

## Excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship* *Excessive onerosity, hardship and hardship clause*

Sergio García Long<sup>1</sup>

**Resumen.** Desde una perspectiva comparada y transnacional, este trabajo se enfoca en el fenómeno de las circunstancias inesperadas en el derecho de contratos, y en específico, sobre la *hardship* y los diversos modelos de *hardship* propuestos por (i) las codificaciones civiles, (ii) los instrumentos internacionales de derecho uniforme, y (iii) la práctica contractual internacional. La pandemia hizo que la *hardship* se ponga de moda, pero con ocasión de ello se observó que la *hardship* no era realmente comprendida. Para corregir lo anterior es necesario un estudio que tenga en cuenta los tres niveles de análisis mencionados y que permita distinguir entre excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship*. Solo así se entenderá la verdadera extensión de la *hardship* en los contratos y la interacción de sus modelos entre el Civil Law y Common Law.

**Abstract.** *From a comparative and transnational perspective, this work focus on the phenomenon of unexpected circumstances in contracts, and specifically, on hardship and the various models of hardship proposed by (i) civil codifications, (ii) international uniform law instruments, and (iii) international contractual practice. The pandemic made hardship fashionable, but with that was revealed that hardship was not really understood. To fix that, it is needed a study which includes the three levels of analysis aforementioned and to distinguish between excessive onerosity, hardship and hardship clause. Only this will allow to understand the real extension of hardship in contracts and the interaction of its models between Civil Law and Common Law.*

**Palabras clave.** Contratos, circunstancias inesperadas, excesiva onerosidad, *hardship*, cláusula *hardship*

**Keywords.** *Contracts, unexpected circumstances, excessive onerosity, hardship, hardship clause*

**Sumario:** I. Introducción. II. Precisiones terminológicas. III. Excesiva onerosidad. IV. *Hardship*. V. Cláusula *hardship*. VI. La pandemia. VII. Reflexiones finales. Referencias bibliográficas

### I. Introducción

El estudio de las circunstancias inesperadas<sup>2</sup> es uno de los temas más complejos del derecho de contratos. Entiéndase por circunstancias inesperadas a todo impedimento sobrevenido que afecta al contrato

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (summa cum laude). Su actividad profesional y académica se enfoca en Derecho de Contratos, Societario, Fusiones & Adquisiciones, Financiamientos y Arbitraje. Asociado en Vargas Pareja Abogados. Ha sido profesor adjunto en Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP. Autor de libros, artículos y editor de obras colectivas en temas de su especialidad.

2 El uso de este término en el derecho comparado radica en el hecho de que existen diversas terminologías para referirse a todos los eventos sobrevenidos que pueden afectar un contrato y los diferentes efectos que pueden causar en el mismo. Por ello, se emplea el término general y omnicompreensivo “circunstancias inesperadas” (“*unexpected circumstances*”). Véase la obra colectiva bajo la edición de Hondius y Grigoleit (2011).

sin culpa de las partes. Dentro de esta materia, se han discutido innumerables teorías. Desde una perspectiva comparada, y pensando en un derecho contractual transnacional, las circunstancias inesperadas pueden generar los siguientes efectos: (1) *force majeure*, o (2) *hardship*<sup>3</sup>. En esta oportunidad nos enfocamos en la *hardship*.

Se recurre al derecho comparado con el fin de conocer las diversas visiones que existen en las jurisdicciones del Civil Law y Common Law, pero además, también se toma en cuenta a los principales instrumentos de uniformización (*soft law* y *hard law*) que son fuente del derecho contractual transnacional, lo cual nos permite estar al tanto de las mejoras que se han propuesto en relación a los derechos nacionales, los consensos logrados a nivel internacional, y de cuáles son las tendencias en la *lex mercatoria*. Al respecto, se tendrá en cuenta a la CISG<sup>4</sup>, PICC<sup>5</sup>, PECL<sup>6</sup>, DCFR<sup>7</sup>, CESL<sup>8</sup>, PLDC<sup>9</sup>, OHADAC Principles<sup>10</sup>, TransLex Principles<sup>11</sup>, ITC<sup>12</sup> y ICC<sup>13</sup>.

