

¿ES POSIBLE INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO
EXCUSA DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON
LA CISG?

IS IT POSSIBLE TO INVOKE THE HARDSHIP AS AN EXCUSE FOR
NON-PERFORMANCE IN ACCORDANCE WITH THE CISG?

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 211-252.

Fecha entrega: 05/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

LILIANN ORELLANA
Abogada, Doctoranda en Derecho por la Universidad de Valencia
lioca@alumni.uv.es

RESUMEN: A fin de evitar una posible integración judicial que dé como resultado una gran variedad de soluciones que difícilmente conduzcan a una respuesta uniforme, el presente artículo analiza la posibilidad de invocar la figura de la excesiva onerosidad en el ámbito de la CISG, sobre la base de la aplicación de su artículo 79 que regula el régimen de exención de responsabilidad, haciendo hincapié en los presupuestos necesarios para declarar su existencia y en las consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación.

PALABRAS CLAVE: Excesiva onerosidad, impedimento, alteración de las circunstancias, CISG.

ABSTRACT: To avoid possible legal integration that results in a variety of solutions that hardly lead to a uniform response, this paper analyzes the possibility of invoking situations of hardship within the scope of the CISG, based on the application of article 79 that regulates the exemption of liability in the event that non-performance is due to an impediment beyond the debtor's control, emphasizing the conditions required to declare its existence and the legal consequences of its application.

KEY WORDS: Hardship, impediment, change of circumstances, CISG.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD.- 1. Concepto de excesiva onerosidad.- 2. La excesiva onerosidad en el Derecho comparado.- 3. La excesiva onerosidad en algunos textos internacionales.- III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO EXCUSA DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON LA CISG.- 1. Consideraciones previas.- 2. El régimen de exención de responsabilidad del art. 79 CISG.- 3. Requisitos para la exención de responsabilidad conforme al art. 79(1) CISG.- A) Impedimento.- B) Fuera de la esfera de control.- C) Imprevisibilidad del impedimento al tiempo de la celebración del contrato.- D) Imposibilidad de evitar o superar el impedimento o sus consecuencias.- 4. Distintas posiciones doctrinales sobre el tema.- A) En torno al concepto jurídico de impedimento del art. 79 CISG.- B) En base a la aplicación del principio de buena fe del art. 7(1) CISG.- C) Existencia de una laguna normativa en la CISG que debe ser suplida por los Principios UNIDROIT en virtud del art. 7(2) CISG.- IV. PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LA CISG.- 1. Presupuestos.- 2. Consecuencias jurídicas.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los principios básicos en el ámbito del Derecho de los contratos es el principio *pacta sunt servanda*, esto es, un contrato debe cumplirse en virtud de los derechos y obligaciones que las partes pactan libremente, entonces si una de las partes no cumple sus obligaciones ésta deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento. Una importante excepción a este principio se presenta en aquellas situaciones en las que ha tenido lugar un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base a la conclusión del contrato, lo cual genera en muchas ocasiones una alteración fundamental del equilibrio contractual que da lugar a obligaciones sumamente onerosas o de difícil cumplimiento para uno de los contratantes, es decir, la existencia de un supuesto de *excesiva onerosidad* puede llegar a constituir una limitación a la regla general.

Está claro que el interés en los problemas ocasionados por esta figura así como los remedios para aliviar dicha situación no es una cuestión nueva, pues desde siempre ha sido objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, empero dicha materia resulta significativa por: 1) La crisis económica que estalló en el 2008 y cuyos efectos se extienden hasta la fecha, causando innumerables problemas en el cumplimiento de los diversos tipos de contrato que existen en el mercado debido a la subida de los costes de la materia prima, la

sobrevalorización del producto, las dificultades crediticias, entre otros; y, 2) La tendencia que existe en los sistemas de Derecho Civil en relación al necesario ajuste a la realidad social de la figura de la excesiva onerosidad, así como también la moderna configuración que de esta institución ofrecen los principales textos internacionales de armonización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, tal como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), en los que se reconoce expresamente el principio de excesiva onerosidad como excusa de la falta de cumplimiento.

En ese sentido, se plantea una preocupación por los contratos regulados por la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), que a diferencia de otros textos internacionales no reconoce explícitamente que un supuesto de excesiva onerosidad pueda ser invocado como excusa de la falta de cumplimiento, teniendo en cuenta que este tipo de contratos implican un cierto grado de incertidumbre al estar sujetos no sólo a los cambios sociales, políticos y económicos sino también a los avances tecnológicos que influyen directamente en las telecomunicaciones y el transporte y que, por tanto, no pueden ser previstos razonablemente por el deudor en el momento de la conclusión del contrato. Por lo expuesto y con el firme objetivo de promover la aplicación uniforme de la CISG, en el presente artículo analizaremos la posibilidad o no de invocar dicha figura y cuáles serían sus eventuales efectos jurídicos, pues de lo contrario, conforme a lo regulado en el art. 7(2) CISG, podemos encontrarnos ante un escenario complejo constituido por una variedad de soluciones al amparo de diversas instituciones jurídicas que tratan el asunto como la cláusula *rebus sic stantibus*, la *Geschäftsgrundlage*, la *excessiva onerosità*, la *frustration of contract*, la *commercial impracticability*, u otras instituciones equivalentes según corresponda al Derecho nacional aplicable.

II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD.

1. Concepto de excesiva onerosidad.

El concepto de excesiva onerosidad hace referencia al cambio sustancial e imprevisible de las circunstancias (conforme a las cuales se perfeccionó el contrato) que escapan del ámbito de control de la parte incumplidora, provocando una alteración del equilibrio económico¹ de las prestaciones que

¹ MADRID PARRA, A.: “Comentarios Sección 2: Excesiva onerosidad (Hardship)”, en AA.VV.: *Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, 2ª ed. (coord. por D. MORÁN BOVIO). Navarra (2003): Aranzadi, p. 315, manifiesta que el equilibrio contractual es el punto de convergencia entre todas las ventajas e inconvenientes

puede forzar el cumplimiento de obligaciones más allá del límite de lo razonable. Pero no cualquier sacrificio económico ya sea por un encarecimiento o disminución del valor de la prestación constituye un supuesto de excesiva onerosidad, sino sólo aquellos que producen un desequilibrio o quebrantamiento fundamental del contrato.

A pesar de que esta institución hace referencia a circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y, sobre todo, ajenas a la esfera de control, ésta constituye una situación distinta al supuesto de fuerza mayor. Es decir, aun cuando estas instituciones jurídicas tengan una misma configuración de sus presupuestos, presentan una diferencia trascendental que radica en los efectos que produce la posibilidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, sobre la responsabilidad en caso de incumplimiento. En un supuesto de excesiva onerosidad el cumplimiento de la prestación del deudor no es imposible, sino que ha devenido extremadamente gravoso de modo que constituye una carga insostenible de cumplir; asimismo, su propósito principal es la continuación del contrato por lo que pretende solventar el desequilibrio de las prestaciones (siempre que sea posible) a través de la modificación de los términos contractuales a la nueva situación sobrevenida o, alternativamente, considera factible la liberación del cumplimiento específico de la obligación o la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento y, como último recurso, la posibilidad de declarar la resolución. En cambio, en un supuesto de fuerza mayor es imposible que el deudor satisfaga su obligación (temporal o definitiva) y al situarse dicho concepto en el contexto del incumplimiento tiene por objetivo sólo la suspensión o la resolución del contrato.

2. La excesiva onerosidad en el Derecho comparado.

La institución jurídica de la excesiva onerosidad es de alguna manera tratada en los sistemas del *Common Law*. En el Derecho anglosajón la institución que puede asimilarse a esta figura es la denominada *frustration of contract*, fundamentada en la sola interpretación de la intención de las partes plasmada en el contrato, por lo que en el caso que no hubiese pacto expreso o tácito en relación a la asunción de los riesgos derivados de los graves acontecimientos sobrevenidos, su propósito principal es “facilitar un modelo para la distribución apropiada de dichos riesgos”². Por otro lado, en el sistema estadounidense podríamos hacer alusión a la institución de la *commercial impracticability* que no contempla la existencia de la imposibilidad de

que se establecen para cada contratante, es decir, es la foto fija y el punto de partida de los términos acordados en los que las partes se han obligado.

² ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus, Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Navarra (2013): Aranzadi, p. 62.

cumplimiento, esto es, el impedimento es físicamente posible, pero a un coste sumamente oneroso y desproporcionado para la parte incumplidora.

En los sistemas de Derecho Civil esta figura, generalmente, constituye un supuesto de exoneración de responsabilidad. En Italia se instaura la institución de la *excessiva onerosità sopravvenuta*, legalmente reconocida en el art. 1467 del CC italiano para los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, según la cual la grave alteración de determinadas circunstancias que no fueron previstas por los contratantes en la celebración del contrato, provoca un sacrificio económico para una de las partes como consecuencia del incremento o la disminución del valor de su prestación. En el modelo germánico es la institución de la *Störung der Geschäftsgrundlage* la encargada de regular la transformación radical de las circunstancias que altera sustancialmente la base del negocio causando el desequilibrio de las prestaciones, doctrina jurisprudencial que fue desarrollada sobre la base del principio de buena fe que debe presidir la ejecución de las obligaciones (§ 242 BGB), hasta que es expresamente incorporada en el § 313 BGB de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del BGB que entró en vigor en enero de 2002³.

En el sistema español esta figura no se encuentra legalmente reconocida en el Código Civil, por lo que ha sido la jurisprudencia⁴ la que ha desarrollado su tratamiento en función de aplicar la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, permitiendo eximir al deudor de su incumplimiento o aminorar los efectos negativos de un riesgo contractual no pactado en la conclusión del contrato, a fin de restaurar el equilibrio de las prestaciones. No obstante, es preciso indicar que existe una tendencia hacia la aplicación plenamente normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la línea del necesario ajuste de las instituciones a la actual realidad social. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura ha sido reconocida por la STS 17 enero 2013 y la STS 18 enero 2013⁵, en las que se establece que la actual crisis económica, de

³ Para la modificación sustancial del derecho de obligaciones del BGB, el legislador alemán tuvo en consideración el Derecho privado europeo y el Derecho internacional. Principalmente, se tuvo en cuenta los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, los Principios UNIDROIT y como referente constante para la elaboración de la parte general del derecho de obligaciones y el contrato de compraventa la CISG. *Vid.* EBERS, M.: “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002”, *Anuario de Derecho Civil* (2003), vol. 56, núm. 4º, p. 1579; KLAUS JOCHEN, A.: “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: Un paso hacia la europeización del derecho privado”, en AA.VV.: *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa* (coord. por M. MOYA ESCUDERO/S. SÁNCHEZ LORENZO). Madrid (2003): Dykinson, p. 320.

⁴ STS 25 enero 2007 (RJ 2007, 592); STS 22 abril 2004 (RJ 2004, 2673); STS 21 marzo 2003 (RJ 2003, 2762); STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023).

⁵ STS 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819); STS 18 enero 2013 (RJ 2013, 1604).

efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada como una alteración extraordinaria capaz de generar un grave trastorno o desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes. Del mismo modo, la reciente STS 30 junio 2014⁶, alejándose de una tradicional configuración en base a las reglas de *equidad y justicia*, ha considerado que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no supone una ruptura respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos; por el contrario, sostiene que desde su moderna configuración la aplicación de dicha figura se fundamenta en las propias directrices del orden público económico, esto es, de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico (que va más allá de un mero criterio interpretativo pues constituye una regla de la economía contractual) y del principio de buena fe (que sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato, permite una clara ponderación de los resultados que se derivan de la regla según la cual los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos). A su vez, esta aplicación normalizada no puede desconocerse a tenor de la nueva configuración que de esta figura ofrece la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión General de Codificación, que reconoce de forma expresa en el art. 1213⁷ la posibilidad de revisar, o incluso, de resolver un contrato cuando el cumplimiento haya devenido excesivamente oneroso a razón de un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base al contrato.

En tal sentido, aunque la institución jurídica de la excesiva onerosidad es denominada de distintas formas, la mayoría de las instituciones equivalentes a dicha figura se encuentran relacionadas entre si al compartir características importantes en la determinación de su existencia. Así, por lo general son necesarios los siguientes presupuestos: 1) Una alteración de las circunstancias en relación con las concurrentes al tiempo de la conclusión del contrato; 2) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, que verdaderamente ocasione la ruptura de la economía contractual por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; 3) La imprevisibilidad de los acontecimientos que provocan la alteración de las circunstancias, ya sea que el deudor no haya podido racionalmente considerarlos, así como que éstos tampoco podrían haberse podido determinar en función del tipo contractual o conforme a la

⁶ STS 30 junio 2014 (RJ 2014,3526).

⁷ Un análisis adecuado de la propuesta de regulación de la extraordinaria alteración de las circunstancias en SALVADOR CODERCH. P.: “Alteración de Circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2009), núm. 4º, pp. 1-60; y en *Boletín del Ministerio de Justicia* (2011), núm. 2130º, disponible en web: www.mjusticia.es/bmj (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

situación del mercado en la que fue concluido; 4) Los acontecimientos deben encontrarse fuera de los riesgos que haya asumido la parte incumplidora (voluntaria o implícitamente); y 5) Las partes no deben ser responsables del cambio de las circunstancias.

