

# LOS CONTRATOS INTERNACIONALES ALTERADOS POR LA PANDEMIA DE COVID-19\*

*INTERNATIONAL CONTRACTS ALTERED  
BY THE COVID-19 PANDEMIC*

*Adriana Dreyzin de Klor\*\**

**Resumen:** Este trabajo se centra en los contratos internacionales a partir de los diversos interrogantes que se vienen planteando en el actual contexto de la pandemia de la COVID-19, los que, sin duda, crecerán de manera exponencial una vez que la 'nueva normalidad' retome su cauce y las negociaciones internacionales se reactiven. El estudio se realiza a la luz del Derecho internacional privado.

**Palabras-clave:** Contratos internacionales - Derecho internacional privado - Covid-19.

**Abstract:** This work focuses on international contracts based on the various questions that have been raised in the current context of the COVID-19 pandemic, which will undoubtedly grow exponentially once the 'new normality' get back on track and international negotiations are reactivated. The study is carried out in the light of private international law.

**Keywords:** International contracts - Private international law - Covid-19.

---

\* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

\*\* Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Catedrática de Derecho Internacional Privado (DIPr) en la UNC. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (hoy ley 26.994) para colaborar en la elaboración del Título IV del Libro Sexto (DIPr). El presente artículo -con algunas modificaciones- ha sido publicado en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2020-3.

**Sumario:** I. Situándonos en el contexto. II. Contratación internacional en tiempos de pandemia. 1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil-CNUDMI /UNCITRAL. A. La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. B. El artículo 79 de la Convención y la Opinión 20. a. La norma sobre exoneración. b. La Opinión 20 y algunos Comentarios. 2. UNIDROIT y los Principios sobre los contratos comerciales internacionales. A. La excesiva onerosidad en los Principios de UNIDROIT. B. Los Principios sobre los contratos internacionales UNIDROIT y Covid-19. 3. La Cámara de Comercio Internacional. Cláusulas de fuerza mayor y *Hardship*. 4. El Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y la pandemia. 5. Una importante iniciativa. III. Reflexiones para comenzar...

*“Los principales problemas  
del mundo de hoy  
son globales en esencia,  
y no pueden resolverse  
a menos que sea a través  
de algún tipo de  
cooperación global”*

Yuval Noah Harari

## I. Situándonos en el contexto

Es reiterativo señalar en el año 2021 el impacto que la COVID-19 ha detenido el mundo. No solo sufrimos terribles pérdidas humanas, sino que el fenómeno que ataca al planeta está permeando todos los ámbitos de nuestra vida. Se creó una situación de profunda incertidumbre científica, sanitaria y económica, que se extendió a todos los rincones de la tierra. Numerosas actividades laborales, profesionales, sociales, educacionales, turísticas, han sido canceladas; el teletrabajo ha mutado nuestro desempeño presencial y las medidas dictadas para restringir la movilidad de los ciudadanos, en nuestro país se vienen extendiendo por un plazo del que solo conocemos su punto inicial<sup>1</sup>.

A través de la normativa complementaria y modificatoria que fue dictándose desde el comienzo de la cuarentena, esa fuerte restricción a la libertad ambulatoria de las personas que solo admitía desplazamientos a los efectos de cumplir las actividades esenciales enumeradas en el plexo normativo de emergencia, se fue matizando. De este modo, se amplió la cantidad de actividades permitidas y, en

---

(1) DNU Nº 297/2020.

esta línea, se observa que a medida que transcurren los días, la libertad de desplazamiento se va reconduciendo en función de la evolución de la situación sanitaria. Sin embargo, debe señalarse que contamos hoy con una profusa normativa, tanto nacional, provincial, como municipal, que amplía o restringe las actividades según la zona y la exposición a los contagios y a la difusión del virus. Es probable, incluso, que la extensión de esta crisis traiga consigo la continuidad del dictado de medidas que interfieran en el cumplimiento de obligaciones asumidas en el ámbito nacional o internacional, que se encuentren en curso de ejecución, en una suerte de fiebre legisferante que, en Argentina, encuentra no pocos antecedentes<sup>2</sup>.

Esta coyuntura que se desarrolla en el escenario global afecta también, las relaciones jurídico privadas internacionales; la crítica situación en que han quedado las personas y empresas a raíz del fenómeno que nos atraviesa, cobra un profundo impacto en el Derecho internacional privado (DIPr) que se ve interpelado desde varios de sus institutos. Importa conocer si este sector de la ciencia jurídica cuenta con soluciones eficaces para dar respuesta a las innumerables complejidades generadas en nuestros días<sup>3</sup>.

El objetivo de este trabajo es centrarnos en los contratos internacionales<sup>4</sup> a partir de los diversos interrogantes que se vienen planteando en el actual contexto los que, sin duda, crecerán de manera exponencial una vez que la ‘nueva normalidad’ retome su cauce y las negociaciones internacionales se reactiven. En esa instancia habrá que atender a lo sucedido en el período de pandemia respecto a los contratos en curso, y a tal efecto, direccionarse a las fuentes de DIPr., se convierte en el paso imprescindible.

Ahora bien, a modo de premisa consignemos que las fuentes legales en este ámbito material, se vinculan a un objetivo que no es otro que incrementar la seguridad jurídica de la contratación internacional. En este sentido, la ley aplicable al contrato

---

(2) Conf. RIVERA, Julio C. “Los contratos frente a la pandemia”, *La Ley*, Buenos Argentina, 22/04/2020, p. 4.

(3) DREYZIN DE KLOR, Adriana. “Implicancias de la pandemia COVID-19 en el Derecho internacional privado”, en *Efectos jurídicos de la pandemia COVID-19*, (PIZARRO, Daniel - VALLESPIÑOS, Gustavo, Dirs.), Rubinzal Culzoni, Argentina, 2020 (en prensa).

(4) Se entiende por contrato internacional aquel que presenta vínculos con dos o más estados o, lo que es igual, aquel en el que existe un elemento de extranjería. Ahora bien, a partir de esta noción elemental se generan discrepancias a fin de precisar qué debe entenderse por vínculos o elementos de extranjería y, en su caso, cuál es la naturaleza de estos vínculos. Mientras para una corriente doctrinal, puede tratarse de cualquier tipo de vínculo por débil que sea, para otros autores, se requiere un vínculo relevante que brinde posibilidad de elegir una de las leyes en presencia. Tradicionalmente, se ha considerado que se trata de vínculos fácticos o jurídicos - residencia habitual o establecimiento de las partes contratantes, lugar de celebración, lugar de cumplimiento, lugar de situación del bien, lugar de prestación de servicio del objeto del contrato-. Sin embargo, actualmente se considera la posibilidad de aplicar un criterio económico para definir la internacionalidad del contrato. Ver KASSIS, Antoine. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 53 y ss. Véase también: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho internacional privado actual*, tomo 2, Zavallía, Buenos Aires, 2017, p. 292.

debe contar con un elevado nivel de previsibilidad, y es esta consideración la que obra de inspiración y orientación de los estados para avanzar en la elaboración de fuentes jurídicas contractuales internacionales.

En efecto, una de las mayores complejidades que se plantea en el contrato internacional es conocer a ciencia cierta, el derecho que el juez aplicará para dirimir eventuales conflictos que puedan surgir en el devenir de la relación transfronteriza. Es entonces que aparece el DIPr contractual cuyo principal objetivo es determinar el régimen jurídico sustancial o de fondo que regirá el contrato, de modo de hacer efectivas las razonables y legítimas expectativas de las partes en la transacción<sup>5</sup>.

Si bien por décadas el derecho de los contratos, de acuerdo a como fuera concebido en la codificación internacional, gozó de ciertas dosis de estabilidad, hoy adquiere un inusitado movimiento por no decir que ha entrado en ebullición. Ciertamente, la cantidad de fuentes de origen internacional -sean regionales, continentales y universales- sobre la materia no es menor<sup>6</sup>, desarrollándose a través de distintos métodos. En este orden de ideas, dos aspectos son remarcables. Por una parte, la participación activa en los foros de codificación de países de las más diversas raíces, en tanto que, por otro lado, se advierte la mencionada diversidad metodológica ya que se cuenta con normas de conflicto, normas materiales, y principios, a la hora de regular la materia contractual internacional.

Es por estos motivos que consideramos muy ilustrativo y sumamente útil, bucear en dichos foros y en las organizaciones internacionales que se vienen pronunciando acerca del modo de afrontar las situaciones generadas a partir de la declaración de pandemia. Los pronunciamientos que nos ofrecen son significativamente relevantes para estudiar y analizar cómo se debe interpretar el panorama contractual internacional en las actuales circunstancias.

