedios del *hardship* bajo la Convención. A lo sumo, se apuntó en el último texto de la *Black Letter Rule*, n°3.2, tras declarar la aplicación del art.79 a los casos de *hardship*, que: “En una situación de “hardship” bajo el artículo 79, la Corte o el Tribunal arbitral podrán estipular otros derechos adicionales consecuentes con la CISG y los principios generales en que se basa”.

De igual modo, el último comentario de la Opinión n°7 (n°40) se refirió escuetamente a esta cuestión indicando que:

“Se puede inferir de la obligación de interpretar el Convenio de buena fe una obligación impuesta a las partes de renegociar los términos del contrato con el objetivo de restablecer un equilibrio de los cumplimientos. En caso de que las negociaciones fallen, no existen en el Convenio pautas para que un tribunal o un árbitro modifiquen o revisen los términos del contrato de manera que se restaure el equilibrio de los cumplimientos. Incluso si no se quisiera extender el principio de la buena fe escondido en el artículo 7(1) CISG para encontrar un equilibrio en los cumplimientos, se podría confiar en el artículo 79(5) para dejar abierta la posibilidad de que una Corte o Tribunal de arbitraje determinen qué se deben entre las partes, “adaptando” así los términos del contrato al cambio de circunstancias”.

<sup>101</sup> De la misma opinión E. Muñoz/I. Morfin Kroepfly. “Argentina y Francia: Dos nuevos modelos de reforma para el derecho contractual latinoamericano influenciados por la CISG y los PICC”, en *La compraventa internacional y la “CISG”: una perspectiva iberoamericana*, Directores: Alejandro M. Garro y José A. Moreno Rodríguez, CEDEP/INTERCONTINENTAL, 2019, p.154, añadiendo que tampoco se puede obligar a un tribunal judicial o arbitral a sustituir la voluntad de las partes modificando el contrato.

<sup>102</sup> Consciente de ello la propia Opinión así lo advirtió. Vid. Opinión n°7 CISG-AC, N°4: “esta opinión se centra en un número limitado de cuestiones”, y n°5: “Pueden distinguirse nuevas interpretaciones divergentes del o sobre el artículo 79 y seguro que continuarán apareciendo, pero esas cuestiones puede que sean objeto de futuras opiniones consultivas”.

En consecuencia, aunque algunos autores y tribunales han confundido el sentido de la Opinión n<sup>o</sup>7 en el sentido de considerar que aboga por la obligación de renegociar sobre la base del principio de la buena fe (art.7.1 CISG)<sup>103</sup>, la Opinión n<sup>o</sup>7 no tomó partido sobre los concretos o específicos remedios a considerar, sino que se limitó a teorizar sobre posibles soluciones, en espera de una opinión más depurada y específicamente pensada para tratar la cuestión del *hardship* bajo la Convención. Si bien la espera ha sido larga, trece años después, el Consejo ha aprobado la Opinión sobre *hardship*, a primeros de febrero 2020, proféticamente se diría, ya que lo fue en los momentos iniciales de la pandemia global del Covid-19.

La aplicación del art.79 CISG a los casos de *hardship* aleja las respuestas que se encuentran dentro de la Convención a cuestiones nucleares como los efectos y los remedios de aquellas otras soluciones que se localizan en otros textos internacionales del ámbito del *soft law*, así como en el desarrollo nacional de la figura en un gran número de sistemas jurídicos, debiendo recordarse que la aplicación de la Convención excluye en el ámbito regulado al derecho nacional.

Podría decirse que la Convención y las soluciones que da al problema del *hardship* nadan contracorriente de las nuevas tendencias que se han desarrollado en textos del *soft law* y que tanta influencia han desplegado en los derechos y jurisprudencia nacionales, pues la regulación vía el art.79 CISG no deja lugar a dudas de que se rechaza el remedio de la modificación o adaptación del contrato ya sea que se imponga a las partes un deber de renegociar, ya que faculte a los jueces o a los árbitros a modificar los términos del acuerdo. Claramente indicado así en la Opinión n<sup>o</sup>20 CISG-AC, Reglas 11-13, no ha lugar a dudas sobre esta cuestión en el marco vienés:

“11. Under the CISG, the parties have no duty to renegotiate the contract in case of hardship.