Sin embargo, estas instituciones presentan una particular diferencia en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de su aplicación, esto es, en cuanto al remedio de la adaptación del contrato. En los sistemas del *Common Law*, la institución de la *frustration of contract* del Derecho inglés, tiene como principal efecto la terminación del contrato desde la ocurrencia del cambio de las circunstancias que han hecho imposible su ejecución, quedando las partes liberadas del cumplimiento de sus obligaciones pendientes, por tanto, no cabe una revisión de los términos contractuales. Por otro lado, en el Derecho americano si bien la institución de la *commercial impracticability* contempla la posibilidad de modificar el contrato a las nuevas circunstancias, en la práctica su aplicación ha sido extremadamente restrictiva, pues los jueces son reacios a favorecer un ajuste del contrato. En sentido contrario, en los sistemas de Derecho Civil la parte en desventaja tiene derecho a solicitar al juez la adaptación del contrato, que debe efectuarse conforme a una interpretación integradora de su contenido, es decir, implica tener en cuenta no sólo los términos en los que se pactaron las prestaciones sino también las obligaciones derivadas del principio de buena fe, entonces sólo si el ajuste no es factible o no resulta razonable será mejor proceder a declarar la resolución, puesto que debe tratar de conservarse el contrato en la medida que ello sea siempre posible. Cabe señalar, por último, que el modelo italiano⁸ tiene un enfoque particular sobre la cuestión, ya que sólo la parte no perjudicada con la excesiva onerosidad sobrevenida tiene la posibilidad de modificar los términos contractuales a fin de evitar la resolución del contrato que es el remedio aplicable por excelencia.

3. La excesiva onerosidad en algunos Textos Internacionales.

En algunos textos internacionales de armonización del Derecho Privado también se reconoce la figura de la excesiva onerosidad, en base a la doctrina de *change of circumstances* en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), la Propuesta de Reglamento sobre Compraventa Europea

⁸ Según BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Ah Alphen aan den Rijn (2009): Kluwer Law International, p. 507, el acreedor debe otorgar varias alternativas razonables con el propósito de incentivar el procedimiento de adaptación. Dichas alternativas serán evaluadas por el tribunal, por ende, si tan sólo se presentará una proposición se corre el riesgo que el tribunal considere que los términos ofrecidos no son adecuados, debiendo declarar la resolución del contrato.

(CESL) y el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), y a través del concepto de *hardship* en los Principios UNIDROIT. Aunque, de acuerdo a lo establecido en los arts. 6.2.1 Principios UNIDROIT, 6:111(1) PECL, 89(1) CESL y III. – 1:110(1) DCFR, queda claro, *prima facie*, el carácter vinculante del contrato por lo que aunque el cumplimiento de la prestación sea más oneroso para una de las partes ésta permanecerá obligada a cumplir siempre que sea posible, independientemente que ello le produzca más pérdidas que ganancias. Sin embargo, tomando en consideración que el principio *pacta sunt servanda* no constituye un principio absoluto, se excluye su aplicación de forma excepcional cuando surgen o se producen alteraciones que desequilibran fundamentalmente la base del contrato, esto es, ante una situación de excesiva onerosidad.

En cuanto a los presupuestos necesarios para declarar la existencia de esta figura así como las consecuencias jurídicas que produce su aplicación, al efectuar una comparación entre las reglas o métodos que se utilizan en los distintos textos internacionales indicados anteriormente (arts. 6.2.2 y 6.2.3 Principios UNIDROIT, 6:111PECL, 89 CESL y III. – 1:110 DCFR), puede inferirse que no existen grandes diferencias en la aplicación de dichas disposiciones. En términos generales, en todos ellos se requiere: 1) La ocurrencia de ciertos eventos que conducen a un cumplimiento más oneroso de las prestaciones; 2) La imprevisibilidad razonable de la alteración de las circunstancias; 3) Los acontecimientos deben ser ajenos al control del deudor; y 4) La parte en desventaja no deberá haber asumido los riesgos producidos por el cambio de las circunstancias. Y, en cuanto a los efectos jurídicos, se establece el deber de las partes de renegociar los términos contractuales a fin de lograr su modificación y de no llegarse a un acuerdo será el tribunal, según considere más conveniente, el que tiene la facultad de adaptar o dar por resuelto el contrato.

III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO EXCUSA DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON LA CISG.

1. Consideraciones previas.

En la CISG el régimen de exoneración de responsabilidad se presenta como un sistema autónomo, lo cual queda reflejado en la falta de referencia a nociones o teorías de leyes nacionales con el fin de evitar cualquier influencia o asimilación derivada de éstos y de la praxis jurídica en el país en cuestión. Por ende, no puede recurrirse a estas leyes como guía dado que se produciría un sinnúmero de resultados divergentes en la interpretación y aplicación de la CISG, contrario al mandato de uniformidad establecido en el art. 7(1) CISG. Este sistema de excusas por la falta de cumplimiento consta de dos supuestos de exención establecidos en: 1) El art. 79 CISG referido a un impedimento

ajeno a la voluntad del deudor; y 2) El art. 80 CISG que expresa la regla general según la cual “no se puede invocar el incumplimiento del otro cuando éste es causado por acción u omisión propia”, de lo contrario se atentaría contra el principio de buena fe y el principio *venire contra factum proprium*. No obstante, para el objetivo de la presente investigación el art. 80 CISG no será discutido.

En ese sentido, si bien la CISG no contiene ninguna disposición expresa que regule un cambio de las circunstancias que dé como resultado una situación de insoportable onerosidad, la doctrina considera que el art. 79 CISG es el que más se vincula con dicha cuestión. De manera que, aunque la jurisprudencia a lo largo del tiempo ha optado por una interpretación restrictiva de dicho precepto declarando su aplicabilidad a supuestos de fuerza mayor⁹, se plantea la posibilidad de invocar el art. 79 CISG ante la existencia de un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida.

2. El régimen de exención de responsabilidad del art. 79 CISG.

Los redactores de la CISG tras un largo proceso de desarrollo del art. 79 CISG, lograron crear un sistema de excusas más rígido y objetivo que la de su predecesor, el art. 74 de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (ULIS). Así, en el párrafo (1) se reconoce el efecto liberatorio del incumplimiento de cualquier obligación imputable al deudor, si éste prueba que la falta de cumplimiento se debe a: “un *impedimento ajeno a su voluntad* y si *razonablemente era imprevisible*, o aunque previsible era *inevitable* o *insuperable*, de modo que obstaculiza el cumplimiento de su obligación”. En otras palabras, este régimen de responsabilidad contractual hace responsable a las partes de cualquier incumplimiento del contrato, medie o no culpa o dolo, por lo que bajo ninguna circunstancia la ausencia de culpa podrá dar lugar a una exoneración de responsabilidad. Sin embargo, este carácter objetivo de la imputación se ve atenuado mediante el recurso a la razonabilidad de que la parte incumplidora no haya podido prever, evitar o superar el impedimento ajeno a su ámbito de control.

⁹ Aunque los presupuestos de la fuerza mayor coincidan con lo establecido en el art. 79(1) CISG, no por ello debe presumirse que dicha institución provoca automáticamente la exoneración de responsabilidad, por ende, el deudor será responsable incluso de un impedimento de fuerza mayor si éste ha sido razonablemente previsible en la celebración del contrato. Sobre esta cuestión cfr. PERALES VISCASILLAS, P.: “El contrato de compraventa internacional de mercancías: Convención de Viena de 1980”, (2001), artículo disponible en web: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html (Consulta: 20 de noviembre de 2014); y SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna (1986): Manz, p. 101, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

Empero, vista la naturaleza dispositiva de la CISG (art. 6), las partes pueden acordar la modificación de la regla establecida en el art. 79 CISG para asignar el riesgo en caso de imposibilidad de cumplimiento, variación que puede ser en general o en relación con impedimentos concretos. Por ejemplo, a fin de regular la responsabilidad se puede alternativamente determinar en el contrato los obstáculos específicos que habrán de excluirla o, también, se puede estipular cláusulas de exención de responsabilidad, tales como, las denominadas cláusulas de fuerza mayor o las denominadas cláusulas de *hardship*¹⁰. Por consiguiente, la eventual exoneración de responsabilidad deberá apreciarse, *prima facie*, en el contenido del contrato, particularmente, en la existencia de las mencionadas cláusulas de exención y, en su defecto, con arreglo al sistema de excusas previsto en el art. 79(1) CISG.

3. Requisitos para la exención de responsabilidad conforme al art. 79(1) CISG.

A) Impedimento.

Con la utilización del término *impedimento*, expresión que implica *una barrera al cumplimiento antes que el recurso a aspectos personales*¹¹, la CISG tiende a enfatizar la *naturaleza objetiva* del obstáculo al no ser razonable que una cuestión de tanta importancia como la exención de responsabilidad se vincule a impedimentos de poco valor. El deudor, entonces, responde siempre de sus propios actos u omisiones más allá de toda idea de culpa o negligencia, pues en cuanto estos originan el impedimento lo hacen en la esfera de control personal del deudor y como actos u omisiones que son y no simples hechos, son voluntarios¹². El impedimento, de carácter físico o jurídico, puede existir con carácter previo o posterior a la conclusión del contrato¹³ ya que el tenor literal y los

¹⁰ La validez de estas cláusulas o cualquier indemnización pactada dependerá de lo que las propias partes hayan dispuesto y sobre la interpretación que de las mismas haga el Derecho nacional aplicable, por exclusión de su regulación según el art. 4(a) CISG.

¹¹ Cfr. HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4ª ed., edited and updated by FLECHTNER, H. Alphen aan den Rijn (2009): Kluwer Law International, p. 617 y p. 626; JENKINS, S.: “Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles - A Comparative Assessment”, *Tulane Law Review* (1998), vol. 72, p. 2024; SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law*, cit., p. 101; TALLON, D.: “Article 79”, en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA/M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffrè, p. 573 y p. 579; TAMAYO CARMONA, J.: *Responsabilidad y riesgo contractual: Normas sobre la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, p. 45.

¹² SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (coord. por L. DIEZ-PICAZO). Madrid (1997): Civitas, p. 642.

¹³ Cfr. ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law: United Nations Convention on*

antecedentes del art. 79(1) CISG no hacen referencia alguna al tiempo en que debió surgir.

Entre los sucesos que pueden ser considerados impedimentos se encuentran las catástrofes naturales (un terremoto, un maremoto, una inundación, etc.) o los actos de la autoridad pública (una guerra¹⁴, una prohibición gubernamental de importación¹⁵ o exportación¹⁶, una medida de embargo, etc.). En cuanto a los actos del hombre como una huelga, no tendrá carácter exoneratorio si tiene su origen en conflictos internos de la propia empresa, tampoco si se trata de una huelga exclusivamente sectorial; por el contrario, en virtud de la teoría de las esferas de control una huelga general sí exime de responsabilidad a la parte incumplidora¹⁷. En cualquier caso, ninguno de los ejemplos indicados podrá constituir un impedimento sólo debido a su

Contracts for the International Sale of Goods. New York, London, Rome (1992): Oceana Publications, p. 323; PERALES VISCASILLAS, P.: “El contrato de compraventa internacional”, cit.; 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 International Law Review* (1999-2000), p. 215, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En contra, TALLON, D., “Article 79”, cit., pp. 577-578, entiende que los supuestos anteriores a la celebración del contrato no pueden constituir un impedimento en virtud del art. 79 CISG, teniendo en cuenta que las normas sobre la validez del contrato dejan de aplicarse en virtud del art. 4(a) CISG, por tanto, en este asunto el Derecho interno tiene prioridad sobre la CISG.

¹⁴ District Court, New York (Southern District), Federal Court of 1st Instance, Estados Unidos de América, 20 agosto 2008, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el vendedor no había podido cumplir sus obligaciones contractuales por el comienzo de la guerra en el país del comprador (Irak) y la retirada de los inspectores encargados de dar la conformidad a las mercaderías.

¹⁵ Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Rusia, 22 enero 1997, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=376> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal decidió exonerar al comprador por no haberse hecho cargo de las mercaderías debido a la negativa de las autoridades públicas a autorizar la importación.

¹⁶ Bulgarska turgosko-promishlena palata, Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, Bulgaria, 24 abril 1996, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=422> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que una prohibición de las autoridades públicas (sobre exportación de carbón) representaba un impedimento fuera del control del vendedor. No obstante, en el caso en cuestión no se configuró la exención ya que la prohibición se encontraba en vigor en el momento de la celebración del contrato y, por tanto, era previsible.

¹⁷ Cfr. CASTELLANOS RUIZ, E.: “Compraventa internacional”, en AA.VV.: *Curso de contratación internacional*, 2ª ed. (coord. por A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). Madrid (2006): Colex, p. 299; SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 644. Cfr. *supra* nota 16, el tribunal búlgaro consideró que aunque se produjo una huelga de mineros, el vendedor no estaba exento de responsabilidad pues en ese momento ya se encontraba en incumplimiento contractual.

naturaleza sino que será necesario, además, que el obstáculo en cuestión cause directamente el incumplimiento de las obligaciones contraídas, esto es, debe existir una relación *causa- efecto*¹⁸.

Por último, al impedimento (objetivo) se opone la idea de circunstancias personales, obstáculos estrictamente subjetivos que se encuentran en la esfera de influencia del deudor, tal como una insuficiencia patrimonial o aquellos relacionados con su salud, su vida, su libertad personal, entre otros. Todos ellos *salvedades* -más que excepciones- que deberán reconocerse como causas de exención, sólo si tales eventos han sido tenidos en cuenta por las partes en la estipulación del contrato¹⁹. Excepcionalmente, tampoco se considerará al deudor responsable de un impedimento originado en su ámbito de control si no es posible o, de lo contrario, no tiene ningún sentido adoptar cualquier tipo de medidas en contra de dicho obstáculo, como por ejemplo, un caso de sabotaje en la fábrica del vendedor²⁰.

B) Fuera de la esfera de control.