## II. Contratación internacional en tiempos de pandemia

El problema central que se advierte en el marco internacional a partir de la pandemia declarada y las medidas adoptadas por los estados, gira en torno a la ejecución de los contratos signados.

Los efectos causados por la cuarentena revierten tanto en situaciones de hecho como de derecho que provocan la frustración, imposibilidad y dificultad de cumpli-

---

(5) Conf. CALVO CARAVACA, Alfonso L. - CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol., II, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 44.

(6) Por citar algunos ejemplos en razón del origen, podemos referir a nivel regional: Mercosur; a nivel continental: Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP); a nivel universal, la Conferencia de La Haya; Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) - (UNCITRAL en sus siglas en inglés); UNIDROIT.

miento de las obligaciones asumidas, sean de larga duración o ejecución diferida<sup>7</sup>. Las medidas de aislamiento y cierre de fronteras con las consiguientes limitaciones legales al tránsito y transporte de mercancías, personas y servicios, devinieron en la imposibilidad de cumplir con la entrega de materias primas y componentes, así como con actividades económicas tales como construcciones, transporte, servicios turísticos, fabricación de productos, entre tantas otras obligaciones que fueran asumidas a través de contratos internacionales. El impacto en las transacciones es inconmensurable y el derecho es llamado a intervenir a partir de las disposiciones plasmadas en las fuentes jurídicas que resultan de aplicación.

El problema se plantea a partir de interrogantes que surgen en la coyuntura, a saber: ¿qué tratamiento jurídico se deberá dar a los contratos por concurrir circunstancias sobrevenidas, imprevisibles a la hora de ser celebrados, que vuelven imposible, absurdo o excesivamente oneroso el cumplimiento? ¿Es factible dispensar a una parte del contrato, el deudor, del cumplimiento de su obligación, liberándolo, por tanto, de su responsabilidad contractual, frente a las circunstancias señaladas? Y otro interrogante que nos preocupa gira en torno a la obligación o no de las partes de emprender una renegociación de los términos del contrato.

En virtud de la frustración del contrato, el incumplimiento de la obligación pactada no genera o mengua la responsabilidad contractual atendiendo al principio *pacta sunt servanda* o *sanctity of contracts*. Sin embargo, en estos casos estaríamos frente a una excepción o limitación a dicho principio.

Ante la situación planteada en el mundo, no sorprende que, como hemos adelantado, tanto organizaciones científicas, como foros de codificación y centros académicos de las más diversas latitudes se hayan involucrado para trabajar en la divulgación de algunas soluciones contenidas en instrumentos internacionales, interpretadas de cara a los acontecimientos que atravesamos con el objetivo de proponer algunas soluciones y recomendaciones.

Las circunstancias sobrevinientes a la emergencia sanitaria, resultaban imprevisibles a la hora de celebrar contratos y, por tanto, ajenas a la voluntad de las partes, a la vez que externas e insuperables. Bien se conoce que una de las condiciones aparentemente consustanciales a los supuestos de frustración del contrato, es la imprevisibilidad en el momento de contratar, de las circunstancias sobrevenidas que impiden el cumplimiento. Si bien en principio, esta circunstancia podría parecer clara, no deja de ser un concepto subjetivo y una exigencia que es muy variable según los sistemas jurídicos<sup>8</sup>. En consecuencia, justifican distintas figuras jurídicas

---

(7) Ver: "COVID-19 y frustración de contratos internacionales", Recomendación de IHLADI. (<http://ihladi.net/wp-content/uploads/2020/07/COVID-19-y-frustraci%C3%B3n-de-contratos-internacionales.pdf>).

(8) Conf. SANCHEZ LORENZO, Sixto. "La frustración del contrato", en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional* (Sixto Sánchez Lorenzo, editor), 2º ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 1397.

como son la fuerza mayor, el caso fortuito o la imposibilidad material, la imposibilidad económica, la frustración de la causa o de las bases jurídicas del contrato; la imprevisión, el *hardship* o la excesiva onerosidad. Cada uno de los institutos mencionados provoca distintos efectos ante el incumplimiento contractual, su resolución, o renegociación y en su caso, la indemnización que pueda corresponder por daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Basados en este contexto, consideramos útil efectuar una breve incursión por algunos de los documentos, fruto de la elaboración de organizaciones internacionales que se han pronunciado sobre el particular. En esta convicción, vamos a referirnos a cuatro espacios, todos de reconocida trayectoria, sea como foros de codificación, sea como ámbito que nuclea a investigadores, juristas y analistas del Derecho internacional.

### **1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil - CNUDMI/UNCITRAL**

Cuando ya comenzaba a avizorarse que la COVID-19 avanzaba a pasos agigantados, el Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías<sup>9</sup> emitió su opinión consultiva N° 20, "*Hardship under the CISG*"<sup>10</sup> en la que presenta una interpretación del artículo 79 del convenio<sup>11</sup>.

Previo a referirnos a dicha Opinión, estimamos conveniente situarnos brevemente en la Convención sobre Compraventa internacional de mercaderías (en adelante: la Convención o CVCIM) para facilitar la comprensión del tema que nos ocupa.

---

(9) A los efectos de lograr el máximo de uniformidad aplicativa de la Convención, se crea el Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, "CIGS-AC" o "Consejo", que responde al acrónimo de *Convention on International Sale of Goods-Advisory Council* (<http://www.cisgac.com>). Este Consejo nace en 2001 y muy rápidamente fue aceptado por el grupo de expertos de la CVCIM. Para profundizar sobre el Consejo, ver: GARRO, Alejandro M. - PERALES VISCASILLAS, Pilar. "Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)", en *Estudios de Derecho Extranjero y Derecho Uniforme*, ADC, tomo LXI, 2008, fasc. III, pp. 1389-1390.

(10) Convención de Viena sobre Compraventa internacional de Mercaderías, (la Convención, CVCIM, o en sus siglas en inglés CISG: *Convention on International Sales of Goods*) se encuentra vigente desde el 1 de enero de 1988.

(11) La Opinión se emite entre el 5 y el 7 de febrero de 2020. CISG-AC Opinion N° 20, *Hardship under the CISG*, Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, México. *Adopted by the CISG Advisory Council following its 27<sup>th</sup> meeting, in Puerto Vallarta, México on 2-5 February 2020. Reproduction of this opinion is authorized Michael Bridge, Chair, Yesim Atamer, Eric Bergsten, Joachim Bonell, Sieg Eiselen Lauro Gama, Alejandro Garro, Roy Goode, John Gotanda, Han Shiyuan, Johnny Herre, Pilar Perales Viscasillas, Ingeborg Schwenzer, Hiroo Sono, Claude Witz - Members. Milena Djordjević, Secretary.*

### A. La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías

Desde su aparición en el mundo jurídico de los negocios, la CVCIM recibió una amplia acogida siendo ratificada por un importante número de Estados<sup>12</sup>. Su preparación llevó nueve años, y abrevó de fuentes elaboradas en otros foros<sup>13</sup>, hecho que por sí mismo refleja la complejidad que produjo el proceso de armonización de los sistemas jurídicos conducentes a aprobar un instrumento que avance en la unificación de la compraventa internacional de mercaderías. El proceso debe su éxito a varios motivos: el laborioso trabajo realizado por los delegados de numerosos Estados, el estudio de los precedentes elaborados a nivel internacional<sup>14</sup> y el hecho que el motor impulsor de este trabajo unificador comprendió la brecha cultural y jurídica entre complejos ordenamientos internos que regulan la compraventa. Téngase presente que no pocas veces, las diversas familias jurídicas resultan incompatibles entre sí<sup>15</sup>.

---

(12) Al 14 /8/2020, son noventa y tres los Estados ratificantes. El 16 de julio de 2020, Portugal inició el proceso para incorporarse a la CVCIM. Ver estado actual de ratificaciones en ([https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status)).

(13) Los esfuerzos para lograr la unificación normativa en materia de compraventa internacional de mercaderías son de larga data. A fines del siglo XIX se registra una iniciativa holandesa que, si bien no logra los objetivos propuestos, dio lugar a que la International Law Association en 1924, inicie un debate sobre una posible unificación legislativa en la materia. Paralelamente a las iniciativas que continuaban desarrollándose también con la participación de la Conferencia de La Haya, en UNIDROIT, comienza a gestarse un proyecto de ley uniforme de la compraventa internacional de mercaderías. Teniendo ese anteproyecto como base, un segundo anteproyecto fue elaborado en 1939, interrumpiéndose los trabajos a raíz de la Segunda Guerra Mundial. Recién en 1951, por iniciativa del Gobierno de Holanda, que convoca a una conferencia en La Haya, se reúnen delegaciones de veintidós países que se pronuncian a favor de la unificación proyectada. Un nuevo anteproyecto surge en 1956, el que es remitido a diversos países a efectos de que se pronuncien sobre el mismo. En 1962 se reúne la comisión especial para trabajar sobre los informes recibidos, optándose por elaborar dos anteproyectos: uno, destinado a regir la formación del contrato y otro, la venta internacional de cosas muebles. Ambos anteproyectos fueron objeto de análisis en la Conferencia de La Haya de 1964. Para mayor ilustración ver: GARRO, Alejandro -ZUPPI, Alberto. *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 32.