Así, se parte de la premisa de que existen modelos de *hardship*, tanto civilistas como anglosajones. Estos modelos pueden apreciarse en tres niveles: (1) derechos nacionales, (2) instrumentos de uni-

formización, y (3) práctica contractual internacional. Esta diversidad de modelos hace complejo el entendimiento de la *hardship*. Como en la torre de Babel, cada uno habla su propio idioma. Solo una visión comparada y transnacional nos permitirá comprender de verdadera extensión del fenómeno de las circunstancias inesperadas y la *hardship*, y así, se evitará discusiones innecesarias.

## II. Precisiones terminológicas

La denominación que prima en la actualidad en la práctica contractual y el comercio internacional es “*hardship*”, a pesar de la existencia de diferentes denominaciones que se usan para referirse al mismo problema. En las codificaciones civiles se utilizan etiquetas como “*imprévision*” (imprevisión) (Francia), “*Geschäftsgrundlage*” (base del negocio) (Alemania), “*eccessiva onerosità sopravvenuta*” (excesiva onerosidad sobrevenida) (Italia), “*onvoorziene omstandigheden*” (circunstancias imprevistas) (Holanda) o “*rebus sic stantibus*” (estando así las cosas) (España), mientras que en los instrumentos de uniformización se usa “*change of circumstances*” (PECL, DCFR, CESL), “cambio de circunstancias” (PLDC) o “*hardship*” (CISG,

3 Es usual entre los civilistas hacer referencia a la *frustration of purpose* en los derechos nacionales. Sin embargo, desde una perspectiva comparada y transnacional, es innecesario hacer mención a la misma desde que ella se encuentra subsumida en diversos supuestos de *force majeure* o *hardship*. Por ello, la *frustration of purpose* no es mencionada en la CISG, PICC o PECL. Es mencionada en los OHADAC Principles pero para indicar que está subsumida en la *hardship*. Por el contrario, está mencionada de manera autónoma en los PLDC siendo esta una excepción, la cual consideramos que no debe replicarse y que se explica en este caso por la influencia del derecho argentino en los redactores de los PLDC (el derecho argentino reconoce una norma expresa para la frustración del fin adicionalmente a aquella dedicada a la imprevisión).

4 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

5 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

6 Principles of European Contract Law.

7 Draft Common Frame of Reference.

8 Common European Sales Law. Aunque en el 2014 se haya descartado su implementación en la Unión Europea, ha quedado como un antecedente útil, sobre todo porque desde su publicación en el 2011 generó una importante publicación de trabajos que la analizaron y la compararon con otros instrumentos como la CISG, PICC, PECL y DCFR.

9 Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

10 Organization for the Harmonization of Commercial Law in the Caribbean Principles on International Commercial Contracts.

11 Principles on Transnational Law.

12 International Trade Centre.

13 International Chamber of Commerce.

PICC, ICC, ITC, OHADAC Principles, Trans-Lex Principles). A pesar de esta variedad de etiquetas, todas contienen el mismo desarrollo desde que regulan el mismo problema: la excesiva onerosidad, o de manera más amplia, el desequilibrio económico del contrato<sup>14</sup>.

Por ello, sin perjuicio del nombre usado para referirse a la institución jurídica, las codificaciones civiles o instrumentos de uniformización se refieren de manera expresa a la “excesiva onerosidad” en el contenido, sea por el incremento de costos en la prestación o por la devaluación de la contraprestación. Entonces, a pesar que “*hardship*” suele ser literalmente traducido al castellano como “dificultad”, esta es una mala traducción pues legalmente se refiere a la “excesiva onerosidad”.

Debido a este diferente uso terminológico, la práctica internacional optó por la uniformización y emplea el término “*hardship*” en virtud del desarrollo de las cláusulas *hardship*. Como señala el comentario 2 al artículo 6.2.1 de los PICC:

The phenomenon of hardship has been acknowledged by various legal systems under the guise of other concepts such as frustration of purpose, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *eccessiva onerosità sopravvenuta*, etc. The term “hardship” was chosen because it is widely known in international trade practice as confirmed by the inclusion in many international contracts of so-called “hardship clauses”.

Por tal motivo, el término “*hardship*” puede ser empleado de manera omnicompreensiva para referirse al fenómeno de la excesiva onerosidad del

contrato. Sin embargo, desde que existen diferentes modelos de *hardship*, es necesario realizar una ulterior distinción terminológica a efectos expositivos.