Por esfera de control puede comprenderse todos aquellos factores que están relacionados con la organización ordenada de fabricación y/o proceso de adquisición que forman parte de las obligaciones mínimas de cuidado y diligencia que un empresario debe guardar en relación con el objetivo principal de su negocio. En otras palabras, el vendedor debe tener la capacidad necesaria (del personal, de los equipos técnicos y financiera²¹) que

¹⁸ Cfr. FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, *Pace International Law Review* (2001), vol. 13, p. 273, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law* (2006), disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 583. En una interpretación distinta, ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., pp. 321-322, son de la opinión que no se puede exigir que el impedimento sea la causa exclusiva de un incumplimiento, sino que un impedimento también debe ser aceptado cuando una causa se apodera de otra causa (*a cause overtakes another cause*) provocando la falta de cumplimiento del contrato.

¹⁹ SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 642.

²⁰ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, en AA.VV.: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed. (coord. por P. SCHLECHTRIEM/I. SCHWENZER). New York (2005): Oxford University Press, p. 814.

²¹ Schiedsgericht der Handelskammer (Arbitral Tribunal) Hamburg, Alemania, 21 marzo 1996, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que por regla general las dificultades que surgen en la entrega de mercancía a causa de problemas económicos del vendedor, o por

utilizada de manera adecuada tiene como fin prevenir cualquier tipo de incidencia en el cumplimiento de su obligación; mientras que el comprador debe disponer de los medios financieros necesarios para asegurar la adquisición de la mercancía²² y asumir el riesgo de las fluctuaciones del mercado²³.

El impedimento será ajeno a la voluntad del deudor en la medida que ha de haberse originado *más allá de lo que le es posible controlar*, de tal manera que no le resulte imputable el obstáculo que causa el incumplimiento de su obligación. Por así decirlo, el obligado garantiza su capacidad para cumplir dentro de su esfera de influencia adoptando las medidas necesarias y controles adecuados. Este presupuesto se vincula estrechamente a dos situaciones en concreto: 1) La conducta de la parte incumplidora; y 2) El carácter externo del impedimento. La conducta o actividad del deudor está relacionada con el contenido de los acuerdos en los que se delimitan las obligaciones, los riesgos y la responsabilidad ante el incumplimiento del contrato, además de ellos se “destila los principios concretos de eficiencia y justicia aplicables”²⁴ al caso. En defecto de pacto expreso, las declaraciones y otros actos deberán interpretarse según el criterio que hubiese otorgado en igual situación una persona razonable de la misma condición (art. 8 CISG); asimismo resultarán aplicables al contrato los usos del comercio internacional de los que las partes tenían o debían haber tenido conocimiento (art. 9 CISG). El carácter externo del impedimento, por otra parte, se refiere a los sucesos que no se relacionan directamente con la actividad del deudor y en donde a pesar de que se adoptaron las medidas exigibles, según el principio de buena fe, no pudieron evitarse sus efectos, como por ejemplo, un incendio en la fábrica de la parte incumplidora²⁵.

problemas financieros de sus proveedores (incluso cuando está conectada a un acto de la autoridad pública en el país del proveedor) no deben ser considerados un impedimento fuera de su esfera de control o de riesgo.

²² Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Rusia, 17 octubre 1995, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=216> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el incumplimiento debido a la falta de reservas suficientes de moneda libremente convertible en la moneda extranjera de pago no constituía una causa de exención de responsabilidad, pues el comprador debía adoptar todas las medidas y formalidades necesarias para lograr el pago del precio, lo que en efecto no sucedió.

²³ Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), Alemania, 27 noviembre 2007, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1345> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal señaló que el comprador a fin de quedar exento de responsabilidad por su incumplimiento (falta de pago y recepción de la mercancía pendiente), no podía alegar la fluctuación del tipo de cambio de la moneda como un impedimento, ya que éste asume el riesgo de la reventa (no rentable) de los bienes.

²⁴ HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 614.

²⁵ STS 5 junio 2014 (RJ 2014, 4221). El tribunal declaró que debido al incendio que destruyó las instalaciones del comprador en donde elaboraba el producto objeto del

Cabe indicar que la insolvencia del deudor no se considera, generalmente, un impedimento fuera de su esfera de control. Si la parte incumplidora alega que no puede cumplir su obligación porque ello supondría su declaración de insolvencia, ello no la exime de responsabilidad pues el impedimento no sería ajeno a su voluntad sino consecuencia de ella²⁶. A menos que, por ejemplo, se trate de una insolvencia producida como resultado de una expropiación o confiscación indebida (total o parcial) de sus bienes, a causa de un acto imprevisible del gobierno como un golpe de Estado²⁷.

C) Imprevisibilidad del impedimento al tiempo de la celebración del contrato.

Para que la exención de responsabilidad sea posible el impedimento debe ser *imprevisible*²⁸ en el momento de la celebración del contrato. Incluso en caso de duda o en ausencia de cualquier estipulación en el contrato respecto a la asunción de los riesgos, algunos autores ²⁹ manifiestan que la parte incumplidora deberá hacerse cargo, sobre todo en los contratos de

contrato (queso), debía ser exonerado de su responsabilidad por el incumplimiento parcial del pago y por la falta de recepción de la mercancía, pues dicho evento constituye un impedimento ajeno a su voluntad.

²⁶ SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 647.

²⁷ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, cit., p. 815; TALLON, D.: “Article 79”, cit., pp. 582-583.

²⁸ SAP Murcia, 25 mayo 2012 (JUR 2012, 232460). El tribunal consideró que el requisito de imprevisibilidad no se había cumplido ya que el vendedor era una empresa especializada en el sector de las especias en la que debe primar la seguridad, la protección y la salud de los consumidores y en dónde la investigación para la evaluación del riesgo de los productos que se suministran se revela como *esencial*, debiendo extenderse a dicha investigación la diligencia exigible; por tanto, no puede enlazarse la imprevisibilidad con la inexistencia de una alerta previa o con el hecho de que la presencia de aquellos colorantes sintéticos no se hubiese revelado con anterioridad en el sector. Además, se trataba de un producto adquirido de Uzbekistán y dado que era la primera vez que se compraba en dicho país, se decidió comprarlo en cáscara para una mayor seguridad, lo que ya denotaba cierta desconfianza en la mercancía.

Efetio Lamias (Court of Appeals of Lamia), Grecia, 2006, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060001gr.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal resolvió que el vendedor no podía reclamar la exención de responsabilidad pues era consciente de que debido a la sequedad la producción y oferta de semillas de girasol se limitarían para el año específico del cumplimiento; además el descenso del nivel del río Danubio (por donde se transportaría la mercancía) tampoco puede constituir un impedimento ajeno a su control ya que el mismo evento había ocurrido hace varios años y en vista de esta experiencia era previsible.

²⁹ FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., pp. 270-271; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.; LOOKOFKY, J.: “Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's ‘Competing Approaches to Force Majeure and Hardship’”, *International Review of Law and Economics* (2005), vol. 25, núm. 3º, p. 438; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 580.

compraventa a largo plazo donde los operadores del comercio conocen y asumen el riesgo del negocio³⁰. Este presupuesto es sin duda uno de los más complicados de probar, pues en cierta medida todos los obstáculos potenciales en el mundo de los negocios son previsibles; sin embargo, su evaluación no será tan estricta al quedar atenuado con el test de *razonabilidad* que se requiere, no sólo para el impedimento en sí, sino también para el momento de su ocurrencia. La imprevisibilidad, entonces, ha de apreciarse en el momento de la celebración del contrato y según una regla objetiva, la de una persona razonable de la misma condición y en las mismas circunstancias.

Sobre el particular, la doctrina³¹ considera que esta persona razonable en el ámbito de la CISG se caracteriza por ser: 1) Un comerciante *profesional* que despliega actividades tales que le permitan colocarse mentalmente en la posición de la otra parte a fin de prever diferentes eventos relacionados con las operaciones comerciales, por ejemplo, analizando la situación del país en dónde se fabrican los productos o en dónde debe efectuarse la entrega; 2) Un comerciante *reflexivo* moderado (desde el punto de vista económico), que trata de adoptar las medidas oportunas tendientes a evitar o superar el impedimento que obstaculiza la ejecución de la obligación, incluso a través de un cumplimiento sustitutivo; 3) Un comerciante *eficiente*, más allá del buen padre de familia³², en consecuencia, no se trata del modelo de conducta de

³⁰ Cour d'Appel de Colmar, Francia, 12 junio 2001, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=814>, confirmada por la Cour de Cassation, 30 junio 2004, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=981> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal rechazó el argumento del comprador de que su decisión de no aceptar la entrega de las mercaderías (carcasas de aparatos de aire acondicionado para camiones) se debió a un acontecimiento imprevisible. A su criterio a pesar del colapso del mercado de la automoción, la reducción de precio de recompra (inferior en un 50% al precio de las piezas) impuesta por el cliente final al comprador constituye un evento previsible, más aún cuando se trata de contratos de larga duración como en el presente caso, en los cuales deben preverse cláusulas de *hardship*.

³¹ Cfr. DÍAZ BRAVO, A.: “En torno al concepto de lo razonable en la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales sobre el derecho mercantil internacional* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDENA). Madrid (2005): Colex, p. 499; KESSEDJIAN, C.: “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *International Review of Law and Economics* (2005), vol. 25, núm. 3º, p. 418; NICHOLAS, B.: “Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en AA.VV.: *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (coord. por GALSTON/SMIT). New York (1984): Matthew Bender, p. 9 y p. 24, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html> (Consulta: 20 de septiembre de 2014); VIDAL OLIVARES, A.: “La noción de la persona razonable en la compraventa internacional”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, tomo II (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ). Madrid (2003): Civitas, pp. 3288-3290.

³² Según TALLON, D., “Article 79”, cit., pp. 580-581, por persona razonable puede entenderse al buen padre de familia, aquél que se encuentra a mitad de camino entre el

una persona de prudencia media sino que se requiere una mayor exigencia y rigurosidad en la conducta del comerciante; 4) Un comerciante *honesto, leal y correcto* que observe las exigencias del principio de buena fe contractual; y 5) Un comerciante *conocedor de los usos y la práctica comercial internacional*, puesto que de otro modo no podría ubicarse en las mismas circunstancias en que se encuentran las partes al formular sus declaraciones y realizar los demás actos denotativos de sus respectivas intenciones. En cuanto al test de razonabilidad del momento de ocurrencia del impedimento, este puede ser de gran importancia a la hora de determinar las posibilidades que tiene la parte incumplidora para superar el impedimento, es decir, si el impedimento ocurre con bastante antelación a la fecha de entrega pactada, éste es más fácil de superar que un impedimento que ocurre próximo a la fecha acordada³³.

D) Imposibilidad de evitar o superar el impedimento o sus consecuencias.

Esta regla obedece a la política según la cual el deudor debe hacer todo lo posible para llevar a cabo su obligación sin esperar eventos que más tarde puedan justificar su incumplimiento, consiguientemente aun cuando el impedimento pudo ser previsible, la parte incumplidora debe demostrar que las consecuencias fueron *inevitables* o *insuperables*³⁴. Al ser complicada la distinción entre lo que es posible y lo que es imposible de evitar o superar, se requiere un análisis de cada caso en particular, atendidos los medios de que disponga el deudor, por lo mismo no se exige una inevitabilidad absoluta. Por *evitar* el impedimento puede entenderse que el deudor debe realizar todas

pesimista empedernido que prevé toda suerte de desastres y el optimista resuelto que nunca espera la menor desventura.

³³ Cfr. CALVO CARAVACA, A. L.: “Las disposiciones comunes a vendedor y comprador en la Convención de Viena”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil: Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II. Valladolid (1998): Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico Universidad de Valladolid, p. 1195; CASTELLANOS RUIZ, E.: “Compraventa internacional”, cit., p. 299; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 216; TAMAYO CARMONA, J.: *Responsabilidad y riesgo contractual*, cit., p. 41.

³⁴ International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, Estados Unidos de América, 23 octubre 2007, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>, confirmado por U.S. District Court, Southern District of New York (Federal Court of 1st Instance), 16 abril 2008, que puede consultarse en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080416u1.html>, confirmado por U.S. Court of Appeals, Second Circuit, (Federal Appellate Court), 26 mayo 2009, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090526u1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que la prohibición de importación de la mercancía (trozos de pollo congelado) no sólo se encontraba fuera del control del vendedor sino que también no podría haber sido razonablemente previsto en el momento de la celebración del contrato; sin embargo, sostuvo que se podría haber evitado razonablemente la prohibición de haberse enviado la mercancía al puerto alternativo propuesto por el comprador, por ende, el vendedor no puede ser exonerado por su incumplimiento.

las medidas de protección necesarias para prevenir la realización de una perturbación que se avecina claramente; mientras que *superar* el impedimento que ya se ha ocasionado significa que deberá efectuar todas las acciones necesarias para eludir las consecuencias de la perturbación lo más pronto posible³⁵.

El impedimento inevitable o insuperable no tendrá carácter exoneratorio si el deudor puede o es requerido a ofrecer una alternativa comercialmente razonable para cumplir su obligación. Ello ocurre principalmente cuando sólo se afecta la modalidad de la prestación (medio de transporte, de pago o embalaje), pues aunque ello suponga una modificación unilateral, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento al ser contrario al principio de buena fe establecido en el art. 7(1) CISG³⁶. Por último, la inevitabilidad del impedimento que impone una cierta obligación de diligencia y cuidado, no basta para calificar el incumplimiento como causa de exención, por lo que también se estará al juicio de cómo una *persona razonable* con los mismos conocimientos y experiencia hubiese actuado en una situación similar.

4. Distintas posiciones doctrinales sobre el tema.

En principio, cabe señalar que las fluctuaciones del mercado que provocan una situación de excesiva onerosidad no son consideradas un *impedimento* acorde a los términos del párrafo (1) del art. 79 CISG³⁷; sin embargo, ello no

³⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, A. L.: “Las disposiciones comunes”, cit., p. 1195; ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 324; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 216; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 581.