(14) Principalmente, los textos elaborados en la Conferencia de La Haya de 1964, a saber: "Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales" (LUVI) y "Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales" (LUF). Si bien estos proyectos no tuvieron gran aceptación, entraron en vigor en 1972. Las razones del bajo favor fueron diversas. Así, se consideró que, bajo una aparente uniformidad, subyacen diferencias profundas en un sector tan estratégico como el de la contratación internacional y la prelación de los usos sobre la ley, no fueron menores. Ver: BARONA VILAR, Silvia - ESPLUGUES MOTA, Carlos - HERNANDEZ MARTI, Juan. *Contratación internacional, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación* (Carlos Esplugues Mota, Coord.), tirant lo blanch, Valencia, España, 2ª ed., 1999, p. 270.

(15) Ver: DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Edición, traducción y notas de Jorge SÁNCHEZ CORDERO, UNAM, México 2010.

Dada la confluencia de estos factores, principalmente el encuentro entre sistemas jurídicos que los comparatistas distinguían con alguna dosis de nitidez, pudo llevarse a cabo su redacción que contó con una “auténtica participación internacional”<sup>16</sup>.

El Convenio cuenta con una cantidad de países que representan más del noventa por ciento del comercio internacional, hecho que según autorizada doctrina obedece a dos razones principales: “a) la primera es que la Convención ofrece un sistema justo, equilibrado, en el que no hay ventajas para una de las partes en perjuicio de la otra, y ese sistema es profundamente internacional y con espíritu unificador; b) la segunda razón es el lenguaje en el que está escrita, sin considerar el idioma oficial de las Naciones Unidas que se use, que tiene las características de una verdadera *lingua franca* o quizás esperanto jurídico que necesariamente obliga al intérprete -sea juez o árbitro- a buscar las fuentes, advertir necesariamente la internacionalidad del problema y, en consecuencia, unificar la interpretación con la de otros árbitros o jueces ante la misma situación”<sup>17</sup>.

Durante el tiempo que lleva de vigencia, la CVCIM se viene afianzando como el nuevo Derecho de la compraventa dado que contiene normas formadas por criterios que arrojan luz decisiva sobre numerosas cuestiones generales del Derecho de los contratos. Al ser aplicada de manera continua, ha logrado una jurisprudencia mayoritariamente uniforme y regular que permite resolver eficazmente los problemas que surgen de los contratos internacionales<sup>18</sup>.

Además de estos aspectos que son un verdadero plus, la Convención goza de una envidiable ductilidad, aplicándose en países de ordenamientos jurídicos tan variados como los del *common law*, los de derecho continental, los sistemas mixtos y hasta en países donde se aplica el derecho islámico<sup>19</sup>.

Ahora bien, a las cuestiones relativas a la formación de los contratos, se suman de forma muy llamativa, las que se refieren a la caracterización de los incumplimientos contractuales o el sistema general de la responsabilidad contractual<sup>20</sup>, que constituyen el eje en torno al cual gira hoy nuestra mayor preocupación. Señalemos en este breve apartado que nos ubica en la CVCIM, que en Argentina convive con otras fuentes jurídicas y su aplicación no implica un desplazamiento total de la posibilidad de acudir a normas de DIPr provenientes de otras vertientes legales<sup>21</sup>.

---

(16) GARRO, Alejandro - ZUPPI, Alberto. ob. cit., pp. 21-22.

(17) ZUPPI, Alberto. “Exclusión implícita de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, *LA LEY*2017-D, 771, Cita Online: AR/DOC/1355/2017.

(18) Sobre jurisprudencia generada a partir de la aplicación de la CVCIM a 2016, puede verse: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG\\_Digest\\_2016\\_s.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG_Digest_2016_s.pdf)

(19) ZUPPI, Alberto. art. cit. nota 17.

(20) Conf. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 12.

(21) IUD, Carolina. “Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *elDial.com Contenidos Jurídicos*, Buenos Aires, 2019, p. 151.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que hay algunos aspectos esenciales, como la propia validez del contrato y los vicios de consentimiento, que no son objeto de regulación en la Convención.

Para determinar su ámbito de aplicación, la Convención utiliza ciertos conceptos esenciales tales como: “contrato de compraventa”, “mercaderías”, “establecimiento”, los que para una interpretación correcta requieren destacar el carácter internacional del Convenio, así como la necesidad de promover su aplicación y asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional<sup>22</sup>.

Así, se aplica a los contratos de compraventa de mercancías concertados entre partes cuyos establecimientos se encuentren en distintos Estados Contratantes o cuando en virtud de las reglas de Derecho internacional privado deba aplicarse la ley de un determinado Estado contratante. La Convención también puede ser aplicable cuando las partes hayan convenido en ello.

En relación con el DIPr y el derecho interno es necesario consignar que la Convención solamente se aplica a las operaciones internacionales. Ahora bien, los contratos internacionales que no queden captados por el ámbito de aplicación de la Convención, así como aquellos en los que las partes hayan convenido en la aplicación de otra ley, no quedan afectados por la misma, así como tampoco, los contratos de compraventa puramente nacionales que continúan rigiéndose por el derecho interno<sup>23</sup>.

Diversos aspectos de la CVCIM, que plantean problemas a la hora de su aplicación, dieron lugar a la emisión de Opiniones que resultan de suma utilidad para la interpretación de las normas a las que se refieren.

### *B. El artículo 79 de la Convención y la Opinión 20*

El cumplimiento o ejecución del contrato, implica la exoneración de responsabilidad y el título para reclamar generalmente, el cumplimiento de la otra parte. Ahora bien, las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad constituyen un instrumento clave para el reparto y el control por las partes de los riesgos legales derivados de un negocio y para determinar el incumplimiento.

Dado que los contratos de compraventa internacional de mercaderías quedaron captados entre los afectados en su normal desenvolvimiento en virtud de la declaración de la pandemia, resulta altamente beneficiosa la actitud del Consejo al ofrecer esta opinión que tiene por objetivo contribuir a la interpretación del art. 79. Se trata de una norma que fija el límite de la responsabilidad del deudor por incum-

---

(22) Ver Art. 7.1. Esta norma está particularmente dirigida a los tribunales, sean arbitrales o judiciales.

(23) Ver [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg)

plimiento contractual, instaurando un régimen de exoneración a partir de la idea del “impedimento fuera del control del deudor”, desde que si el incumplimiento tiene su causa en éste y el deudor así lo acredita, se le libera de la responsabilidad por daños<sup>24</sup>.

*a. La norma sobre exoneración*

A los fines de facilitar la articulación entre la norma y la Opinión emitida, nos permitimos transcribirla.

*“Sección cuarta. Exoneración*

**Artículo 79**

*1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.*

*2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad:*

*a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y*

*b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de este párrafo.*

*3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.*

*4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte no haya cumplido tuviera o debiera haberse tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.*

*5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.*

Mucho se ha escrito sobre dicha regla y no es el caso efectuar un análisis acerca de la misma. Sin embargo, no está de más recordar que se trata de una reelaboración del art. 74 de LUVI<sup>25</sup>, siendo que la pretensión consistió en superar las críticas de

---

(24) VIDAL OLIVARES, Álvaro. “Atribución y exoneración de responsabilidad en la compra-venta internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena”, *Revista de Derecho*, Vol. XVIII - N° 1 - Julio 2005, pp. 55-88.

(25) El texto del art. 74 LUVI, puede verse en Treaty Series, vol. 834, New York 1977.

esa norma, principalmente relacionadas con la amplitud excesiva de la exoneración al deudor que incumplía el contrato.

De manera recurrente se plantea la posibilidad de aplicar justificaciones del incumplimiento contractual a partir de una modificación de las circunstancias; en esta línea podemos consignar la teoría de la imprevisión, o de la excesiva onerosidad sobreviniente, como señaláramos *supra*. Entre los eventos que pueden dar lugar a la aplicación de este artículo, se citan los hechos extraordinarios ocasionados por fenómenos de la naturaleza, *v.g.* terremotos, huracanes, entre otros, y aquellos que puedan estar vinculados con actos de las autoridades públicas, como las modificaciones normativas que impliquen un obstáculo grave al cumplimiento contractual<sup>26</sup>.