El análisis de la *hardship* tiene tres niveles: (1) derechos nacionales, (2) instrumentos de uniformización, y (3) práctica contractual internacional. Como tal, se usarán términos distintos para referirse a los diferentes modelos que se presentan en estos tres niveles de análisis. Cuando se use “excesiva onerosidad” se refiere a los derechos nacionales, “*hardship*” para los instrumentos internacionales de uniformización y “cláusula *hardship*” para la práctica contractual internacional. Esta distinción permitirá comprender mejor los distintos modelos de *hardship* que existen y cómo los mismos interactúan entre sí.

### III. Excesiva onerosidad

En los derechos nacionales y las respectivas codificaciones civiles existe una torre de Babel en torno a la regulación de la excesiva onerosidad, debido a que se hablan idiomas distintos. Sin perjuicio del uso de denominaciones distintas, todas se refieren en el contenido a la excesiva onerosidad. Algo que caracteriza al modelo de la excesiva onerosidad según las codificaciones civiles es que (1) se trata de un remedio judicial, (2) que permite la intervención de las cortes para adaptar y/o resolver el contrato (según el modelo adoptado).

En el siglo XIX, las principales codificaciones civiles no contenían una regla sobre la *rebus sic stantibus*, a pesar de que estuvo reconocida en algunos

14 Philippe (1986) propuso la denominación «*bouleversement de l'économie contractuelle*», usualmente traducida al inglés como «*upheaval of the economy of the contract*» y que podría traducirse al castellano como «agitación de la economía del contrato». Philippe identificó que existía un problema que era tratado de manera distinta en las siete jurisdicciones que estudió (Francia, Bélgica, Inglaterra, Alemania, Italia, Suiza y Holanda), existiendo teorías distintas en cada jurisdicción, cada una con sus propios fundamentos y terminología. Por ello, hablaba de manera general de «*bouleversement de l'économie contractuelle*» para enunciar al problema objeto de estudio. En Francia y Quebec también se habla de «*économie du contrat*».

códigos antiguos como el Código Civil bávaro de 1756, el Código Civil prusiano de 1794 y el Código Civil austriaco de 1812. Muestra de ello, fue que el Code Civil francés de 1804 no reconoció a la *rebus sic stantibus* o *imprévision*. La única excusa contractual era el *cas fortuit* o la *force majeure*. El respecto del *pacta sunt servanda* del original artículo 1134 del Code Civil era absoluto, y ello quedó resuelto en el famoso caso del Canal de Craponne (1876)<sup>15</sup>. A pesar que Francia mantuvo por muchos años el respeto estricto de que “el contrato es ley para las partes” (*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*)<sup>16</sup>, otras jurisdicciones civilistas fueron relativizando dicha regla para reconocer al *rebus sic stantibus*.

En Alemania, la doctrina de la *Geschäftsgrundlage* (base del negocio) fue desarrollada por la jurisprudencia en virtud del artículo 242 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) que regula a la *Treu un Glauben* (buena fe). Fue recién con la reforma del 2002 que se introduce el artículo 313 que reconoce de manera expresa a la alteración de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*)<sup>17</sup>.

### § 313. Alteración de la base del negocio

(1) Si con posterioridad a la celebración del contrato **se han modificado de modo sustancial las circunstancias que han devenido la base del contrato** y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, **puede exigirse la adaptación del contrato** en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso con-

creto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

(2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos.

(3) Si no es posible o no es exigible razonablemente a una parte la adaptación del contrato, **la parte perjudicada puede resolver el contrato**. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia. (Énfasis agregado)

En Italia, el artículo 1467 del Code Civile reconoce la teoría de la “*eccessiva onerosità sopravvenuta*” (excesiva onerosidad sobrevenida)<sup>18</sup>.

### Sección III

#### De la excesiva onerosidad

Artículo 1467. Contrato con prestaciones recíprocas

En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes deviene en **excesivamente onerosa** debido a la ocurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede **demandar la resolución del contrato**, con los efectos establecidos en el artículo 1458.

La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida se encuentra dentro del alea normal del contrato.