³⁶ *Vid.* PERALES VISCASILLAS, P.: “El contrato de compraventa internacional”, cit.; SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 647 y p. 655; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 582.

³⁷ Bulgarska turgosko-promishlena palata, Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, Bulgaria, 12 febrero 1998, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=420> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que una evolución negativa de la situación del mercado, los problemas con el almacenamiento de las mercancías, la revaluación de la moneda de pago y una disminución del volumen de comercio en el sector de la construcción, se consideran eventos que forman parte del riesgo comercial del comprador y, por lo tanto, no son impedimentos que permitan la exención de responsabilidad.

Rechtbank van Koophandel Hasselt (District Court), Bélgica, 02 mayo 1995, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=263> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que la caída significativa del precio de mercado de los bienes adquiridos después de la celebración del contrato no constituía un impedimento que exime al comprador por la falta de cumplimiento, ya que las fluctuaciones de los precios son eventos previsibles en el comercio internacional y lejos de hacer imposible el cumplimiento se traducen tan sólo en la pérdida del bienestar económico incluido en el riesgo normal de las actividades comerciales.

quiere decir que fluctuaciones desproporcionadas y totalmente imprevistas no puedan llegar a constituir un *impedimento*. Esta es una cuestión que ha sido evaluada desde distintas perspectivas, aunque la mayoría de los argumentos han sido desarrollados, principalmente, dentro de las “*Four Corners*”³⁸ de la CISG con el propósito de promover la uniformidad en su aplicación, en vez de recurrir a las normas aplicables que sobre la figura de la excesiva onerosidad contienen los Derechos nacionales³⁹.

Así, parte de la doctrina⁴⁰ aprecia que la única excusa contenida en el art. 79(1) CISG debe interpretarse como un supuesto de imposibilidad absoluta o de fuerza mayor. Otros autores⁴¹ sostienen que dicha norma es lo suficientemente flexible para comprender situaciones de excesiva onerosidad y que en virtud de lo establecido en su párrafo (5) los efectos de la exención tan sólo se limitan a la imposibilidad de exigir los daños y perjuicios derivados. Y, por otro lado, otro sector de la doctrina⁴² admite que esta figura es una cuestión gobernada, pero no resuelta por la CISG, de modo que existe un vacío legal que debe resolverse conforme al sistema de integración de lagunas del art. 7(2) CISG, esto es, remitiéndose a los principios generales en los que se basa dicho instrumento, de lo contrario mediante un argumento fundado en la moderna configuración de la excesiva onerosidad, otros autores⁴³ son de la opinión que debe aplicarse los Principios UNIDROIT que sirven de complemento de interpretación a los principios generales de la CISG, siendo posible obligar a las partes a renegociar y adaptar el contrato al

³⁸ ZELLER, B.: *Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2003), tesis doctoral disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html#chp4> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En una posición contraria a resolver la cuestión sólo en el ámbito de la CISG, LOOKOFSKY, J.: “Walking the Article 7(2) Tightrope between CISG and Domestic Law”, *Journal of Law and Commerce* (2005), vol. 25, pp. 101-103, es de la opinión que hasta que no existan precedentes persuasivos que establezcan el derecho preferente con relación al supuesto de excesiva onerosidad, la “competencia” entre una exención del art. 79 CISG y las normas internas que sobre dicha figura regulan los distintos ordenamientos jurídicos, sigue siendo la opción más viable para resolver el problema. En ese sentido, cuando exista una excesiva onerosidad sobrevenida, el autor considera que la regla de la “conurrencia” puede ser más razonable para encontrar una solución antes que la aplicación del derecho preferente.

³⁹ Según HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 615, el art. 7 CISG obliga a interpretar sus disposiciones “teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”, objetivo que sólo podrá lograrse si los intérpretes de la CISG purgan sus mentes de los presupuestos derivados de las tradiciones nacionales y, con los ojos inocentes, leen el texto del art. 79 CISG a la luz de las prácticas y las necesidades del comercio internacional.

⁴⁰ Cfr. *infra* nota 44.

⁴¹ Cfr. *infra* nota 48.

⁴² Cfr. *infra* nota 51.

⁴³ Cfr. *infra* nota 59.

nuevo marco contractual. En ese contexto, estas distintas posiciones doctrinales que respaldan tanto una interpretación restrictiva o una interpretación amplia del tema, pueden fundarse para una mejor comprensión sobre tres argumentos: 1) En torno al concepto jurídico de impedimento del art. 79 CISG; 2) En base a la aplicación del principio de buena fe del art. 7(1) CISG; y 3) En la existencia de una laguna normativa en la CISG que debe ser suplida por los Principios UNIDROIT en virtud del art. 7(2) CISG.

A) En torno al concepto jurídico de impedimento del art. 79 CISG.

Un sector de la doctrina⁴⁴ así como también parte de la jurisprudencia⁴⁵ sostiene que de la elaboración del proyecto del párrafo (1) del art. 79 CISG, puede entenderse que la CISG regula el sistema de responsabilidad de manera autónoma con el término *impedimento*, con la intención de adoptar un

⁴⁴ Cfr. FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., pp. 277-280; y en “Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108”, (2002), artículo disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html#er> (Consulta: 20 de septiembre de 2014); JENKINS, S., “Exemption for Nonperformance”, cit., p. 2025 y p. 2029; KESSEDIAN, C., “Competing Approaches”, cit., pp. 419-420; MARCHAL ESCALONA, N.: “La cláusula de *hardship* en la contratación internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (2002), pp. 97-98; SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Hardship en la contratación internacional: Principios comunes para una unificación desde el derecho comparado”, en AA.VV.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II (coord. por SALINAS/VARGAS). Sevilla (2005): Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Córdoba y Málaga, p. 1273; y en “Frustración del contrato”, en AA.VV.: *Derecho contractual comparado: Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed. (coord. por S. SÁNCHEZ LORENZO). Navarra (2013): Aranzadi, p. 1417; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 594.

⁴⁵ Court of Tukums District, Letonia, 05 mayo 2010, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/100505L3.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el vendedor no podía quedar exento de responsabilidad por las dificultades financieras que resultaron después de la celebración del contrato.

Oberlandesgericht Hamburg (Court of Appeal), Alemania, 04 julio 1997, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=438> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En opinión del tribunal si bien las condiciones climatológicas habían reducido la producción de tomates provocando un aumento de su precio en el mercado, ello no significa el perecimiento de toda la cosecha; por ende, el vendedor no queda exonerado de responsabilidad pues su cumplimiento era todavía posible.

Tribunale Civile di Monza (District Court), Italia, 14 enero 1993, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=21> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En el presente caso la CISG no fue aplicable, aunque el tribunal sostuvo que aún en el caso de serlo no se podía considerar al vendedor exento de responsabilidad sobre la base de un aumento significativo de la materia prima (aproximadamente 30%), ya que si bien se produce el desequilibrio contractual, el art. 79 CISG no recoge la situación de excesiva onerosidad como supuesto de exención.

criterio unitario de exoneración que se refiere a la *imposibilidad absoluta* de cumplimiento que impide al deudor ejecutar su prestación; dejando de lado a la institución de la cláusula *rebus sic stantibus* y a las distintas tradiciones terminológicas de los Derechos nacionales basadas en un cambio de las circunstancias del que deviene una excesiva onerosidad.

Igualmente de las discusiones sobre el proyecto del párrafo (3) del art. 79 CISG puede inferirse otro rechazo a la aplicación de la excesiva onerosidad, fundamentada en dos propuestas presentadas por la delegación Noruega durante la Conferencia Diplomática⁴⁶, al considerar que no era conveniente que la exención de responsabilidad culminase al mismo tiempo que el impedimento dejara de existir, particularmente, en los contratos a largo plazo en los que las circunstancias podían haber cambiado radicalmente de manera que no sería razonable exigir la ejecución, por lo tanto, tendría que regularse la exención permanente del incumplimiento. La primera propuesta no fue aprobada sobre la base de que la misma ya había sido rechazada en los trabajos preparatorios del Proyecto de Convención de UNCITRAL de 1978. La segunda propuesta fue aceptada y la palabra *sólo* fue omitida del texto del art. 79(3) CISG. Si bien no hay declaraciones explícitas de los redactores de la CISG con respecto a las razones que motivaron la adopción de esta segunda alternativa, LINDSTRÖM⁴⁷ es de la opinión que no puede interpretarse que el contenido de la primera propuesta (rechazada) haya sido aceptada en las palabras de la segunda, ello resultaría en un peligroso intento por forzar el significado de la norma. El autor agrega que es inaceptable pretender que la supresión del término *sólo* deje abierta la posibilidad a la exoneración de responsabilidad y a la liberación permanente del cumplimiento de las obligaciones, de ser así el art. 79 CISG se constituiría como una disposición extremadamente vaga e influenciada por las normas sobre la alteración de las circunstancias de la legislación nacional propia de los intérpretes, contraria al objetivo de uniformidad que debe primar en la aplicación de la CISG.

Sin embargo, a pesar de lo señalado en los párrafos anteriores, lo cierto es que no existe una definición de lo que puede comprenderse por un *impedimento* susceptible de ser calificado como excusable al amparo de la

⁴⁶ Sobre esta cuestión cfr. Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 10 de marzo - 11 de abril de 1980, Documentos Oficiales (A/CONF.97/19), New York, Naciones Unidas, 1981, pp. 144-146 y pp. 408-409, disponible en web: www.uncitral.org (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁴⁷ LINDSTRÖM, N.: "Changed Circumstances and Hardship", cit. Parecidamente, NICHOLAS, B.: "Impracticability and Impossibility", cit., pp. 17-18, mantiene una postura escéptica a la posibilidad de que un tribunal interprete que el art. 79(3) permita una exención permanente y añade que incluso en el supuesto que esta interpretación fuese factible el deudor sólo estará exento de responsabilidad por los daños y perjuicios, pudiendo ser requerido a cumplir su obligación.

CISG, toda vez que el art. 79(1) CISG sólo exige que se trate de un *impedimento* ajeno a la voluntad (eventos externos a la esfera de control) y que razonablemente sea imprevisible, inevitable e insuperable, sin hacer alusión a ningún tipo de *impedimento* imposible de superar o difícil de cumplir. Así, otro sector de la doctrina⁴⁸ considera que existe una cierta flexibilidad para definir el concepto de *impedimento*, al tratarse de una palabra elástica que según como se la interprete podrá aplicarse a más o menos supuestos. De ahí que, a través de una interpretación amplia deba permitirse que *cambios radicales e inesperados de las circunstancias* que hacen el cumplimiento más oneroso o gravoso, puedan ser considerados como obstáculos en el ámbito de aplicación del art. 79(1) CISG, pues la barrera evocada por el uso del término *impedimento* no se limita a las barreras físicas o legales al cumplimiento. En cuanto a la supresión del término *sólo* manifiestan que el objetivo fue evitar cualquier impresión de que el art. 79(3) CISG establece una regla rígida requiriendo la continuación de las relaciones contractuales sobre las bases originales, sin importar el tiempo de duración del impedimento o la magnitud de la alteración de las circunstancias⁴⁹. Quiere ello decir que la adopción de la segunda propuesta deja abierta la posibilidad a la exención definitiva en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, si dicha situación puede equipararse y reconducirse a los presupuestos establecidos por la regla general del art. 79(1) CISG.

B) En base a la aplicación del principio de buena de del art. 7(1) CISG.

Una segunda línea argumental tiene su fundamentación en el principio de

⁴⁸ Cfr. CISG-AC OPINION N° 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor GARRO, A. M., 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, pp. 18-20, disponible en web: www.cisgac.com (Consulta: 20 de septiembre de 2014); GARRO, A.: "Comparison between Provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)", (2005), artículo disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., pp. 626-627; LINDSTRÖM, N.: "Changed Circumstances and Hardship", cit.; NICHOLAS, B.: "Impracticability and Impossibility", cit., pp. 2-5; RIMKE, J.: "Force Majeure and Hardship", cit., pp. 226-227; SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law*, cit., p. 102; VALLEBELLA, J.: "La excesiva onerosidad en la Convención de Viena a propósito de la novedosa jurisprudencia sentada en el caso Scafom International", (2011), artículo disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vallebella.pdf> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁴⁹ Cfr. HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 637; RIMKE, J.: "Force Majeure and Hardship", cit., p. 223; SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law*, cit., p. 102 (nota 423) y p. 105; STOLL, H./GRUBER, G.: "Article 79", cit., pp. 830-831; TAMAYO CARMONA, J.: *Responsabilidad y riesgo contractual*, cit., p. 52.

buena fe consagrado en el art. 7(1) CISG. Algunos autores⁵⁰, son de la opinión de que este principio no puede ser utilizado para eludir las soluciones que están contempladas de manera expresa por la CISG, ya que tan sólo constituye una herramienta más que los jueces o árbitros deben aplicar para la interpretación de dicho instrumento. Por consiguiente, el concepto de buena fe no puede considerarse como fundamento jurídico del supuesto de excesiva onerosidad, de ser así la armonización y la uniformidad de la CISG no se alcanzarían.