La jurisprudencia argentina ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de esta norma. Así, en la sentencia dictada en “Demelfor S.A. c/Caro-gran S.A. s/ordinario”<sup>27</sup>, el tribunal interviniente señaló que “Bajo la imprecisa denominación de ‘exoneración’, los arts.79 y 80 del texto legal en estudio intentan resolver algunos de los problemas que en los diferentes derechos nacionales son tratados bajo la rúbrica del caso fortuito. La comisión redactora de UNCITRAL encontró inconvenientes para hallar una fórmula que justifique la ‘exoneración’ de responsabilidad, y por ello evitó el uso de cualquiera de las terminologías reconocidas en los ordenamientos locales. Señala el fallo, ilustrando sobre el modo de interpretar este tema citando a Garro - Zuppi, que la jurisprudencia internacional “ha vinculado esta causal de exoneración de responsabilidad con la doctrina de fuerza mayor o caso fortuito”.

En este punto, interesa destacar que doctrinalmente se asumen posiciones diferentes a la hora de analizar el artículo y su alcance. Mientras, por un lado, hay autores que sostienen que la norma no resulta aplicable ya que estas cuestiones no fueron previstas por el Convenio<sup>28</sup>, otra parte de la doctrina, entiende que dichos institutos se encuentran incluidos en tanto se prueben los extremos previstos por el art. 79<sup>29</sup>. En este sentido se pronunció la Opinión N° 7 del Consejo Consultivo de la CISG.

El Prof. Alejandro Garro fue relator de dicha Opinión N° 7 sobre Exoneración de responsabilidad por daños bajo el art. 79 de la CISG. (12 de octubre, 2007). Se transcribe lo dispuesto en la parte pertinente:

(26) CALVO, Eduardo, J. “COVID-19 y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980”, en *Opinión*, 30 de junio de 2020 (Disponible en [www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar)).

(27) Sala F de la CNCom, 1-9-2016.

(28) En esta línea, se encuentra MARZORATTI, Osvaldo, J. “El incumplimiento esencial y la exoneración en la compraventa internacional y nacional. Convención de Viena y Código Civil y Comercial único”, *RDCO* 272, p. 675.

(29) GARRO, Alejandro - ZUPPI, Alberto. *La compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 29.

*“3.1 Un cambio de circunstancias que no pudiera ser razonablemente previsto, haciendo su cumplimiento excesivamente oneroso (“hardship”), puede calificarse como un “impedimento” de acuerdo con el artículo 79 (1). El tenor literal del artículo 79 no equipara expresamente el término ‘impedimento’ con una circunstancia que haga el cumplimiento absolutamente imposible. Por lo tanto, una parte que se encuentre a sí misma en una situación de ‘hardship’ puede invocarlo como una causa de exoneración de la responsabilidad en aplicación del artículo 79”.*

*b. La Opinión 20 y algunos Comentarios*

Ahora bien, con relación a la Opinión N° 20 ofrecida por la Convención, se desarrollan trece aspectos referidos al funcionamiento de la excesiva onerosidad, a saber<sup>30</sup>:

“1. Se aplican las siguientes Reglas sobre excesiva onerosidad, a menos que el contrato disponga lo contrario.

2. La Convención rige los casos de excesiva onerosidad.

3. Una parte está obligada a cumplir con sus obligaciones incluso si el cumplimiento se ha vuelto más oneroso, a menos que haya excesiva onerosidad.

4. Hay excesiva onerosidad cuando un cambio de circunstancias fuera del control de una parte hace que el cumplimiento sea excesivamente oneroso, si no se puede esperar razonablemente que esa parte haya tenido en cuenta el cambio o sus consecuencias, o lo haya evitado o superado.

5. La excesiva onerosidad puede surgir cuando el costo del cumplimiento ha aumentado o ha disminuido.

6. La excesiva onerosidad también puede surgir de eventos que ocurrieron antes de la celebración del contrato si las partes no conocían o no podían haber conocido estos eventos.

7. Al evaluar si existe excesiva onerosidad, debe tenerse en cuenta los siguientes factores no exclusivos:

- si el riesgo de un cambio de circunstancias fue asumido por cualquiera de las partes;
- si el contrato es de naturaleza especulativa;
- si y en qué medida ha habido fluctuaciones previas del mercado; la duración del contrato;
- si el vendedor ha obtenido los bienes de su propio proveedor;

---

(30) Reproduction of this opinion is authorized Michael Bridge, Chair, Yesim Atamer, Eric Bergsten, Joachim Bonell, Sieg Eiselen, Lauro Gama, Alejandro Garro, Roy Goode, John Gotanda, Han Shiyuan, Johnny Herre, Pilar Perales Viscasillas, Ingeborg Schwenzer, Hiroo Sono, Claude Witz - Members. Milena Djordjević, Secretary.

- si alguna de las partes se ha cubierto contra los cambios del mercado.

8. La parte afectada por la excesiva onerosidad debe notificar a la otra de las circunstancias y su efecto sobre su capacidad de cumplimiento.

Si el aviso no es recibido por la otra parte dentro de un tiempo razonable después de que la parte afectada supiera o debería haber sabido de la situación de excesiva onerosidad, es responsable de los daños resultantes de la no recepción.

9. En caso de excesiva onerosidad, nada impide que alguna de las partes ejerza algún derecho que no sea reclamar daños y exigir el cumplimiento de la obligación afectada por la excesiva onerosidad.

10. La exoneración por excesiva onerosidad tiene efecto durante el período por el cual existe la excesiva onerosidad.

11. Según la Convención, las partes no tienen el deber de renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad.

12. Según la Convención, un tribunal ordinario o arbitral no puede adaptar el contrato en caso de excesiva onerosidad.

13. Según la Convención, un tribunal ordinario o arbitral no puede dar por terminado el contrato en caso de excesiva onerosidad”.

Los Comentarios vertidos en la Opinión 20 a continuación de la “*Black Letter Text*”, son múltiples y enriquecedores. Solo referiremos algunos que obran de introducción a la temática.

Así, se remarca que los cambios inesperados de circunstancias pueden constituir uno de los principales problemas que enfrentan las partes en las relaciones comerciales internacionales, especialmente en los contratos a largo plazo y los contratos complejos. Se hace hincapié en el aumento a escala global del comercio, como un fenómeno que incrementa las probabilidades de situaciones imponderables, dada la participación de numerosos actores de distintos países que operan en la producción y adquisición de bienes vinculados a diversos contratos.

Asimismo, se señala que los cambios en las regulaciones políticas y económicas, como también el malestar social y los fenómenos naturales, son algunos de los factores que podrían afectar considerablemente la base misma de las relaciones entre las partes contratantes. Se citan situaciones tales como una pandemia mundial o regional, un terremoto, una inundación, un ataque terrorista, un aumento repentino de los aranceles de importación en uno de los países de producción, que pueden revertir en generar en el productor la necesidad de recurrir a países con costos de producción mucho más altos; las prohibiciones de importación o exportación que pueden obstaculizar el flujo previsto de mercancías, o las fluctuaciones de precios que no eran previsibles en el momento de la celebración del contrato, en tanto pueden ocasionar problemas en el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, con una excesiva onerosidad para una de ellas y una grave devaluación para la otra.

Se contempla el hecho que, en los ordenamientos jurídicos, el principio *pacta sunt servanda* coloca la carga de los cambios en las condiciones originales de contratación sobre el deudor. Sin embargo, desde el derecho romano clásico, el principio *impossibilium nulla est obligatio*, ha constituido una exención válida para tener en cuenta. Además, bien se recuerda que según la doctrina del derecho canónico de *rebus sic stantibus*, un cambio de circunstancias imprevisible y extraordinario que hace que una obligación contractual sea significativamente gravosa, debe tenerse en cuenta al determinar la responsabilidad.

En los Comentarios se recuerda que, desde los primeros días, la imposibilidad, la fuerza mayor o figuras similares, se han convertido en motivos de exención en todos los sistemas legales. Sin embargo, la cuestión referida a si los simples cambios en las condiciones económicas circundantes, también conocidos como *hardship*, pueden eximir al deudor de responsabilidad por falta de cumplimiento, ha sido un tema muy debatido en varios sistemas legales y en algunos instrumentos de derecho internacional.

A la hora actual, son muchas las jurisdicciones de derecho civil que aceptan la teoría del *hardship*. Lo mismo sucede a nivel internacional, y así se observa tanto en los Principios de UNIDROIT 2016, como en otros ámbitos de *soft law* uniforme, entre los cuales, en los Comentarios, sus autores citan los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)<sup>31</sup>.