15 Sobre la imprevisión en Francia, véase Legrand (1989, p. 910); Zimmermann (2004, p. 80-81).

16 Sobre el *pacta sunt servanda* en Francia, véase Tallon (1994).

17 Sobre el desarrollo de la base del negocio en Alemania, véase Horn (1985, p. 19-20); Gordley (2006, p. 349).

18 Sobre la excesiva onerosidad sobrevenida en Italia, véase Macario (2006); Gabrielli (2012); Gallo (2019).

**La parte contra quien se solicita la demanda de resolución puede evitarla ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato.** (Énfasis agregado)

En España, la excesiva onerosidad no se encuentra reconocida en su Código Civil. Sin embargo, la doctrina de la *rebus sic stantibus* ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia española<sup>19</sup>. Por ejemplo, en la Sentencia del 9 de julio de 1984, el Tribunal Supremo señaló lo siguiente:

[...] pero como este cambio en la forma de prestar el servicio [...] implica un considerable **incremento del costo** del mismo, que agrava desmesuradamente la obligación contraída, no está obligada a prestar este servicio inevitablemente ampliado, sino que por aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, admitida por la Jurisprudencia, tiene **derecho a modificar las condiciones de prestación del servicio**, reintegrándose de ese gasto adicional a través del cobro de los mismos<sup>20</sup>. (Énfasis agregado)

En Holanda, se encuentra regulada las “*onvoorziene omstandigheden*” (circunstancias imprevistas) conforme al artículo 6:258 del Burgerlijk Wetboek (BW)<sup>21</sup>.

Artículo 6:258. Circunstancias imprevistas

1. En virtud de un derecho de acción de una de las partes de un contrato, **la corte puede cambiar los efectos legales del contrato o resolverlo en su totalidad o en parte** si hay **circunstancias imprevistas** de tal naturaleza que la otra parte, de acuerdo a los estándares de razonabilidad y equidad, no pueda esperar una continuación sin cambios del contrato.

**La corte puede modificar o resolver el contrato con efecto retroactivo.**

2. La corte no modificará ni resolverá el contrato en la medida que las circunstancias imprevistas, en vista de la naturaleza del contrato o de la opinión común, deban quedar por cuenta de la parte que invoca estas circunstancias.

3. Para los efectos de este artículo, una persona a quien se le haya transferido un derecho u obligación del contrato, se equipara con una parte original de ese contrato. (Énfasis agregado)

El modelo del legislador italiano, y sobre todo, la denominación “excesiva onerosidad”, fue seguido por otras jurisdicciones civilistas, algunas europeas, africanas, y sobre todo latinas<sup>22</sup>. Por un lado, algunas jurisdicciones importaron el procedimiento italiano que otorga a la parte afectada el derecho a demandar la resolución del contrato, permitiendo a la otra parte la posibilidad de oponer la adaptación, mientras que otras le otorgan a la parte afectada la opción entre demandar la resolución o la adaptación, y de optarse por la resolución, algunas jurisdicciones permiten oponer la adaptación mientras que otras no. Incluso, algunas jurisdicciones invirtieron el procedimiento del legislador italiano y le otorgan a la parte afectada solo el derecho a demandar la adaptación del contrato. Por otro lado, mientras algunas jurisdicciones civiles usan de manera expresa la denominación “excesiva onerosidad” en el título de la respectiva sección o disposición legal, otras no tienen título alguno u de tenerlo prefieren por un término distinto. Sin perjuicio de lo anterior, en todos los casos se hace referencia a la “excesiva onerosidad” en el contenido. Sea la técnica legis-

19 Sobre el desarrollo jurisprudencial de la *rebus sic stantibus* en España, véase Salvador Coderch (2009); Carrasco Perera (2015).

20 Sánchez González (1990, p. 39).

21 Sobre las circunstancias imprevistas en Holanda, véase Hartkamp (1992); De Vries (2001).

22 Sobre la excesiva onerosidad en países latinos, véase Muñoz (2010).

lativa que se haya empleado, se puede observar que la denominación “excesiva onerosidad” es la más usada.

En Portugal, el artículo 437 de su Código Civil señala lo siguiente:

#### Subsección VII

#### Resolución o modificación del contrato por **alternación de las circunstancias**

##### Artículo 437. Condiciones de admisibilidad

1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido una **alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato, o a su modificación según juicios de equidad**, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumidas afecten gravemente los principios de la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato.