Por el contrario, otro sector de la doctrina⁵¹ manifiesta que una imprevisible excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo de una de las partes (causada por el cambio radical de las circunstancias) debe tener un *límite del sacrificio*, más allá del cual en vista de las severas desventajas económicas involucradas no es posible suponer que se cumpla lo pactado. En tal sentido, conforme lo dispone el art 7(1) CISG, justifican la existencia de dicha figura únicamente sobre *la exigencia del principio de buena fe* que debe promoverse en las transacciones internacionales, pues es tipo de perturbación al equilibrio contractual no se entiende como perteneciente al concepto del término impedimento regulado en el art. 79(1) CISG. Además, se ha reconocido en la práctica judicial internacional⁵² que el concepto de buena fe no constituye un

⁵⁰ Cfr. BRIDGE, M.: *The international sale of goods: Law and practice*. New York (1999): Oxford University Press, p. 59; FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., p. 280; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 594, los autores manifiestan que durante la Conferencia Diplomática algunos delegados apoyaban la regla general según la cual al menos en el momento de la formación del contrato las partes debían respetar el principio de *trato justo* y los cánones del principio de *buena fe*; mientras que otros delegados estaban en contra de optar por dicha regla basándose en que dichos principios no tenían ningún significado fijo. Dada la divergencia interpretativa que suscitó dicha cuestión en la aplicación de la CISG, los delegados de la Conferencia Diplomática decidieron adoptar un *compromiso* que implicaba que el principio de buena debía limitarse a la interpretación de las disposiciones de la CISG. De esa manera, a diferencia de lo que se establece en el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT en los que el principio general de buena fe implica una obligación que las partes deben observar en el cumplimiento de sus obligaciones, en la CISG dicho principio sólo constituye una herramienta más que el tribunal debe aplicar para su interpretación.

⁵¹ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, cit., pp. 822-826. Parecidamente, ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 325; KESSEDIAN, C., “Competing Approaches”, cit., p. 420.

⁵² Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 julio 2009, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1472> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal resolvió que el vendedor había quebrantado el principio de buena fe recogido en el art. 7(1) CISG, así como el deber general de cooperación y de información que debe existir entre las partes.

International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, Rusia, 08 febrero 2008, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1497> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal concluyó que el vendedor no había actuado de conformidad con uno de los

mero instrumento interpretativo⁵³ sino uno de los principios generales en los que se basa la CISG y, por lo tanto, implica una obligación o regla de conducta que debe exigirse a las partes en el cumplimiento de sus obligaciones⁵⁴. Incluso aun cuando la observancia de la buena fe fuese sólo un instrumento que sirve de ayuda en la interpretación de normas específicas de la CISG, sin referirse a la conducta de las partes en la formación y cumplimiento del contrato o a la interpretación de sus intenciones, dicha *regla de buena fe* puede lograrse a través de la exigencia de actuar de acuerdo al estándar de una “persona razonable”⁵⁵ conforme a lo expresado en varias disposiciones de la CISG.

principios básicos del comercio internacional, es decir, el principio de buena fe regulado en los arts. 1.7 PICC y 7(1) CISG; y que de acuerdo con el art. 5.1.2 PICC es una obligación implícita que las partes tienen que observar durante toda la vida del contrato.

Tribunale di Padova - Sez Este, Italia, 31 marzo 2004, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=966> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el vendedor no había violado el principio de buena fe y trato justo, considerado un principio general de la CISG de acuerdo a lo dispuesto en el 7(1) CISG.

Hof van Beroep Gent, Bélgica, 15 mayo 2002, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=940> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal concluyó la existencia del contrato a la luz de las circunstancias y del principio general de buena fe.

Tribunal de Commerce (District Court) Besançon, Francia, 19 enero 1998, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=416> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal a fin de determinar el monto de los daños tomó en cuenta que el evento era ajeno a la voluntad del vendedor y que además éste había actuado de “buena fe” según lo dispuesto en el art. 7(1) CISG.

⁵³ Según FERRARI, F.: “Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2003, vol. 7, p. 75, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>; y en “Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1994-1995, vol. 24, pp. 210-211, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/franco.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014), si la buena fe fuese concebida como un mero instrumento de interpretación, al no existir una definición expresa de lo que debe comprenderse por dicho concepto se crearían problemas para los tribunales a la hora de determinar cómo y cuándo aplicarla, lo cual llevaría inevitablemente a diferentes interpretaciones, produciéndose un conflicto con el principio de uniformidad que rige la CISG.

⁵⁴ BONELL, M. J.: “Article 7”, en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA./M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffrè, pp. 84-85; PERALES VISCASILLAS, P., “Una aproximación al artículo 7 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (Aplicaciones concretas en la parte II de la Convención)”, *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio* (1995), núm. 16°, pp. 75-77 y nota (37); ZELLER, B.: *Four-Corners*, cit., manifiesta en el Capítulo IV de su tesis que el principio general de buena fe constituye más que un mero instrumento de interpretación, a pesar que la historia de la CISG avale una posición contraria pues lo cierto es que la historia es inexacta y puede tener múltiples interpretaciones.

⁵⁵ NICHOLAS, B.: “Impracticability and Impossibility”, cit., p. 9 y p. 14; SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law*, cit., p. 39.

C) Existencia de una laguna normativa en la CISG que debe ser suplida por los principios UNIDROIT en virtud del art. 7(2) CISG.

El desequilibrio resultante de una imprevisible alteración de las circunstancias que produce una situación de excesiva onerosidad, es para otro sector de la doctrina una situación gobernada, pero no resuelta en la CISG, es decir, se trata de una laguna normativa que podría resolverse a través de la aplicación de sus *principios generales*, en virtud del mecanismo de integración establecido en el art. 7(2) CISG. Sin embargo, estos principios no se encuentran expresamente regulados en la CISG, pues a excepción del principio de buena fe es la doctrina y la jurisprudencia las que han propuesto la mayoría de los principios generales destilándolos a partir de su propio contenido, tal como, el principio de razonabilidad⁵⁶ o el principio de conservación del contrato⁵⁷.

Así, al no poderse concluir ningún principio general para fundamentar la solución al problema de la excesiva onerosidad y teniendo en cuenta que dichos principios no sólo se deducen de la propia CISG sino también de fuentes externas cuando constituyan “principios generales reconocidos internacionalmente”⁵⁸, algunos autores⁵⁹ consideran que éstos se encuentran contenidos en los Principios UNIDROIT al constituir el instrumento adecuado para complementar la tarea de interpretación de la CISG. Además, en su opinión aun cuando la CISG sirvió de punto de referencia principal para la elaboración de los Principios UNIDROIT, los redactores de este texto internacional (al no tener la necesidad de defender el enfoque de sus Derechos nacionales propio a la naturaleza oficial de una Conferencia Diplomática) optaron por derogar o ampliar las disposiciones de la CISG en lo que consideraron apropiado con el objetivo de hacer frente a las distintas cuestiones que fueron excluidas o insuficientemente reguladas, tal como la figura de la excesiva onerosidad reconocida expresamente en el art. 6.2.2 Principios UNIDROIT. Por consiguiente, aconsejan la utilización de los Principios UNIDROIT por razones de equidad para las partes ya que recurrir al Derecho uniforme resulta más justo para sus intereses. Inclusive, según

⁵⁶ Artículos 8, 25, 35, 77 y 79 CISG.

⁵⁷ Artículos 19, 25, 49 y 71 CISG.

⁵⁸ LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.

⁵⁹ Cfr. BONELL, M. J.: “The UNIDROIT Principles of international commercial contracts and CISG: Alternatives or complementary instruments?”, *Uniform Law Review* (1996), vol. 26, pp. 32-36; y en *An International Restatement of Contract Law*, 2ª ed. New York (1997): Transnational Publishers, pp. 76-78; GARRO, A.: “The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and CISG”, *Tulane Law Review* (1995), vol. 69, pp. 1159-1160; MOMBERG URIBE, R.: “Compraventa internacional de mercaderías: El deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (2012), núm. 18º, pp. 115-116.

GARRO⁶⁰, aunque el sistema de integración de lagunas permita como segunda alternativa recurrir al Derecho interno designado por la norma de conflicto, es preferible que esta cuestión se resuelva dentro de los límites de la CISG, *debiendo aplicarse el Derecho interno sólo como último recurso*, de lo contrario ello conducirá a una gran variedad de potenciales soluciones jurídicas, infringiendo el principio de uniformidad que debe prevalecer⁶¹.

En sentido contrario, otra parte de la doctrina⁶² considera que dicha tesis vulnera el contenido de la CISG, que prevé expresamente una guía para resolver los vacíos legales a través de dos métodos de integración: 1) Los principios generales en los que se basa, o a falta de tales principios, 2) De acuerdo a la legislación nacional aplicable. Por ello, por una parte, de no existir un principio general que expresa o implícitamente resuelva el problema de la excesiva onerosidad, no puede pretenderse la utilización de principios internacionales como los Principios UNIDROIT para complementar y solucionar los vacíos de la CISG, pues conforme al sistema propuesto en el art. 7(2) CISG el recurso a estos principios internacionales

⁶⁰ GARRO, A.: “Comparison between Provisions”, cit.; y en “The Gap-Filling”, cit., pp. 1152-1153. En la ICC International Court of Arbitration, 2004, Arbitral Award n° 12460, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1433> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal señaló que las deficiencias de la CISG deben ser resueltas en base a sus principios generales, los cuales se contienen y fueron desarrollados posteriormente en los Principios UNIDROIT, en consecuencia, sólo cuando la solución no puede encontrarse en los Principios UNIDROIT, el recurso a la legislación nacional aplicable se encuentra justificada.

⁶¹ Según HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., pp. 623-624, sería erróneo preferir las normas de Derecho interno en las cuestiones donde la CISG no se expresa con suficiente claridad; sin embargo, con relación al problema de la excesiva onerosidad es de la opinión que a fin de encontrar soluciones es necesaria toda la ayuda que se pueda conseguir. En ese sentido, considera que el tribunal deberá adoptar un enfoque de “Derecho comparado” y examinar las pautas y tendencias actuales del Derecho interno moderno en la medida que sean compatibles con las necesidades del comercio internacional. De ese modo, hace hincapié en el valor especial de las tendencias jurídicas que reflejan una nueva redacción cuidadosa y la modernización de los conceptos jurídicos tradicionales y arcaicos. No obstante, expresa que si este método no sirve se tendrá que examinar la cuestión en el marco del Derecho interno pertinente. En contra, TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 595, concluye que este enfoque puede despertar el nacionalismo de los jueces, lo que finalmente conducirá a la aplicación de las leyes nacionales. Igualmente, ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International sales law*, cit., p. 320.

⁶² Cfr. FERRARI, F.: “Gap-Filling”, cit., p. 90; FLAMBOURAS, D., “The Doctrines of Impossibility”, cit., pp. 287-289; FLECHTNER, H.: “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* (2011), núm. 3º, pp. 95-97, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner10.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); KESSEDIAN, C., “Competing Approaches”, cit., p. 420 y p. 431; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.; SLATER, S.: “Overcome by hardship: The inapplicability of the UNIDROIT Principles' hardship provisions to CISG”, *Florida Journal of International Law* (1998), vol. 12, pp. 261-262.

está completamente excluido, a menos que *las partes hayan expresamente acordado su aplicación*. Y, por otro lado, aun cuando existiese una brecha en la CISG en relación a esta figura, es inapropiado recurrir a los Principios UNIDROIT antes que al Derecho nacional para resolver el problema, toda vez que dicha teoría parece fundarse en mayor medida en el lenguaje y el propósito de los Principios UNIDROIT que en el texto mismo de la CISG⁶³. Además, no es del todo exacto el argumento que los Principios UNIDROIT constituyen el *restatement* moderno de los principios generales del Derecho comercial internacional, pues existen cuestiones en las que éstos se han apartado deliberadamente de las tradiciones jurídicas reconocidas con el fin de lograr las mejores soluciones aun cuando no hayan sido adoptadas en general⁶⁴. En ese contexto, son de la opinión que ante la existencia de un supuesto de excesiva onerosidad del contrato⁶⁵, a pesar de que diversos artículos de los Principios UNIDROIT reflejan los principios generales que inspiran la CISG, el tribunal deberá abstenerse de utilizarlos como complemento de interpretación, tomando como fundamento que en esta cuestión existen sustanciales incongruencias entre estos dos instrumentos internacionales, principalmente, en lo referente a los efectos jurídicos, esto es, a la posibilidad de renegociar y adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, remedios que no se encuentran implícita ni expresamente contemplados en la CISG.

⁶³ *Vid.* SLATER, S.: “Overcome by hardship”, cit., pp. 252-253 y pp. 259-262.

⁶⁴ Se ha resuelto en algunos casos que la regla de *hardship* dispuesta en los Principios UNIDROIT no constituye un uso del comercio internacional universalmente aceptado. Así, ICC International Court of Arbitration, 2004, Arbitral Award n° 12446, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1424> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); ICC International Court of Arbitration, Paris, julio 1997, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=641> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁶⁵ Sin perjuicio de la interpretación restrictiva en relación al supuesto de la excesiva onerosidad, por otra parte SLATER, S.: “Overcome by hardship”, cit., p. 253 y pp. 261-262, teniendo en cuenta el carácter de internacionalidad y uniformidad de la CISG, es de la opinión que puede justificarse en otros supuestos el recurso *limitado* a favor de la utilización de los Principios UNIDROIT, sólo si la cuestión no puede resolverse en base a los principios generales de la CISG o, en su defecto, es muy difícil o imposible de decidir la controversia en virtud de la legislación nacional aplicable y siempre que no existan incongruencias entre los métodos de integración indicados y el Principio UNIDROIT invocado. En una interpretación similar se pronuncia RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 237 y p. 240, manifestando que los Principios UNIDROIT pueden ser considerados como una posible base para complementar las disposiciones del art. 7(2) CISG; sin embargo, en el caso concreto de la excesiva onerosidad ello no es posible ya que no constituye una laguna de la CISG.