---

(31) En el art. 84 los PLDC prescriben: "(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato. (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada. (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes". Los PLDC consagran la excesiva onerosidad o teoría de la imprevisión en su significado más amplio, comprendiendo aquellos casos que, por un cambio de circunstancias imprevisible, el cumplimiento se hace excesivamente más oneroso, o su utilidad disminuye significativamente. En cuanto a los efectos del "cambio de circunstancias", se adopta la misma solución brindada en el art. 1091 del Código civil y comercial argentino, al imponer a las partes el deber de renegociar el contrato y si ello no se logra, dentro de un plazo razonable o prudencial, se prevé como remedio, la adaptación del contrato por el juez o su resolución. El artículo se destaca en razón de proporcionar criterios objetivos y precisos al juez para el caso que la adaptación judicial sea procedente. Recordemos el precepto en la parte pertinente: "(...) debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes". En lo que concierne a la frustración de la causa del contrato, los Principios, en el artículo 85 (De la frustración de la causa del contrato), expresan: "Que la frustración definitiva de la causa por un cambio de las circunstancias existentes al tiempo de la perfección del contrato, imprevisible y que supera el riesgo asumido por la parte, ésta puede resolver el contrato". En esta hipótesis, el cambio imprevisto de circunstancias hace desaparecer el motivo que determinó la celebración del contrato, justificándose así la procedencia de la resolución del contrato a requerimiento de la parte afectada. La causa constituye la base del negocio y ella desaparece debido a tal cambio imprevisto de circunstancias, justificándose, de este modo, la ineficacia del contrato. Ver: PIZARRO WILSON, Carlos. "Presentación", en *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales* (I. De la Maza -

Es interesante destacar un párrafo de los Comentarios en cuanto expresa que a la luz del debate generado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina sobre la aplicación de la CISG a situaciones de *hardship*, y el amplio catálogo de respuestas que brinda el derecho comparado, la Opinión emitida, proporciona una solución aceptable de acuerdo con las necesidades de la comunidad comercial internacional, de contar con certeza y eficiencia jurídica.

La Opinión proporciona las pautas necesarias para determinar la existencia de *hardship* en el art. 79 de la Convención. También establece las obligaciones de las partes y los recursos disponibles en situaciones de *hardship* de conformidad con el objetivo de la Convención de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional. En particular, aclara el Comentario, que las partes no tienen el deber de renegociar el contrato -entiéndase que podrían entonces renegociarlo-, y que un tribunal judicial o arbitral no podrá adaptar el contrato o ponerle fin en caso de *hardship* bajo la CISG<sup>32</sup>.

## 2. UNIDROIT y los Principios sobre los contratos comerciales internacionales

UNIDROIT es un organismo internacional de carácter intergubernamental, constituido en 1926, con sede en Roma, que desarrolla una intensa labor en la unificación del derecho privado. Para la realización de sus fines utiliza varias vías, principalmente se vale de la preparación de principios y convenciones.

Este Instituto es sede de elaboración de importantes instrumentos jurídicos; por solo mencionar algunos de los tantos reconocidos en su haber, destaquemos: los Principios de procedimiento civil transnacional, el Convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, el Convenio sobre financiamiento internacional *Leasing*, entre tantos que fueran elaborados<sup>33</sup>.

En esta oportunidad nos interesan los Principios sobre contratos comerciales internacionales (PU) que se reconocen como “la nave insignia” del Instituto (*Flagship*)<sup>34</sup>. Los estudios preliminares se inician en 1971, cuando el Consejo de Dirección del Instituto para la Unificación de Derecho Privado, aprueba una Decisión por la

---

C. Pizarro - A. Vidal, Coords. y Eds.) Derecho Privado, BOE, Madrid, 2017, pp. 49-50. Ver en [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44](https://boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44)

(32) La traducción de la Opinión 20, así como de los párrafos que corresponden a los Comentarios, pertenece a quien suscribe.

(33) Pueden verse en la página del Instituto <https://www.unidroit.org>.

(34) Así se señala en la Nota de la Secretaría de UNIDROIT sobre los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y la crisis de salud COVID-19. Se aclara, conforme lo expresa el documento, que la “Nota no pretende expresar una posición oficial de UNIDROIT sobre el uso o interpretación de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Constituye simplemente, un documento para discusión pública”. Publicación: 15 de julio de 2020.

que se introduce el tema en el Programa de trabajo trianual, y se crea un pequeño Comité para que trabaje en ello.

La decisión surge en una instancia en la que el debate se planteaba entre quienes bregaban por la utilización de usos y prácticas habituales en el comercio internacional, es decir la *lex mercatoria*, y quienes propiciaban el método conflictual clásico<sup>35</sup>. El Comité integrado por los Profesores René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu, representantes de la tradición jurídica romanística, del *common law* y de los países socialistas respectivamente, tuvo a su cargo estudiar la viabilidad de elaborar unos principios sobre los contratos comerciales internacionales. Con el tiempo se fue ampliando hasta llegar a conformarse por veinte juristas, en su mayoría profesores universitarios, en la etapa en que bajo la presidencia de Michael J. Bonell se preparó la tercera edición de los PU que aparece en 2010.

Téngase presente que el contenido de los Principios fue ampliándose de manera progresiva desde su aparición en 1994, una segunda edición en 2004, luego 2010, hasta cubrir en su última edición de 2016, toda la parte general del derecho de los contratos.

Con relación a la labor realizada, puede afirmarse que los juristas que trabajaron y compilaron la primera edición de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales fueron “expertos de primer orden en el dominio del derecho de los contratos y del derecho comercial internacional”<sup>36</sup>. El objetivo era establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser empleadas a nivel mundial, independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que se apliquen, hallándose imbuidos de los recaudos que obran como exigencia en la contratación internacional.

Quienes participaron en la redacción utilizaron como fuente, textos legales nacionales relativamente nuevos e instrumentos legales del derecho internacional, tales como: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y otros instrumentos preparados por la CNUDMI. También fueron empleadas otras fuentes no legislativas como los INCOTERMS (acrónimo del inglés *International Commercial Terms*); la cláusula de fuerza mayor, y

---

(35) Conf. BOUZA VIDAL, Nuria. “Ámbito de aplicación de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales en la jurisprudencia española”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas - Thomson Reuters, España, 2020, p. 1041.

(36) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Introducción*, Edit. UNIDROIT, Roma, 2001, p.vii. Ver también: BONELL, Joachim. “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?”, *Uniform Law Review*, 1996/2, NS -Vol. I. Italy, 1996, pp. 229-246.

las sugerencias relativas a las disposiciones sobre *hardship*, preparada por la Cámara de Comercio Internacional (CCI); al igual que los usos comerciales internacionales<sup>37</sup>.

Los PU pueden considerarse una propuesta doctrinal novedosa y flexible, no vinculante, redactados al modo de los "Restatements" de Estados Unidos de América que, entre sus propósitos, apuntala compatibilizar la *lex mercatoria* y la técnica conflictual. En este sentido, se diferencian del alcance limitado de la *lex mercatoria* al contener una regulación coherente y completa de la parte general del derecho de los contratos<sup>38</sup>.

Por otra parte, el método utilizado en su redacción es sumamente útil, ya que cada artículo consta de comentarios explicativos y, en muchos casos, ejemplificativos de la situación descripta. Su utilidad es desde las dos vías, la práctica, para su empleo desde una perfecta captación de las situaciones contempladas y la académica, ya que resultan sumamente ilustrativos a la hora de enseñar derecho contractual.

El único modo de aplicar estos Principios a los contratos es cuando las partes así lo han pactado, ya que no están destinados a ser ratificados por los Estados. También pueden resultar de aplicación en los casos en que las partes acuerden que su contrato se rija por la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho, o expresiones de este tenor. Se puede acudir también a los PU, para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme o derecho nacional, siendo asimismo un instrumento que puede obrar de modelo a los legisladores nacionales o internacionales a la hora de elaborar o reformar las legislaciones tanto a nivel interno como internacional.

#### A. La excesiva onerosidad en los Principios UNIDROIT

En los PU, la figura del *hardship* se presenta cuando se produce una alteración fundamental del equilibrio contractual, que tiene origen en eventos sobrevinientes a la celebración del contrato, siendo de tal naturaleza que escapan al control de la parte afectada con dichos eventos. El riesgo no fue asumido por esta parte, creándose así una situación radicalmente diversa a la existente en el momento de celebrar el acuerdo negocial. Esta alteración fundamental del equilibrio se entiende en el sentido de hacer la prestación a cargo de una de las partes excesivamente onerosa, sea porque el valor de ésta se ha incrementado o porque su valor, para la parte que la recibe, ha disminuido de manera notable. Esta figura tiene lugar en razón de las cada vez más complejas relaciones contractuales internacionales, siendo necesario para que se desarrollen satisfactoriamente, la buena fe contractual de las partes obligadas a lo largo de todas las fases del contrato, y una intensa y permanente

---

(37) BOELE-WOELKI, Katharina. "Principles and Private International Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts?", *Uniform Law Review - Revue de Droit Uniforme NS* - Vol. I, 1996-4, Italia, 1996, p. 656 y ss.