12. Under the CISG, a court or arbitral tribunal may not adapt the contract in case of hardship.

13. Under the CISG, a court or arbitral tribunal may not bring the contract to an end in case of hardship”.

De acuerdo con el art.79 CISG, y a diferencia de algunas soluciones nacionales, la existencia de un impedimento no necesariamente provoca

<sup>103</sup> Una lectura errónea puede verse en Atamer, Article 79, n<sup>o</sup>84, nota 220, así como en otros autores: Janssen/Wahnschaffe, apartado 5 b), a favor de la posibilidad de renegociar atendiendo a los principios de buena fe, cooperación, conservación del contrato y razonabilidad; y Hoekstra, pp.120-121.

la terminación del contrato, esto es, no existe una terminación automática, si bien se puede accionar cualquier tipo de remedio excepto la indemnización de daños y perjuicios, y aun así sólo durante el tiempo que dure el impedimento, conforme se ha previsto expresamente en los apartados 3 y 5 del art.79 CISG. Soluciones que son acogidas expresamente por la Opinión n<sup>o</sup>20 CISG-AC en relación con el *hardship*, Reglas 9 y 10:

“9. In case of hardship, nothing prevents either party from exercising any right other than to claim damages and require performance of the obligation affected by hardship.

10. The exemption due to hardship has effect for the period during which hardship exists”.

Esta solución es plenamente coherente con una visión eficiente y flexible tanto de las diversas situaciones que pueden darse en los casos de “impedimentos”, como del propio contrato y los remedios que pueden accionarse.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Atamer, Y., “Article 79”, en S.Króll/ L.A.Mistelis/ P.Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), C.H. Beck-Hart-Nomos, 2018, 2nd edition, n<sup>o</sup>1.
- Berger, K-P./Behn, D., “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, McGill Journal of Dispute Resolution, April 20, 2020, pp.91-93.
- Bouza Vidal, N., “The UNIDROIT Principles as Legal Background in Spanish Case Law. *Eppur si muove*: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.162-1282.”
- Brunner, C. Article 79, en: Brunner/Gottlieb, Commentary on the UN Sales Law (CISG), Wolters Kluwer, 2019.
- Carranza Álvarez, C., “La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los Principios de UNIDROIT”. Contratos. Teoría General, Principios y Tendencias. Coordinador: Jorge Oviedo Albán. Grupo Editorial Ibáñez, 2011, 2<sup>a</sup> ed., pp.267-288.
- Castiñeira, J., “Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014”. InDret, n<sup>o</sup>4, 2014, pp.12-13.

- CISG-AC Opinion No. 20, Hardship under the CISG, Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopted by the CISG Advisory Council following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, Mexico on 2 – 5 February 2020.
- CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007.
- Davies, M., "Excuse of Impediment and Its Usefulness", en *International Sales Law. A Global Challenge*, edited by Larry DiMatteo. Cambridge University Press, 2014.
- Dawas, A., Alteration of the Contractual Equilibrium Under the UNIDROIT Principles, *PAGE INT'L L. REV. ONLINE COMPANION*, Dec. 2010, p.8.
- De La Maza, I/Pizarro, C/Vidal, A., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Madrid: BOE, 2017.
- Dessemontet, F., "Sancity of Contracts vs. Termination for Cause: Why is UNIDROIT afraid of the Big Bad Art.314 BGB?". *Festschrift für Ingeborg Schwenger zum 60.Geburstag*. Stämpfli Verlag AG Bern, 2011, Band I, pp.395-407.
- Dewez, J/Ramberg, C/Momberg, R/Cabrillac, R/San Miguel, L.P., "The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles", *European Review of Private Law*, n°1, 2011, pp.101-154, y pp.144-154.
- DiMatteo, L.A., "Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines", *Pace International Law Review*, n°27, 2015, p.303.
- Eisenberg, M.A., "Impossibility, Impracticability, and Frustration", *Journal of Legal Analysis*, n°1, 2009, pp.215 y ss.
- Estrella Faria, J.A., "La influencia de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales sobre el derecho interno", en *360º de la Compraventa Internacional de Mercaderías*. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Internacional de los Negocios. Adriana Castro Pinzón (Compiladora). *Derecho Internacional de los Negocios*, Tomo VI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp.160-205.
- Fauvarque-Cosson, B., "The UNIDROIT Principles, the World and the French Reform of Contract Law", en *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, p.1362.
- Ferrari, F/Gillette, C.P/Torsello, M/Walt, S.D. The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG, *Internationales Handelsrecht*, 2017, n°17, pp. 97-140.