IV. PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LA CISG.

1. Presupuestos.

Con el propósito de facilitar la evaluación de un supuesto de excesiva onerosidad como un *impedimento* en el alcance de la CISG, es conveniente analizar el art. 79(1) CISG conjuntamente con las disposiciones que sobre esta cuestión se regulan en otros textos internacionales como los Principios UNIDROIT, PECL, CESL y DCFR, así como también con lo previsto por algunos sistemas jurídicos de nuestro entorno. De esa manera, *los posibles presupuestos* para la aplicación de esta figura, que de alguna manera son comunes en los textos citados, pueden ser los siguientes:

En primer lugar, conforme lo establecen los arts. 6.2.2 Principios UNIDROIT, 6:111(2) PECL, 89(1) CESL, III. – 1:110(2) DCFR y el art. 1467 CC italiano y § 313(1) BGB, no basta que el incumplimiento del contrato haya devenido más oneroso, sino que es imprescindible que el cambio radical de los acontecimientos produzca *una alteración esencial del cumplimiento que convierte la prestación del deudor en una carga excesivamente onerosa de ejecutar*⁶⁶. Esta alteración esencial puede manifestarse de dos formas⁶⁷: 1) Por un incremento sustancial del costo de cumplimiento⁶⁸, como por ejemplo, el drástico aumento en el precio de la materia prima necesaria o la promulgación de normas legales de seguridad que hacen más oneroso los procedimientos de producción de la mercancía; y 2) Por la devaluación sustancial del valor de la prestación⁶⁹, esta situación incluye el supuesto en que la prestación ha perdido todo valor para la parte que la recibe, así por

⁶⁶ Hof van Cassatie (Supreme Court), Bélgica, 19 junio 2009, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> (Consulta: 07 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que aunque las partes no habían pactado una cláusula de ajuste del precio, el vendedor tenía derecho a solicitar la renegociación del contrato, ya que el precio del acero aumentó inesperadamente en un 70% generando un desequilibrio fundamental de las prestaciones de las partes.

⁶⁷ UNIDROIT INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010* (ed. española bajo la dirección de A. GARRO). Madrid (2012): La Ley, p. 250.

⁶⁸ ICC International Court of Arbitration, Zürich, septiembre 1996, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=630> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El árbitro resolvió que un simple incremento en el coste de cumplimiento no constituye una situación de excesiva onerosidad.

⁶⁹ Supreme Court of Lithuania, 19 mayo 2003, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1183> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el riesgo de las fluctuaciones del precio de las acciones se considera un riesgo que debe asumir el comprador, en consecuencia, la insolvencia causada por la disminución del valor de sus acciones no puede ser alegada como una situación de excesiva onerosidad.

ejemplo, la disminución puede deberse a un cambio brusco en las condiciones de mercado o a la frustración del propósito a la que estaba destinada la prestación. En cualquier caso, la evaluación de la onerosidad del cumplimiento tendrá que realizarse comparando la situación en la que las partes concluyeron el contrato con la situación acaecida por el cambio de las circunstancias, debiendo tener en cuenta todo el contexto de la transacción comercial y no sólo la prestación de la parte afectada.

En segundo lugar, en virtud de lo dispuesto en los arts. 79(1) CISG y 6.2.2(a) Principios UNIDROIT, *los acontecimientos que provocan el desequilibrio contractual acontecen o llegan a ser conocidos después de la conclusión del contrato*, por lo que pueden haberse originado con carácter previo o posterior a dicho momento. Quiere ello decir que la parte contratante que invoca la figura de la excesiva onerosidad deberá demostrar no sólo que los acontecimientos no fueron previstos sino también que no tuvo conocimiento de su existencia antes de la conclusión del contrato⁷⁰.

En tercer lugar, de conformidad a los arts. 79(1) CISG, 6.2.2(b) Principios UNIDROIT, 6:111(2)(b) PECL, 89(3)(b) CESL y III. – 1:110(3)(b) DCFR, así como también el art. 1467 CC italiano y el § 313(1) BGB, se requiere *la imprevisibilidad razonable de los acontecimientos que originan la alteración del equilibrio contractual*⁷¹, según las circunstancias concretas que se daban en el momento de celebrarse el contrato. De no ser así el deudor deberá asumir la

⁷⁰ Por el contrario, en los arts. 6:111(2)(a) PECL, 89(3)(a) CESL y III. – 1:110(3)(a) DCFR, se establece que el cambio de las circunstancias se debe producir después de la celebración del contrato, por lo que si dichas circunstancias existían antes de su conclusión aunque fueran desconocidas por las partes, deberán aplicarse las reglas sobre el error. Sin embargo, a través de la figura del error también existe una posibilidad de mantener el contrato. Sobre estas cuestiones *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L.: “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, *Anuario de Derecho Civil* (2002), vol. 55, núm. 3º, pp. 1122-1124.

⁷¹ Tribunal de Contas da União, Brasil, 07 diciembre 2001, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1655> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que incluso si se aplicaba la *lex mercatoria* (en particular los arts. 6.2.1 y 6.2.2 PICC) no se cumplían los requisitos para declarar la existencia de un supuesto de *hardship*, ya que la depreciación del real brasileño frente al dólar estadounidense era previsible en el momento de la celebración de los acuerdos y, por tanto, el riesgo de un evento de este tipo debe ser asumido por la parte perjudicada.

ICC Court of Arbitration, Paris, 26 agosto 1989, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/896281i1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal comparó la ley aplicable con el artículo 79(1) CISG y consideró que el vendedor no podía renegociar el precio de la mercancía fijado en el contrato a pesar del aumento sufrido en el mercado, pues el cambio de las circunstancias no era repentino ni sustancial ni imprevisible. De manera que, el vendedor sólo podría ser relevado de dicha obligación si en el contrato se hubiese pactado una cláusula de ajuste de precios o en el caso de una frustración del contrato.

responsabilidad de su incumplimiento ocasionada por dichos acontecimientos pues se entiende que forman parte de su esfera de riesgo. Inclusive puede darse el caso de que los eventos fueran previsibles, pero no la magnitud de los mismos, quiere ello decir que aun cuando el impedimento pueda ser previsible, sus consecuencias deben ser inevitables e insuperables. Como indicamos anteriormente esta regla de la imprevisibilidad no puede estar sujeta únicamente al criterio subjetivo del deudor, siendo necesario medirla conforme *al criterio de una persona razonable*, es decir, conforme al criterio del comerciante especializado cuya conducta podrá calificarse de razonable si la actividad que realiza cumple con todos los estándares usualmente observados en el tráfico mercantil internacional.

En cuarto lugar, según lo dispuesto por el art. 79(1) CISG, así como por el art. 6.2.2(c) Principios UNIDROIT, tampoco se estará en presencia de un supuesto de excesiva onerosidad si los sucesos se encuentran en la esfera de control de la parte en desventaja. En otras palabras, es imprescindible que la producción de *los eventos que ocasionan la alteración del desequilibrio de las prestaciones sea ajena al ámbito de control del deudor*, dado que resulta lógico que no pueda pretender beneficiarse de los efectos derivados de una situación de excesiva onerosidad si ha influido con su poder para que dicho supuesto se produzca.

Y, en quinto lugar, de acuerdo a lo regulado en los arts. 6.2.2(d) Principios UNIDROIT, 6:111(2)(c) PECL, 89(3)(c) CESL y III. – 1:110(3)(c) DCFR y el art. 1467 CC italiano, *el riesgo de los acontecimientos que perjudica el cumplimiento del contrato no deberá haber sido asumido por el deudor*⁷², toda vez que conforme al principio de libertad contractual las partes podrían haber decidido asumir un riesgo mayor al ordinario aunque las consecuencias fuesen más desfavorables⁷³. Dicha asunción puede darse a través de una declaración expresa aunque también puede ser implícita, a consecuencia directa de la

⁷² Centro de Arbitraje de México, 30 noviembre 2006, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El árbitro consideró que un cambio climatológico que causa un incremento en los costos de la producción del vendedor no constituye un supuesto de excesiva onerosidad, ya que a su criterio un cultivador diligente debe considerar todas las posibles condiciones climáticas al celebrar un contrato y, en consecuencia, ha de asumir el riesgo del cambio de las mismas.

⁷³ Según MOMBERG URIBE, R.: “Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law: The approach of the CISG, PICC, PECL, and DCFR”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2011), vol. 2, p. 255, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf> (Consulta: 20 de septiembre de 2014), cuando el contrato incluye cláusulas expresas sobre las consecuencias de ciertos hechos atribuyéndose la carga del riesgo de su ocurrencia a una de las partes, si la intensidad o magnitud de esos eventos pueden ser considerados imprevisibles y, por tanto, totalmente fuera de las expectativas legítimas de las partes, el deudor tiene derecho a interponer el recurso de un cambio de las circunstancias.

naturaleza del contrato o por las circunstancias relevantes del caso en concreto.

Cabe indicar que resulta evidente que el supuesto de excesiva onerosidad sólo pueda aplicarse en aquellos casos en los que esté pendiente el cumplimiento de las prestaciones o exclusivamente respecto a la parte que falta por cumplir (en el caso de cumplimiento parcial). De esta manera, como manifiesta MADRID PARRA⁷⁴, no puede permitirse que la parte perjudicada por la nueva situación pretenda alegar un efecto retroactivo, dado que ello podría dar lugar no sólo a un enriquecimiento injusto sino también a la aplicación de los efectos de una excesiva onerosidad a un momento en que tal situación gravosa no existía. Por último, aun cuando los problemas derivados de esta figura pueden afectar a todo tipo de contratos, por lo general, suelen tener mayor importancia y aplicación en los contratos de larga duración, en donde la prestación de por lo menos una de las partes se prolonga durante un cierto período de tiempo⁷⁵.

2. Consecuencias jurídicas.

En el supuesto de que la CISG se aplique a una situación de excesiva onerosidad, la siguiente cuestión será delimitar cuáles serían los derechos y acciones que corresponden a las partes. Estas posibles soluciones dependerán de si se considera que dicha figura se encuentra en el alcance del art. 79 CISG o si, por el contrario, se cree que es una laguna que debe resolverse conforme al art. 7(2) CISG. Lo que queda claro en ambos argumentos es que a fin de promover la uniformidad en la aplicación de la CISG, es preferible no recurrir a ningún sistema de remedios del Derecho nacional aplicable.

A) El sistema de remedios en virtud del art. 79(5) CISG.

El sector de la doctrina⁷⁶ que efectúa una interpretación amplia del art. 79

⁷⁴ MADRID PARRA, A.: “Comentarios Sección 2”, cit., p. 317.

⁷⁵ Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “La adaptación de los contratos en el comercio internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2007), núm. 7º, p. 88; HORN, N.: “The Concepts of Adaptation and Renegotiation in the Law of Transnational Commercial Contracts”, en AA.VV.: *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (coord. por N. HORN). Deventer, Antwerp, Boston, London, Frankfurt (1985): Kluwer, p. 3.

⁷⁶ Cfr. FLECHTNER, H.: “Issues Relating to Exemption (Force Majeure) Under Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper Series Working Paper* (2008), vol. 8, pp. 7-8, disponible en web: <http://ssrn.com/abstract=1118124> (Consulta: 20 de noviembre de

CISG y cuya posición compartimos, es de la opinión que el sistema de remedios establecido en el párrafo (5) es el que debe prevalecer sobre cualquier otro, pues todos los supuestos incluso el de la excesiva onerosidad deben evaluarse conforme a los mismos requisitos a fin de configurar una causa de exención de responsabilidad, con la única diferencia que el *impedimento hará que el cumplimiento sea excesivamente oneroso, pero no imposible*. Esta regla contenida en el art. 79(5) CISG es expresa al manifestar que las partes podrán a excepción de exigir los daños y perjuicios, *ejercer todas las acciones y derechos establecidos en la CISG*, incluida la reclamación de los intereses debidos (art. 78 CISG)⁷⁷. Tampoco quedará el deudor liberado de afrontar las disposiciones contractuales que contienen medidas convencionales ante la falta de cumplimiento, por ejemplo, a través de una cláusula de indemnización o, más precisamente, una cláusula penal. Igualmente, no hay disposición alguna en la CISG que establezca que el deudor deba transmitir al acreedor la indemnización obtenida a causa de un contrato de seguro o la debida por quien dio origen al impedimento⁷⁸, en todo caso estas cuestiones sólo podrán resolverse conforme a lo dispuesto por las propias partes en el contrato o conforme lo establezca el ordenamiento jurídico competente.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el sistema de remedios del art. 79(5) CISG está acorde con un quebrantamiento del contrato, que no es precisamente la situación contemplada por el art. 79(1) CISG, algunos remedios ofrecidos por la CISG pueden resultar “poco realistas y hasta inconcebibles”⁷⁹. En ese sentido, a nuestro parecer, si sostenemos que la excesiva onerosidad se puede entender incluida en el art. 79 CISG, sólo resulta útil para los contratantes ejercer la acción de reducción del precio o la acción de resolución del contrato. Aunque en la práctica comercial suele ejercitarse la acción de cumplimiento específico de la obligación dado que legalmente nada impide exigir dicho recurso. De cualquier forma el párrafo (5) no es un texto vinculante, es decir, las partes pueden redefinir en el contrato como mejor consideren los remedios aplicables ante un

2014); HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., pp. 628-630; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., pp. 226-227; SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., pp. 642-644.

⁷⁷ Cfr. CASTELLANOS RUIZ, E.: “Compraventa internacional”, cit., p. 301; FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., p. 282; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 218.

⁷⁸ SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 653.