(38) Ver BOUZA VIDAL, Nuria. ob. cit., p. 1042.

cooperación entre éstas entendiendo el negocio contractual como un objetivo mutuo en el cual convergen los intereses de ambas partes, aunque estos sean divergentes o contrapuestos<sup>39</sup>.

La figura de excesiva onerosidad se encuentra entre las soluciones que se percibieron como las más adecuadas para las transacciones internacionales, si bien no refleja la solución más aceptada por la mayoría de los sistemas jurídicos estatales ni la más seguida a nivel internacional (*common core approach*).

Ciertamente, se buscó llegar en ciertos casos, a la respuesta que más se ajustaba a las peculiares necesidades del tráfico mercantil internacional aún si ésta no era aceptada o practicada de forma general (*better rule approach*).<sup>40</sup>

La Sección 2 se intitula: “Excesiva onerosidad (Hardship)”, señalando el art. 6.2.2. textualmente, lo que sigue:

*“Hay excesiva onerosidad (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:*

*a-Dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*

*b-Los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*

*c-los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*

*d-el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.*

Las otras normas de los PU que pueden articularse con el artículo mencionado para abordar los contratos con prestaciones pendientes de cumplimiento a partir de la pandemia declarada y las consecuencias sobrevinientes, integran el capítulo 7. Así, el artículo 7.1.1 (definición del incumplimiento) que expresa: “*El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío*”.

Otro importante principio para las actuales circunstancias es el art. 7.1.7 que define la fuerza mayor (*force majeure*) en los siguientes términos:

---

(39) SCHWENZER, Ingeborg. *Force Majeure, Hardship, and the COVID-19, Pandemia*, 19-8- 2020, CEDEP (<https://www.facebook.com/117555814984464/videos/627861448164811/>).

(40) Entre los ejemplos que se citan para ilustrar la aplicación de este Principio, se mencionan cambios políticos o económicos, desastres naturales como terremotos, inundaciones o guerras civiles. Ver GUTIERREZ DE LARRAURI, Natalia, “La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del *Hardship* en los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales”, *Revista de Derecho Privado* N° 44, Universidad de Los Andes, julio-diciembre, 2010, pp. 8-9.

“(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es solo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido”.

Se ha dicho que el art. 7.1.7 participa de un concepto débil de imprevisibilidad/inevitabilidad<sup>41</sup>. Sin embargo, puede aparecer como un elemento consustancial al contrato y en cuyo caso, el hecho de que tenga lugar o no el acontecimiento aleatorio, no modificará en modo alguno las obligaciones establecidas en el contrato.

En la aplicación de este instituto se evidencia un dilema jurídico de vieja data como es la contraposición de principios e intereses que surgen frente a esta situación; mientras por una parte se reconoce el alcance del *pacta sunt servanda*, desde la otra vereda se erige el equilibrio prestacional y la buena fe contractual<sup>42</sup>. Recordemos que el art. 1.7 expresamente recoge la buena fe en el comercio internacional. Se desplaza así el eje de la relación contractual, de la protección subjetiva de la voluntad a la protección objetiva de la confianza en tanto directriz indispensable para la realización, entre otros, de los principios de superioridad del interés común sobre el particular, de igualdad (en su cara positiva) y de buena fe, en su forma objetiva<sup>43</sup>.

Las tres funciones del principio de la buena fe contempladas en este artículo son, en primer término, la interpretativa, en segundo lugar la de complementar derechos y deberes no expresados en el contrato o la ley aplicable, lo que es equiva-

(41) Conf. DIEZ-PICAZO, Luis - GUILLON, A. *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9º ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 201.

(42) Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana - VILLEGAS Candela, “¿Qué ley se aplica ante el incumplimiento contractual internacional frente a la Pandemia COVID-19?”, en *Los desafíos del derecho frente a la Pandemia Covid -19. Mirada del Derecho Argentino con aportes del derecho comparado*, Universidad Siglo 21 – Legister.com. (Directores: Altavilla, C. - Villegas, C.), 2020.

(43) MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, vol. 3, set/ dez 1992, p. 142.

lente a la doctrina de los términos implícitos del *common law*<sup>44</sup>, y la tercera función es derogatoria o restrictiva pues impide que una norma prevista en el contrato o en el derecho aplicable incida sobre la relación en el supuesto en que sus efectos sean contrarios a la buena fe<sup>45</sup>.

En el mismo capítulo 7, hay otros Principios que pueden articularse con los transcritos, a saber: el art. 7.1.4 referido a la subsanación del incumplimiento; el 7.1.5, sobre el período suplementario para el cumplimiento, y el 7.1.6 que se ocupa de las cláusulas de exoneración.

Es dable señalar que los PU, conforme establece el art. 1.4 no restringen “la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”<sup>46</sup>.

¿Cómo interpretar estos principios en pugna en época de Corona Virus?

---

(44) En el *common law*, la exoneración de responsabilidad por imposibilidad o fuerza mayor se ampara en la doctrina de los términos implícitos teniendo como *leading case* el asunto “Taylor vs. Caldwell”, resuelto por el Queen’s Bench, en 1863. Ver: SANCHEZ LORENZO, Sixto. *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Funglode Ed. Santo Domingo, República Dominicana, 2013, p. 124. Se ha sostenido que esta teoría de los términos implícitos ha sido superada en la tradicional aproximación subjetivista del Derecho inglés, siendo sustituida por una teoría de la justicia o equidad razonable. Ver: Cheshire – *Fifot and Furmston’s Law of Contract*, 15ª ed., Oxford University Press, 2006, pp. 724-725. Asimismo, se señala que en el *common law*, la exoneración de responsabilidad por imposibilidad o fuerza mayor que se utiliza, si bien es diferente a como se considera en el derecho romano germánico, llega prácticamente, al mismo resultado por otras teorías, como la de la imposibilidad (*impossibility*), frustración del propósito (*frustration of purpose*) e impracticabilidad (*impracticability*). Ver: DRAETTA, Ugo. “Force Majeure Clauses in International Trade Practice”, *International Business Law Journal*, 1996, p. 548.

(45) Conf. HARTKAMP, Arthur S. “The Concept of Good Faith in the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 3 Spring 1995, p. 65-66.

(46) Ver: BASEDOW, Jürgen. *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*. Trad. Teresa Puig Stoltenberg, Legis, Colombia, 2017, p. 457. En un momento como el que estamos transitando, suelen aparecer en el derecho interno de los Estados, normas coactivas con las que se procura administrar la crisis con medidas de excepción. Estas normas se imponen e interfieren en las relaciones entre particulares, pudiendo modificarlas a partir de entender que están involucrados intereses de orden público. Asimismo, es importante efectuar un particular análisis acerca de las normas de policía del DIPr del juez que interviene, así como las normas de policía del derecho extranjero que deviene aplicable por el funcionamiento de la norma de conflicto de la ley propia, y también de las normas de policía de terceros Estados que deban tenerse en cuenta en el caso concreto. Ver sobre este tema: UZAL, María Elsa. “Impacto del COVID-19 en los contratos internacionales. La relevancia del abordaje del problema desde las normas de policía”, *La Ley*, 2020-D, 6-7-2020.

## B. *Los Principios sobre los contratos internacionales UNIDROIT y Covid-19*

En el marco de la pandemia y la grave crisis económica que resulta innegable de cara a las circunstancias, la Secretaría de UNIDROIT viene preparando una serie de documentos orientadores atendiendo al impacto de la COVID-19 en la aplicación de varios de los principales instrumentos de UNIDROIT. El objetivo es ilustrar el modo en que estos documentos guía, pueden resultar de interés a un importante número de actores (*v.g.* legisladores nacionales o internacionales, operadores jurídicos, expertos, etc.) que actualmente afrontan serios desafíos en varias áreas como son la administración de justicia, el derecho, y la economía en general<sup>47</sup>.

Estimamos que la actitud asumida por la Secretaría de UNIDROIT, no pudo ser más oportuna. Particularmente, nos referimos a la publicación efectuada el pasado 15 de julio del año en curso, de una Nota acerca de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales y la crisis sanitaria de la COVID-19<sup>48</sup>.

Luego de una suerte de introducción relativa al inicio de la crisis sanitaria y económica que tiene lugar en el mundo a partir de la declaración de la pandemia, el documento hace hincapié en los efectos que la coyuntura genera en las relaciones contractuales.