- Ferrario, P. *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*. Wolters Kluwer, 2017.
- Flechtner, H.M., "The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on "Hardship" Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court", *Belgrade Law Review*, n°3, 2011, p.84.
- Fontaine, F., "Cause, Good Faith and Hardship. Three Issues in the Process of Harmonizing Contract Law", en *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, p.1144.
- Fujita, C., *Commodities Sales and CISG*. Doctoral Thesis (inédita), 2021.
- Garro, A/Zuppi, A., *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo/Perrot, 2012.
- Han, S., "Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia", *Vill. L. Rev.*, n°58, 2013, pp.589 y ss.
- Hoekstra, J., "Regulating International Contracts in a Pandemic: Application of the Lex Mercatoria and Transnational Commercial Law". Ferstman, C/Fagan, A. Andrew, (eds.) *Covid-19, Law and Human Rights: Essex Dialogues*. A Project of the School of Law and Human Rights Centre. University of Essex, 2020, pp.117-125.
- Honnold, J.O., *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, 4<sup>a</sup> ed., edited and updated by Harry M. Fletchner, Kluwer Law International, 2009.
- Ishida, Y., "CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness-Full of Sound And Fury, but Signifying Something", *Pace International Law Review*, n°2, vol.30, 2018, p.356.
- Janssen, A/Wahnschaffe, C.J., "COVID-19 and International Sale Contracts: Unprecedented Grounds for Exemption or Business as Usual?", *Uniform Law Review*, 2020, n°4, pp.1 y ss.
- Kuster, D/Baasch Andersen, C., "Hardly Room for Hardship – A Functional Review of Article 79 of the CISG", *Journal of Law & Commerce (J.L. & Com.)*, n°35, 2016, pp.1-20.
- Linström, N., "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law*, n°1, 2006.
- Madrid Parra, A., "Comentario al art.6.2.2", en *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Coordinador: David Morán Bovio. Pamplona: Aranzadi, 2<sup>a</sup> edición, 2003, p.311.
- Momberg, R., "Compraventa Internacional de Mercaderías: el deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°18, 2012, pp.107-108.

- Morales Moreno, A.M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson/Civitas, 2006.
- Muñoz, E./Morfin Kroepfly, I., "Argentina y Francia: Dos nuevos modelos de reforma para el derecho contractual latinoamericano influenciados por la CISG y los PICC", en *La compraventa internacional y la "CISG": una perspectiva iberoamericana*, Directores: Alejandro M. Garro y José A. Moreno Rodríguez, CEDEP/INTERCONTINENTAL, 2019, p.154.
- Nicholas, B., "Force Majeure and Frustration", *American Journal of Comparative Law*, n°79, 1979, pp.231-245.
- Parra Lucán, M<sup>a</sup>A., "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos". *Indret*, n°4, 2015, pp.34-36.
- Perales Viscasillas, P., "Los Principios de UNIDROIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.1619-1640.
- Perales Viscasillas, P., "Article 7", en S.Króll/ L.A.Mistelis/ P.Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2018, 2nd edition, n°64.
- Revilla Giménez, I., "Normalización de la cláusula rebus sic stantibus: estudio jurisprudencial", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n°41, 2017, p.163.
- Rimke, J., "Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1999-2000, p.239.
- Rodríguez, E., "El rebus sic stantibus en la contratación internacional". *Revista Boliviana de Derecho*, n°16, 2013, pp.55-57.
- Salvador Coderch, P., "Artículo 79", en *La compraventa Internacional de Mercaderías -Comentario a la Convención de Viena (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Director: Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 2006, p.644.
- Schlechtriem, P./Witz, C., *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, Dalloz, 2008, n°378.
- Schwenzer, I./Muñoz, E., "Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship". *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, n°24, 2019, p.155.
- Schwenzer, I., "Article 79", en *Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford, 2016.
- Slater, S.D., "Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG", *Florida Journal of International Law*, n°12, 1998, pp.256-262.

- Traisici, F.P., "Hardship e Force Majeure nei contratti del commercio internazionale: un modello innovativo da seguire", en *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.1683-1684.
- Twigg-Flesner, C. A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of COVID-19 – Change of Circumstances, *Force Majeure*, or what?. En Katharina Pistor (ed), *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, New York, 2020, pp.155-166.
- Vogenauer, S., "Termination of Long-Term Contracts "For Compelling Reasons" under the UNIDROIT Principles: The German Origins". *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.1698-1713.
- VVAA., *The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*. Edited by Rodrigo Momberg & Stefan Vogenauer. Hart Publishing, 2017, p.157 and p.235, respectivamente contribuciones de Perales Viscasillas y Borghetti.
- Zapata, A.C./Castro, A., "La Cláusula de Hardship en la contratación internacional". *Revista e-mercatoria*, vol.4, n°2, 2005, p.112.