⁷⁹ Según TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 588, el recurso a la sustitución o reparación de las mercancías resultaría inadmisibles al entrar en contradicción con el cumplimiento de los presupuestos de exoneración de responsabilidad; así también, el otorgamiento de un plazo suplementario no sería factible dado que la prórroga permitida podría exceder del período durante el cual existe el obstáculo o entraría en conflicto con el carácter duradero del impedimento. Incluso el recurso a la ejecución forzosa de la obligación puede ser imposible en el supuesto de la pérdida o destrucción física de la mercancía que había de entregarse.

incumplimiento causado por una situación de excesiva onerosidad.

a) El derecho a *la reducción del precio* de los bienes (pagado o por pagar), regulado en el art. 50 CISG, se concede tan sólo al comprador agraviado que acepta tomar posesión de las mercaderías no conformes a lo pactado. Este remedio al haber sido redactado desde la perspectiva del comprador es considerado un recurso de auto-ayuda⁸⁰ y aunque, en principio, es compatible con el derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios, ésta no puede ser exigida cuando la situación de excesiva onerosidad constituye una causa de exención de responsabilidad. En tales circunstancias el recurso a la reducción del precio se vuelve indispensable al ser “la única forma que ofrece un alivio monetario”⁸¹.

Entonces bastara la declaración unilateral del comprador para rebajar el precio a la diferencia existente entre el valor del precio del contrato y el valor real de las mercaderías efectivamente entregadas, salvo que el vendedor subsane cualquier incumplimiento de sus obligaciones⁸² o que el comprador se niegue injustificadamente a aceptar dicho cumplimiento. Sin embargo, en la práctica es poco probable que un vendedor cumpla los términos de ajuste que impone el comprador, por lo que finalmente será el tribunal quien determine la reducción del precio de acuerdo a las circunstancias del caso en particular. Esto puede implicar una forma de modificación de los términos del contrato, motivo por el cual un sector de la doctrina avala la interpretación de que el art. 50 CISG puede ser considerado un principio de adaptación en caso excesiva onerosidad sobrevenida, cuestión a la que nos referiremos más adelante. Por último, cabe indicar que la aplicación de este remedio es independiente del hecho de que el comprador haya vendido la mercancía y a qué precio⁸³, o si el comprador es objeto de reclamaciones o

⁸⁰ *Vid.* PILIOUNIS, P.: "The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these Worthwhile Changes or Additions to English sales law?", *Pace International Law Review* (2000), vol. 12, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); LIU, C.: "Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", (2005), artículo disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁸¹ WILL, M.: "Article 50", en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA /M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffré, p. 373.

⁸² Handelsgericht des Kantons Zürich (CommercialCourt), Suiza, 10 febrero 1999, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=484> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que el comprador no tenía derecho a la reducción del precio de acuerdo con el art. 50 CISG, ya que el vendedor había subsanado su incumplimiento sin causar un retraso excesivo u otros inconvenientes, por lo que tampoco podía exigírsele el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

⁸³ Cfr. *supra* nota 52, el tribunal de Besançon teniendo en cuenta que el comprador había

demandas de indemnización, empero estas cuestiones si pueden tener un efecto sobre la cantidad de la reducción.

b) La *resolución del contrato* puede ser declarada por cualquiera de las partes siempre que la situación de excesiva onerosidad sea de carácter *esencial*, conforme lo regulado por el apartado a) del párrafo (1) de los arts. 49 y 64 CISG; y de manera singular según lo dispuesto en el apartado b), se podrá declarar la resolución contractual *por el vencimiento del plazo suplementario*⁸⁴, también conocido como *nachfrist*⁸⁵, aun cuando el incumplimiento no revista dicho carácter fundamental. Por otra parte, también podría efectuarse la resolución del contrato con entregas sucesivas, previsto en el art. 73 CISG⁸⁶, si se tiene en cuenta que la institución de la excesiva onerosidad suele tener

obtenido un beneficio de al menos una parte de las mercancías y que no había probado que todos los bienes recibidos eran defectuosos, ordenó una reducción del precio de compra en un 35%.

⁸⁴ Este recurso se encuentra íntimamente conectado con el mecanismo dispuesto en los arts. 47(1) y 63(1) CISG, que son los que facultan a las partes a otorgar un plazo de gracia para el cumplimiento de las obligaciones pendientes, mecanismo que puede repetirse más de una vez según sea su conveniencia. Cfr. GARRO, A./ZUPPI, A.: *Compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires (1990): La Rocca, p. 178; LÓPEZ LÓPEZ, A.: “Artículo 49”, en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (coord. por L. DIEZ-PICAZO). Madrid (1997): Civitas, p. 425. En contra, GOÑI URRIZA, N.: “El incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa internacional de mercancías”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales sobre el derecho mercantil internacional* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA). Madrid (2005): Colex, pp. 635-637, la autora considera que en el caso del comprador, el conceder un plazo suplementario es una obligación y no una facultad.

⁸⁵ El concepto de *nachfrist* proviene del Derecho alemán en donde era aplicado como una barrera a la resolución en forma de requerimiento. El acreedor debía dirigir a la otra parte una notificación estableciendo el plazo suplementario para que cumpla sus obligaciones, a menos que dicha ejecución ya no fuese de su conveniencia por causa del retraso o porque el plazo suplementario resultara superfluo. Si el periodo de gracia expiraba sin que se hubiese cumplido la obligación, el acreedor podía escoger entre reclamar los daños y perjuicios o la resolución del contrato, pero no podía solicitar de nuevo la ejecución. Empero, la CISG adoptó la idea de *nachfrist* no como una barrera a la resolución sino como una causa alternativa para resolver el contrato. Cfr. HONNOLD, J.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid (1987): Edersa, pp. 346-347; ILLESCAS ORTÍZ, R./PERALES VISCASILLAS, P.: *Derecho mercantil internacional: El Derecho uniforme*. Madrid (2003): Centro de Estudios Ramón Areces, p. 217.

⁸⁶ Daegu District Court, Republic of Korea, 29 abril 2010, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1713> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que la breve suspensión de cumplimiento del vendedor solicitando al comprador una renegociación de los términos contractuales, no constituía un incumplimiento esencial que permitiese al comprador declarar la resolución y el pago de los daños y perjuicios. Además, el comprador se había limitado a ignorar todas las propuestas de renegociación presentando su demanda bajo la presunción de que se había resuelto el contrato, actos que a criterio del tribunal constituyen un *incumplimiento esencial* que proporcionaron motivos suficientes al vendedor para declarar posteriormente la resolución respecto de las futuras entregas, en virtud de lo dispuesto en los arts. 73 y 25 CISG.

mayor trascendencia en los contratos de larga duración o de ejecución periódica.

Esta acción resolutoria⁸⁷, que tiene la configuración de *última ratio*, es sin duda el remedio más complejo pues obliga a cuestionarse si el incumplimiento causado por la excesiva onerosidad merece el calificativo de *esencial*, siendo necesario analizar los preceptos anteriormente indicados con el art. 25 CISG. Según esta norma quedará justificado el ejercicio de la facultad resolutoria del comprador o vendedor cuando, privado sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar del contrato, padece las consecuencias de la falta de cumplimiento, salvo que el deudor y cualquier otra persona razonable de la misma condición y en igual situación no hubieran previsto dichas consecuencias. Este incumplimiento esencial ha de consistir, entonces, en una violación de tal gravedad que afecte a la raíz o a lo más sustancial del contrato, es decir, debe frustrar los propósitos comerciales y privar sustancialmente del beneficio que se pretendía obtener⁸⁸. Por ello, lo que realmente determina la *esencialidad* no depende del montante del daño sino de las consecuencias que sufre el acreedor, pues es la lesión grave del interés contractual lo que determina la posibilidad de recurrir o no a la resolución y no la magnitud del incumplimiento en sí mismo⁸⁹. No obstante, dado que este concepto de la *esencialidad* del incumplimiento puede generar inseguridad jurídica, es recomendable por razones estrictamente precautorias y con el fin de coadyuvar a eliminar las posibilidades de litigio, que las partes

⁸⁷ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 18 abril 2008, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080418c1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El árbitro concluyó que el comprador tenía derecho a la resolución al haberse frustrado su interés contractual por el incumplimiento esencial del vendedor, quién entregó un producto que no sólo no era conforme a lo pactado sino que además no cumplía los estándares de calidad requeridos por la aduana de China, siendo clasificado como material de desecho y quedando imposibilitaba su importación.

Cfr. *supra* nota 23, el tribunal alemán señaló que el comprador no tenía derecho a declarar la resolución del contrato ya que las fluctuaciones de la moneda de pago no constituían un impedimento ajeno a su voluntad, en virtud de lo establecido en los párrafos (1) y (5) del art. 79 CISG.

⁸⁸ Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Artículo 25”, en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (coord. por L. DIEZ-PICAZO). Madrid (1997): Civitas, pp. 211-213; CLEMENTE MEORO, M.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia (1992): Tirant lo Blanch, p. 114; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías: Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Navarra (2005): Aranzadi, pp. 203-204; MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*, tesis doctoral disponible en web: <http://hdl.handle.net/10803/9414> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁸⁹ Cfr. ÁVILA DE LA TORRE-IGNACIO, A.: *Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional*. Salamanca (2006): Ratio Legis, p. 87; HONNOLD, J.: *Derecho uniforme*, cit., p. 237; LIU, C., “The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law”, artículo disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html> (Consulta: 07 de noviembre de 2014).

en ejercicio de su autonomía de la voluntad (art. 6 CISG), incluyan en el contrato los comportamientos que constituyen a su juicio circunstancias concretas de incumplimiento esencial.

Por último, cabe indicar que si bien el párrafo (5) del art. 79 CISG establece que este remedio puede aplicarse por cualquiera de las partes, lo cierto es que en estos casos el derecho a resolver el contrato queda limitado a la parte no perjudicada con la existencia de la excesiva onerosidad de la prestación.

c) La acción del cumplimiento específico de la obligación, expresión del principio *pacta sunt servanda*⁹⁰, se encuentra regulada en los arts. 46 y 62 CISG. Es considerada la acción más importante otorgada a las partes siendo la conservación del contrato uno de los objetivos principales de la CISG. No obstante, un sector de la doctrina⁹¹ manifiesta que el ejercicio de este remedio es incompatible con la aplicación del art. 79(5) CISG. En su opinión la exigencia de un cumplimiento específico capaz de no realizarse es absurda y, en consecuencia, conforme a la doctrina de la *impossibilium nulla est obligatio*, no debería ser concedida sobre todo cuando se trata de la existencia de un supuesto de excesiva onerosidad total y definitivo no imputable al deudor, como por ejemplo: 1) Un comprador no puede hacerse con la entrega de un producto químico toda vez que el gobierno ha impuesto el pago de un arancel sumamente oneroso a quien pretenda importarlo; o 2) Un vendedor no puede entregar la mercancía ya que se ha extraviado en el fondo del mar mientras era transportada y su operación de salvamento resulta excesivamente onerosa. Agregan que, en su defecto, ante este tipo de situaciones extremas debería admitirse un *límite del sacrificio*, más allá del cual no podría razonablemente esperarse que la parte en desventaja cumpla con su obligación⁹².

⁹⁰ Vid. ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 177; LIU, C., "Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law" (2005), artículo disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei3.html> (Consulta: 07 de noviembre de 2014); WILL, M.: "Article 46", en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA/M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffré, p. 335.

⁹¹ Cfr. HONNOLD, J., *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 641; NICHOLAS, B., "Impracticability and Impossibility", cit., p. 5; SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law*, cit., p. 103. Parecidamente, SALVADOR CODERCH, P.: "Artículo 79", cit., pp. 642-644 y pp. 653-654, a pesar de apoyar el efecto no extintivo de la obligación, señala que hay casos claros en los que resulta innegable la extinción de la obligación, como por ejemplo, cuando el cumplimiento supone una carga insoportable para el deudor, pero siempre en el marco estricto del grave riesgo de la existencia social.

⁹² Según NICHOLAS, B.: "Impracticability and Impossibility", cit., p. 19, de permitirse al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento específico ante un impedimento físicamente imposible, la CISG sería interpretada como si expresara: "usted deudor está exento del pago de daños y perjuicios por su falta de cumplimiento pero está obligado a pagar una

Por otro lado, otros autores⁹³ sostienen que dicha interpretación es contradictoria con los antecedentes históricos del art. 79 CISG, que demuestran que durante los trabajos preparatorios de la CISG se presentaron propuestas por parte de las delegaciones de Noruega y Alemania para excluir del párrafo (5) el derecho a exigir el cumplimiento específico, al considerar que si la parte incumplidora estaba exenta del pago de los daños y perjuicios también debería estar excusada de cumplir su obligación, propuestas que finalmente fueron rechazadas en la Conferencia Diplomática. Entre algunas de las razones que motivaron el rechazo pueden señalarse: 1) La posibilidad de que los remedios distintos al de la indemnización de daños fuesen necesarios en circunstancias especiales⁹⁴; 2) El temor de que los derechos accesorios y el derecho a reclamar intereses desaparecieran; y 3) Principalmente, debido a que un supuesto de impedimento temporal podría resultar en la total extinción de la obligación.

Sin perjuicio de lo señalado, el ejercicio de la acción de cumplimiento específico se encuentra supeditado a lo establecido por el art. 28 CISG, esto es, los jueces no están obligados a conceder este recurso si no lo harían para los contratos de compraventa similares no regidos por la CISG, consiguientemente, serán los jueces los que resuelvan en aplicación de su legislación interna si se concede o no la ejecución específica de la obligación en un caso concreto.

B) El sistema de remedios según el mecanismo de integración del art. 7(2) CISG.

En cuanto a las acciones y derechos que pueden aplicarse mediante el sistema de integración de lagunas del art. 7(2) CISG, por un lado, en base a los principios generales en los que se funda la propia CISG, STOLL y GRUBER⁹⁵

suma equivalente e incluso superior en concepto de sanción por el mismo incumplimiento”. Cfr. SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law*, cit., p. 103.

⁹³ Cfr. ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., pp. 333-335; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.