En este orden de ideas, señala que, en materia de contratos internacionales, existe un riesgo adicional al que se plantea en la contratación nacional, como resultado de una falta de coherencia y coordinación entre las soluciones previstas dentro de los diferentes países. Esta circunstancia es considerada como un obstáculo que influirá en la recuperación económica a medida que la pandemia vaya perdiendo vigor. A partir de este panorama, se puede acudir a los instrumentos jurídicos transnacionales, modernos, que ofrecen soluciones de vanguardia, flexibles y adaptables a las diversas circunstancias imperantes en cada país.

Bajo esta perspectiva se deja en claro que el propósito del documento es ofrecer orientaciones sobre la manera en que los Principios pueden ayudar a resolver los principales problemas contractuales causados por la pandemia y por las medidas adoptadas en consecuencia. Se pretende guiar al lector a través del proceso conduciéndolo a la formulación de preguntas apropiadas así como a considerar los hechos y circunstancias relevantes de cada caso particular. UNIDROIT reconoce que las soluciones variarán de acuerdo con el contexto dispar de la pandemia en cada jurisdicción e, incluso siendo un conjunto de reglas flexibles, no hay una respuesta única para todos los conflictos que vayan a presentarse.

En cuanto al alcance que reconoce el documento, la nota se detiene en señalar que la pandemia puede obstaculizar la ejecución normal de los contratos comerciales

(47) UNIDROIT, C.D. (99) (B.), August 2020.

(48) Se destaca también la celebración de webinarios sobre los PU, como el que tuvo lugar por vía remota, IBA Webinar, "Covid-19 and UPICC Solutions", el 3 de setiembre de 2020.

de numerosas maneras, aunque los problemas más evidentes girarán en torno a la ejecución por al menos, de una de las partes.

La pregunta es si las partes pueden invocar la COVID-19 como causal de exoneración de responsabilidad en caso de no cumplir y en su caso, sobre la base de qué conceptos y en qué condiciones.

Además, agrega que el análisis que se realice, debe también cubrir otra situación, esto es si es posible de llevar a cabo la ejecución de las prestaciones, o si en razón de las circunstancias sobrevenidas, las prestaciones han devenido sensiblemente difíciles o excesivamente onerosas.

El documento diferencia entre las situaciones a nivel nacional e internacional, correspondiendo a este último ámbito, la fuerza mayor y *hardship*.

Teniendo presente la aplicación práctica que han tenido los Principios, el documento emitido en definitiva propone:

- “1. Ayudar a las partes a usar los Principios al implementar e interpretar sus contratos existentes o al redactar otros nuevos en los tiempos de la pandemia y sus consecuencias;
2. Asistir a los tribunales ordinarios y arbitrales, u otros órganos de decisión, en la resolución de disputas que surjan de dichos contratos; y
3. Proporcionar a los legisladores una herramienta para modernizar sus normas de Derecho contractual, cuando sea necesario, o posiblemente incluso para adoptar normas especiales para la situación actual de emergencia”<sup>49</sup>.

### **3. La Cámara de Comercio Internacional - cláusulas de fuerza mayor y *hardship***

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en Paris, cuya existencia se remonta a casi un siglo atrás (1919), es una organización privada con status de organismo de consulta ante las Naciones Unidas<sup>50</sup>.

En marzo de 2020 aprobó las cláusulas sobre fuerza mayor y *hardship*<sup>51</sup>. En cuanto a la primera, reconoce que la fuerza mayor es un concepto que, aunque la mayoría de los sistemas legales conocen, los principios desarrollados en los ordenamientos jurídicos nacionales sobre la figura, pueden mostrar sustanciales diferencias. Para superar este problema, las partes contractuales suelen acordar soluciones autónomas, al incluir en sus contratos cláusulas de fuerza mayor que contienen soluciones que no dependan de las particularidades de las leyes nacionales.

---

(49) Recogemos el claro resumen de la Nota efectuado por MADRID MARTINEZ, Claudia. Contratación internacional y COVID-19 (<https://cartasblogatorias.com/2020/08/03/contratacion-internacional-y-covid-19/>).

(50) <https://iccwbo.org/about-us/>

(51) Ver <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/icc-clausulas-fuerza-mayor-hardship-marzo-2020.pdf>

Con el propósito de ayudar a las partes a redactar y negociar tales cláusulas, la CCI ha creado dos cláusulas de fuerza mayor equilibradas: la 'Forma Extensa' y la 'Forma Abreviada'.

La cláusula de fuerza mayor de la CCI (Forma Extensa) puede incluirse en el contrato o incorporarse por referencia indicando: "La Cláusula de Fuerza Mayor de la CCI (Forma Extensa) queda incorporada al presente contrato".

Las partes pueden también utilizar la cláusula como base para redactar una cláusula 'hecha a medida' que tenga en cuenta sus necesidades específicas.

Ahora bien, si las partes prefieren una cláusula más breve, podrán incluir en el contrato la "Forma Abreviada" de la cláusula de fuerza mayor de la CCI.

La diferencia entre ambos formularios radica también, en la orientación que ofrece el formulario que incorpora la Forma Extensa, de la que carece el de Forma Abreviada.

En relación a la cuestión acerca de qué constituye fuerza mayor, la cláusula de la CCI pretende lograr un equilibrio entre los requisitos generales de la fuerza mayor que deben cumplirse en todos los casos, y la indicación de hechos presuntamente fuera del control de las partes y no previsibles en el momento de la celebración del contrato.

La definición que comprende de esta figura, proporciona un umbral más bajo para invocar la cláusula que la mera imposibilidad de cumplimiento.

En cuanto a la excesiva onerosidad, aunque los diversos ordenamientos suelen partir de la necesidad de proteger a la parte cuyo cumplimiento se ha hecho excesivamente oneroso, tal protección es brindada de manera muy diferente. Así, tal como reconoce la CCI, "Cuando las leyes nacionales exigen de las partes que renegocien el contrato, y la renegociación fracasa, las consecuencias de ello pueden variar: según algunas leyes, la parte desfavorecida solo tendrá derecho a resolver el contrato, mientras que en otras leyes la parte desfavorecida tendrá el derecho de solicitar a un juez o a un árbitro la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias".

Desde esta perspectiva, con el objetivo de aumentar la seguridad, la CCI ofrece una cláusula modelo que, incorporada en el contrato funcionaría independientemente del Derecho aplicable al contrato. Esta cláusula proporciona dos opciones entre las cuales las partes deben elegir: la adaptación o la resolución del contrato<sup>52</sup>.

---

(52) Se ha seguido la página: ICC Spain. International Chambers of Commerce. Traducción al español de Ricardo Gené, socio del Estudio Ventura Garcés y López-Ibor Abogados.

#### 4. El Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y la pandemia

Este Instituto, fundado en 1951, es una asociación científica sin carácter político, dedicada al estudio, desarrollo y promoción del Derecho internacional. Los miembros y asociados del IHLADI son expertos en Derecho internacional que pertenecen a más de veinte países de la comunidad iberoamericana y filipina<sup>53</sup>.

En sesión del 16 de julio de 2020, adoptó recomendaciones relativas a la frustración de contratos internacionales motivadas en la pandemia COVID-19<sup>54</sup>.

Como punto de partida, el IHLADI considera que la diversidad de soluciones que los diversos sistemas aportan a los casos de fuerza mayor y excesiva onerosidad genera un estado de incertidumbre que se ve agravado por la paralización o congestión de los procedimientos judiciales debido a la propia pandemia.

Consideró que, a efectos de “reforzar la armonización progresiva del Derecho de los contratos internacionales”, recomienda a los Estados, jueces y árbitros tener en cuenta las “pautas, soluciones e interpretaciones contenidas en la Guía sobre el Derecho aplicable a los Contratos internacionales en las Américas del Comité Jurídico interamericano de la OEA”. Recuérdese que este instrumento tiene como objetivo “impulsar aspectos importantes del derecho aplicable a dichos contratos... a fin de promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo”.

Asimismo, se recomienda fomentar la autonomía de las partes en la elección del Derecho aplicable al contrato, en especial permitiendo el recurso a cuerpos legales no nacionales o de *soft law*, tales como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios OHADAC<sup>55</sup> sobre los contratos comerciales internacionales o los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos.

Por otra parte, se sugiere a las organizaciones internacionales implicadas en el desarrollo y armonización del Derecho de los contratos internacionales, trabajar en la optimización de la compatibilidad entre textos convencionales y de *soft law* y, a tal

---

(53) <http://ihladi.net/el-instituto/>

(54) Ver en: <http://ihladi.net/wp-content/uploads/2020/07/COVID-19-y-frustraci%C3%B3n-de-contratos-internacionales.pdf>

(55) La OHADAC es la organización para la armonización del derecho mercantil para el Caribe. En su seno se crearon los Principios OHADAC para los contratos comerciales internacionales. Su objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho mercantil en el marco geográfico que abarca. La armonización constituye un medio esencial para conseguir facilitar e intensificar los intercambios comerciales en ese espacio regional, al tiempo que procurar, a la larga, sumar esfuerzos para reforzar su papel en el marco del mercado mundial, estrechando lazos tanto económicos como políticos entre los países de la región. Ver: <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>

efecto, seguir en la línea de los trabajos llevados a cabo en la CNUDMI destinados a la elaboración de una Guía Legal relativa a instrumentos jurídicos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales.

El documento de IHLADI efectúa una recomendación a las empresas y operadores económicos, en el sentido de que en los contratos internacionales de larga duración o de ejecución diferida, “deben ponderar la necesidad de incluir en el contrato cláusulas expresas de fuerza mayor, frustración del contrato, excesiva onerosidad y hardship”, las que deben completarse con “cláusulas de mediación, conciliación o arbitraje específicas para los casos de cambio de circunstancias”. A tal efecto, cita tanto los instrumentos elaborados por UNIDROIT como por OHADAC.

El Instituto dirige también, una recomendación especial a los Estados representados en él que no cuentan con una reglamentación particular. En este sentido se sugiere la revisión parcial de las normas generales sobre contratos incluidas en sus cuerpos normativos en materia civil y mercantil, estableciendo una regulación específica de los efectos de las circunstancias sobrevenidas, que produzcan imposibilidad o excesiva onerosidad en el cumplimiento o frustración de la causa o bases negociales del contrato.

Asimismo, se efectúan recomendaciones a las instituciones arbitrales, con el fin de establecer reglas de arbitraje específicas para procedimientos abreviados que den una respuesta a la necesidad de una solución ágil, eficiente y ponderada de resolución o adaptación de contratos y otras relaciones jurídicas afectadas por la COVID-19 y acontecimientos sobrevenidos de alcance similar.

### *5. Una importante iniciativa*

Entre la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el UNIDROIT y la CNUDMI, se lleva a cabo una importante iniciativa en el ámbito contractual internacional que, si bien nada tiene que ver con la COVID-19, seguramente contribuirá en alguna de sus instancias, a brindar respuestas conjuntas a los problemas contractuales internacionales que surgirán a partir de la pandemia. No podemos dejar de mencionar el trabajo que desarrollan, aunque nuestro norte en la presente entrega gira en torno a la contratación internacional y la COVID-19. Sucede que en esta iniciativa intervienen organizaciones internacionales dedicadas a la elaboración de normativa internacional en tareas concomitantes y un mismo ámbito material y espacial.

El trabajo consiste en una Guía Jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (con énfasis en la compraventa), hecho que resulta altamente significativo teniendo en cuenta sus objetivos.

Bien se conoce que los tres foros de codificación del derecho mencionados llevan mucho tiempo trabajando en textos jurídicos uniformes en aras de avanzar en

la armonización y modernización del derecho de los contratos comerciales<sup>56</sup>, como fuera referido a lo largo de estas páginas, textos que no se limitan a los enunciados, sino que se han elaborado otros documentos independientes y/o complementarios<sup>57</sup>.

A fin de proporcionarles un soporte adecuado para su interpretación y aplicación, las tres organizaciones han creado una serie de herramientas, como son: el sistema de información sobre jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (CLOUT); la base de datos UNILEX, que recopila, entre otras cosas, la jurisprudencia internacional relativa a los Principios UNIDROIT, y las Cláusulas Modelo para el Uso de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

El objeto de la Guía jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (con énfasis en la compraventa) es “aclarar la relación existente entre esos textos con miras a promover su aprobación, utilización e interpretación uniforme y, en última instancia, la creación de un entorno jurídico previsible y flexible para las operaciones comerciales transfronterizas sobre la base del principio de la libertad contractual”.

Sin embargo, es importante destacar que no se pretende favorecer ninguna interpretación en particular de los textos uniformes ni ofrecer ninguna interpretación novedosa de ellos.

La Guía nace a partir de una propuesta conjunta<sup>58</sup>, que es resultado de una serie de eventos organizados por la secretaría de la CNUDMI con motivo del 35º aniversario de la CVCIM, y fue aprobada por los órganos rectores de la Conferencia de La Haya, la CNUDMI y el UNIDROIT.

---

(56) En la Guía se hace referencia a textos legislativos, como tratados y leyes modelo, así como a principios y cláusulas modelo concebidos para que las partes los apliquen en sus contratos.

(57) Así, además de la CVCIM y los PU, cabe citar: los Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, en tanto la CNUDMI preparó tratados muy relacionados con la CIM que complementan otros instrumentos de la Comisión que regulan algunas cuestiones específicas, a saber: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de 2005 y la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1974, enmendada en 1980. La Conferencia de La Haya aprobó en su devenir una serie de tratados que contienen normas sobre elección de la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional, que fueran mencionados en este trabajo antecedentes de la CVCIM: el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Bienes Muebles Corporales (1955), el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación (1978), y el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1986).

(58) Propuesta conjunta sobre la cooperación en el ámbito del derecho de los contratos comerciales internacionales (con hincapié en la compraventa) (A/CN.9/892). El texto fue compilado por las respectivas secretarías, con aportaciones de un grupo de cinco expertos de diferentes tradiciones jurídicas y distinto origen geográfico, a saber: Neil Cohen (Estados Unidos de América), Lauro da Gama e Souza Jr. (Brasil), Pilar Perales Viscasillas (España), Hiroo Sono (Japón) y Stefan Vogenauer (Alemania).

El instrumento jurídico se concibe como un documento evolutivo y las tres secretarías se comprometen a mantener en estudio con miras a su revisión periódica<sup>59</sup>.

### III. Reflexiones para comenzar...

Uno de los más agudos problemas que se reconoce en el Derecho de los contratos es la excesiva onerosidad o *hardship*, que constituye una situación diferente de los supuestos de imposibilidad, incluida la imposibilidad económica u onerosidad extrema, aunque la determinación de si la onerosidad es excesiva o extrema no deja de ser una cuestión meramente relativa.

El *hardship* hace referencia a acontecimientos o circunstancias sobrevenidas igualmente imprevisibles y ajenas a las partes, si bien no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes<sup>60</sup>.

Se puede advertir que, aunque las circunstancias sobrevenidas tienen la misma configuración en los supuestos de imposibilidad y en los de excesiva onerosidad, la diferencia radica en los efectos que producen sobre la posibilidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, sobre los efectos del incumplimiento en la responsabilidad del deudor.

La importancia del *pacta sunt servanda* no se discute, empero, en la práctica, frente a una circunstancia como la que actualmente encuentra sumergida a la humanidad, es menester reconocer que una aplicación rígida es inviable y requiere ser mitigada y flexibilizada.

A partir de la situación por las que hoy atravesamos, un sin número de interrogantes nacen fruto de la “nueva normalidad”, que los jueces y árbitros deberán responder frente a las demandas que se planteen en el ámbito contractual internacional.

Las guías orientadoras y recomendaciones elaboradas a efectos de brindar criterios interpretativos de textos legales, resultan una herramienta sumamente útil y oportuna que generará una jurisprudencia sobre la cual habrá que trabajar en una próxima etapa.

Al margen de las regulaciones existentes, de la innegable importancia de la ley aplicable al contrato y de los instrumentos de armonización internacional, conviene progresar en la ‘autotutela’ comercial, incorporando en los contratos de larga duración, cláusulas específicas de *hardship*, que es el remedio más seguro frente a

(59) Ver: <http://undocs.org/es/A/CN.9/1029>

(60) Ver: SANCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho contractual comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, 3ª ed., vol. II, Civitas/Thomson Reuters, Universidad de Granada, España, 2016, p. 735.

la imprevisibilidad, no de los ‘actos de Dios’, sino de la ‘pluralidad de legislaciones del hombre’.

Los juristas, nuevamente se ven obligados a agudizar su ingenio para buscar soluciones a los reclamos que, a no dudarlo, provocarán los hechos actuales en los contratos internacionales, pues se generarán notorios desequilibrios entre las prestaciones intercambiadas.

Habrá que contribuir desde la faz legal a dar claridad a los preceptos, a poner blanco sobre gris, como así también, a buscar soluciones armoniosas cuando se observen interpretaciones disímiles.

¿Cómo proceder? Una de las vías, se concreta en las guías que proponen postulados coherentes ante lo que aparece como insuperable.

Sin embargo, queda mucho por hacer, y muchos interrogantes por responder; los operadores jurídicos y la doctrina, tienen una ardua labor a la vuelta de la esquina, quizás más cerca aún.

Como bien expresara el escritor uruguayo Mario Benedetti, “Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto cambiaron todas las preguntas”.