⁹⁴ Según ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 333, por ejemplo, en un contrato en el que la mercancía ha sido entregada pero el comprador no cumple con pagar el precio pues la modalidad del pago ha sido bloqueada temporalmente por el control cambiario, aunque el vendedor tiene derecho a resolver el contrato puede no estar interesado en hacerlo, ya sea por fines comerciales (la mercancía ha efectivamente sido vendida a un tercero), por razones de comercio exterior (la reexportación está prohibida) o porque simplemente no puede usarlos para otro propósito. En ese caso, de haberse permitido que el impedimento que excusa la responsabilidad del comprador, también cause la exoneración del cumplimiento de pago, la seguridad jurídica del vendedor se vería en peligro.

⁹⁵ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, cit., pp. 822-826. No obstante, los citados autores

sostienen que puede inferirse del *principio general de buena fe* consagrado en el art. 7(1) CISG, un deber impuesto a las partes de *renegociar para adaptar* el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones o, en caso de que fracasará dicha renegociación, una obligación al acreedor para aceptar la *liberación del cumplimiento* de la prestación. Así también, según SCHLECHTRIEM⁹⁶ el remedio de la reducción del precio podría ser usado como una especie de trampolín para desarrollar un *principio general de ajuste o adaptación* en caso de excesiva onerosidad, si en vez de ser interpretado como una forma de indemnización por el incumplimiento se considera que tiene por finalidad ajustar el equilibrio de las prestaciones que ha quedado sustancialmente alterado. Incluso en el supuesto de que no pudiera lograrse la adaptación del contrato en base a la reducción del precio, GARRO⁹⁷ es de la opinión, en virtud de lo dispuesto por el art. 79(5) CISG, que un tribunal podría ordenar (si se justifica) la fecha exacta y las condiciones en que tendrá efecto la resolución del contrato, por cuanto el ejercicio de este derecho no está excluido de la citada disposición, de modo que este remedio puede constituir hasta cierto punto un instrumento para distribuir las pérdidas resultantes del cambio de las circunstancias, es decir, una forma de adaptación del contrato.

Por otra parte, otro sector de la doctrina⁹⁸ mediante la *utilización de los Principios UNIDROIT* como complemento de interpretación de las lagunas de la CISG, también considera posible la *renegociación y adaptación* del contrato, toda vez que a su criterio las reglas sobre la excesiva onerosidad reguladas en los arts. 6.2.2 y 6.2.3 Principios UNIDROIT constituyen la expresión más concreta del principio general de conservación del contrato y del principio general de buena fe que subyacen en la CISG, quedando así establecido el

agregan de que en vista de la importancia en el comercio internacional del principio *pacta sunt servanda*, la adaptación sólo será posible cuando surja una alteración esencial e insoportable de las circunstancias que afecte a la propia “existencia social”, puesto que de ser forzado el deudor a cumplir la prestación prometida y todavía posible resultaría arruinado, como por ejemplo, ante el estallido de una guerra, el hundimiento del sistema económico o una grave devaluación de la moneda nacional.

⁹⁶ Esta idea fue sugerida por SCHLECHTRIEM, P.: “Excerpt from: Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more (transcribed and edited by FLECHTNER, H)”, *Journal of Law & Commerce* (1999), vol. 18, pp. 236-237, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop-79.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). Cfr. CISG-AC OPINION N° 7, *Exemption of Liability*, cit., p. 20.

⁹⁷ GARRO, A.: “Comparison between Provisions”, cit. Cfr. BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 509; VALLEBELLA, J.: “La excesiva onerosidad”, cit.

⁹⁸ Cfr. BONELL, M. J.: “The UNIDROIT Principles”, cit., pp. 35-36; y en *An International Restatement*, cit., pp. 76-78; GARRO, A., “The Gap-Filling”, cit., p. 1159; MOMBERG URIBE, R.: “Compraventa internacional”, cit., pp. 115-116.

vínculo entre dichos instrumentos internacionales⁹⁹. Igualmente lo ha entendido (de forma implícita) el Tribunal Supremo belga en su sentencia de 19 junio 2009¹⁰⁰ (caso Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.), al señalar que el supuesto de excesiva onerosidad no está completamente regulado por el art. 79 CISG, en consecuencia, existe una laguna que debe resolverse conforme a su sistema de integración dispuesto en el art. 7(2) CISG, siendo necesario entonces recurrir a los principios generales del comercio internacional en los que se basa la CISG, que a su criterio se encuentran incorporados en los Principios UNIDROIT.

Sin embargo, la CISG no contempla expresa ni implícitamente la adaptación como técnica de ajuste de los términos contractuales a fin de repartir el riesgo (ya sea mediante un procedimiento de renegociación o por mandato del tribunal). De modo que, con el objetivo de deducir los parámetros más concretos sobre la forma en que los contratantes deben efectuar el procedimiento de renegociación o, subsidiariamente, las pautas para que un tribunal lleve a cabo la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, es imprescindible examinar lo establecido por otros textos internacionales que expresamente reconocen dichos remedios.

a) La *renegociación* a diferencia de la adaptación es un concepto que está dirigido de un modo más claro al intento de reestructurar el contrato (aunque no necesariamente se llegue a ese resultado¹⁰¹), por ello, partiendo de la idea de que el contrato sigue siendo útil y de que las partes son las que mejor conocen sus propósitos comerciales, se pretende que éstas vuelvan a negociar los términos contractuales a fin de eliminar los efectos negativos derivados de la nueva situación, intentando reubicar el punto de equilibrio patrimonial del contrato¹⁰². En otras palabras, el objetivo es que las partes lleguen al acuerdo que se habría llegado si no se hubiese producido la alteración de las circunstancias. Así, en virtud del art. 6.2.3(1) Principios UNIDROIT, la iniciativa para solicitar el procedimiento de renegociación corresponde a la parte afectada por la nueva situación, aunque nada impide que la otra parte preocupada por el mantenimiento del contrato pueda iniciar dichas negociaciones. Incluso algunos autores¹⁰³ son de la opinión de que aun

⁹⁹ Cfr. BONELL, M. J.: *An International Restatement*, cit., p. 81; VENEZIANO, A.: “UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court”, *Uniform Law Review* (2010), vol.1, pp. 144-147.

¹⁰⁰ Cfr. *supra* nota 66.

¹⁰¹ HORN, N., “The Concepts of Adaptation”, cit., p. 9.

¹⁰² Cfr. MADRID PARRA, A.: “Comentarios Sección 2”, cit., pp. 318-319; ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración*, cit., p. 233.

¹⁰³ Cfr. BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 480; ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “La adaptación de los contratos”, cit., p. 89; HORN, N.: “Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law”, en AA.VV.: *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (coord. por N.

cuando no exista expresamente una obligación de renegociar, dicha conducta puede imponerse a ambas partes (tal como explícitamente se regula en los arts. 6:111(2) PECL y 89(1) CESL) en cumplimiento del principio general de buena fe. En el caso de que una de las partes infrinja el deber de renegociar, en principio, no se establece ningún tipo de sanción¹⁰⁴ al tratarse de una obligación de medios y no de resultado que no constituye un incumplimiento contractual¹⁰⁵, por ende, salvo que exista una cláusula de *hardship* incumplida no habrá ningún tipo de sanción.

Tanto el requerimiento como el proceso de renegociación deberán llevarse a cabo teniendo en cuenta: 1) Las exigencias impuestas por la buena fe y la lealtad negocial, arts. 7(1) CISG y 1.7 Principios UNIDROIT, por ello, la parte que solicita la renegociación no debe utilizar este recurso de forma estratégica para dilatar su cumplimiento, debiendo ser sus propuestas (así como las contrapropuestas) claras, serias, razonables y coherentes a fin de que no queden dudas en cuanto a su contenido y objetivo; y 2) El deber de cooperación mutuo entre las partes, art. 5.1.3 Principios UNIDROIT, lo que implica tomar en consideración no sólo los intereses particulares sino también los de la contraparte, evitando obstrucciones o retrasos abusivos en el proceso y otorgando toda la información que sea necesaria¹⁰⁶.

b) En la *adaptación del contrato por la autoridad* (judicial o arbitral), a pesar de alguna diferencia en la fórmula usada, el mecanismo y el propósito de la adaptación del contrato sigue siendo el mismo en los Principios UNIDROIT, PECL, CESL y DCFR, es decir, si el procedimiento de renegociación fracasa el tribunal puede adaptar el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones, asegurándose que las pérdidas y ganancias resultantes se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

El tribunal al efectuar la modificación del contrato puede incluir o no una

HORN). Deventer, Antwerp, Boston, London, Frankfurt (1985): Kluwer, p. 27; MCKENDRICK, E.: "Section 2: Hardship", en AA.VV.: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (coord. por S. VOGENAUER/J. KLEINHEISTERKAMP). New York (2009): Oxford University Press, p. 722; MOMBERG URIBE, R.: "Compraventa internacional", cit., p. 110; SCHLECHTRIEM, P.: "Excerpt from: Transcript of a Workshop", cit., p. 236; STOLL, H./GRUBER, G.: "Article 79", cit., p. 825.

¹⁰⁴ Según BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 483, el hecho que no se establezcan sanciones no significa que la infracción del deber de renegociar no tenga consecuencias. Es decir, teniendo en cuenta el estrecho vínculo que existe entre la fase de renegociación y el recurso de las partes de acudir a un tribunal a fin de conseguir la adaptación del contrato, las consecuencias de infringir el deber de renegociar estarán relacionadas con la asignación de los costos del proceso legal que se ejecute.

¹⁰⁵ ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración*, cit., p. 235.

¹⁰⁶ Cfr. MADRID PARRA, A.: "Comentarios Sección 2", cit., p. 319; MOMBERG URIBE, R.: "Compraventa internacional", cit., p. 112; UNIDROIT: *Principios UNIDROIT*, cit., p. 257.

adaptación del precio, ello dependerá del tipo de excesiva onerosidad de que se trate, igualmente podría optar por ajustar el método de cumplimiento de las obligaciones a través de una reducción o ampliación del plazo de duración del contrato¹⁰⁷. También puede ordenar un pago compensatorio o un ajuste monetario apropiado que permita la situación de excesiva onerosidad en vista de cualquier otro ajuste del contrato¹⁰⁸. No obstante, este poder de adaptación del tribunal no es ilimitado, por consiguiente, deberá fundar su decisión en base al contrato celebrado entre las partes, sin que ello implique crear nuevas reglas contractuales sino tan sólo reequilibrar las ya pactadas¹⁰⁹. Quiere ello decir, que si bien un tribunal puede modificar algunas de las cláusulas esto no significa que pueda reescribir el contrato entero de modo que prácticamente cree uno nuevo. En ese contexto, sobre la base del principio de conservación del contrato, resulta razonable incentivar su continuidad en caso de excesiva onerosidad a través de la modificación de los términos contractuales que resulten necesarios. Empero, en la práctica comercial puede que la adaptación y el mantenimiento de la relación contractual sean incompatibles, en cuya situación no quedará más remedio para el tribunal que optar por resolver, quedando a su criterio la determinación de la fecha, las condiciones y los efectos que surtirá la resolución contractual.

V. CONCLUSIÓN.

La CISG no contiene una regulación específica de la excesiva onerosidad como instrumento para la modificación o la resolución del contrato. Sin embargo, su contenido debe interpretarse teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, consiguientemente si existe alguna materia cubierta, pero que no esté expresamente regulada por la CISG, se debe recurrir al mecanismo de la analogía con otras de sus disposiciones y solo si ello no es posible debe resolverse mediante el sistema de integración dispuesto en el art. 7(2) CISG, que no implica la utilización de los Principios UNIDROIT u otros textos uniformes de carácter internacional. Así, del análisis del art. 79(1) CISG puede considerarse que el término *impedimento* no limita la aplicación de esta norma a supuestos de imposibilidad absoluta de cumplimiento y mucho menos sugiere que el deudor deba asumir responsabilidades descomunales para ejecutar su obligación; en consecuencia, puede consistir en una prestación que ha devenido excesivamente onerosa por el extraordinario

¹⁰⁷ UNIDROIT: *Principios UNIDROIT*, cit., p. 258.

¹⁰⁸ BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 501.

¹⁰⁹ Cfr. BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 501; SAN MIGUEL PRADERA, L.: "La excesiva onerosidad", cit., p. 1131.

cambio de las circunstancias en las que se concluyó el contrato, en cualquier caso a la hora de evaluar la existencia de dicha situación, deberá tenerse en cuenta si la alteración del equilibrio económico del contrato se encuentra o no en contradicción con el principio general de buena fe, regulado en el art. 7(1) CISG. Por otra parte, a pesar de que el propósito principal de la figura de la excesiva onerosidad es lograr la modificación de los términos contractuales, las consecuencias jurídicas se determinarán conforme a lo dispuesto por el art. 79(5) CISG, por lo que a excepción de poder requerir el pago de los daños y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento, quedarán a salvo el ejercicio de las demás acciones y derechos establecidos en la CISG, lo cual no incluye la posibilidad de otorgar un derecho a solicitar la renegociación y adaptación del contrato, no sólo porque dichos remedios parecen excesivos sino también porque la CISG no establece ningún criterio sobre la forma o el modo en que las partes o un tribunal deban ejercerlos.

En ese sentido, en nuestra opinión, con el fin de evitar una posible integración judicial que dé como resultado una gran variedad de soluciones, no sólo existe una conveniencia sino también una necesidad de que la figura de la excesiva onerosidad quede cubierta en el ámbito de la CISG. De lo contrario, en vista de la polémica que suscita la aplicación de esta figura, es recomendable que las partes incluyan en sus contratos una cláusula que defina lo que constituye un *impedimento* y las *consecuencias* del mismo o, en su defecto, acuerden la aplicación de los Principios UNIDROIT que contienen disposiciones claras y funcionales para absolver los problemas ocasionados por dicha institución jurídica.