2. **Requerida la resolución, la parte contraria podrá oponerse a la solicitud, declarando la aceptación de la modificación del contrato en los términos del párrafo anterior.** (Énfasis agregado)

En Grecia, el artículo 388 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 388. Si las circunstancias en que las partes, teniendo en cuenta la buena fe y los usos del tráfico, decidieron celebrar un contrato sinalagmático, cambian posteriormente, por razones extraordinarias que no eran posible prever, y si, como consecuencia de este cambio, el cumplimiento de las obligaciones, teniendo en cuenta las contraprestaciones, resulta **excesivamente gravoso** para el deudor, éste **podrá solicitar al juez que reduzca** las obligaciones a su discreción en la medida adecuada, **o resolver la totalidad del contra-**

**to o de la parte no ejecutada.** En el caso que se declare la resolución del contrato, todas las obligaciones derivadas del mismo dejarán de existir, y las partes se obligan mutuamente a devolver todo lo recibido de acuerdo con las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa. (Énfasis agregado)

En Egipto, el artículo 147 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 147. El contrato hace la ley entre las partes. Puede ser revocado o modificado solo por consentimiento mutuo de las partes o por las razones previstas por la ley.

Sin embargo, cuando como consecuencia de hechos excepcionales e imprevisibles de carácter general, el cumplimiento de la obligación contractual, sin llegar a ser imposible, se torne **excesivamente oneroso** de tal manera que amenace al deudor con una pérdida desorbitante, **el juez podrá** según las circunstancias, y después de tomar en consideración los intereses de ambas partes, **reducir** a límites razonables la obligación que se ha vuelto excesiva. Cualquier acuerdo en contrario es nulo. (Énfasis agregado)

En Argelia, 107 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 107. El contrato debe cumplirse de acuerdo con su contenido y de buena fe.

Vincula al contratista, no solo a lo expresado en el mismo, sino también a todo aquello que la ley, la costumbre y la equidad consideren consecuencia necesaria de este contrato según la naturaleza de la obligación.

No obstante, cuando, como consecuencia de hechos excepcionales, imprevisibles de carácter general, el cumplimiento de la obligación contractual, sin llegar a ser imposible, se tor-

ne **excesivamente oneroso**, de modo que amenace al deudor con una pérdida exorbitante, **el juez podrá**, según las circunstancias y después de haber tenido en cuenta los intereses de las partes, **reducir**, en una medida razonable, la obligación que se ha vuelto **excesiva**. Cualquier acuerdo en contrario es nulo. (Énfasis agregado)

En Argentina, el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación señala lo siguiente:

#### Artículo 1091. **Imprevisión**

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna **excesivamente onerosa**, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o **pedir ante un juez**, por acción o como excepción, **la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación**. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia. (Énfasis agregado)

En Brasil, los artículos 478 y 479 de su Código Civil señalan lo siguiente:

Art. 478. En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se vuelve **excesivamente onerosa**, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, **podrá el deudor solicitar la resolución del contrato**. Los efectos de la sentencia que la decreta se retrotrae a la fecha de citación.

Art. 479. **La resolución podrá ser evitada ofreciéndose la modificación equitativa de las condiciones del contrato**. (Énfasis agregado)

En Bolivia, el artículo 581 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 581. Resolución judicial por **excesiva onerosidad** de los contratos con prestaciones recíprocas

1. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado **excesivamente onerosa** por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles **podrá demandar la resolución del contrato** con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

2. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado **onerosa en exceso** era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

3. Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la **onerosidad sobrevinida** está incluida en el riesgo o alea normal del contrato.

4. **El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas**. (Énfasis agregado)

En Paraguay, el artículo 672 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 672. En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la

prestación **excesivamente onerosa**, el **deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato** pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la **onerosidad sobrevenida** estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

**El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.**

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo. (Énfasis agregado)

En Panamá, el artículo 1161-A de su Código Civil señala lo siguiente:

#### Capítulo VI

De la terminación del contrato por **excesiva onerosidad**

Artículo 1161-A. En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser **excesivamente onerosa** por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación **podrá pedir la terminación del contrato.**

No podrá pedir la terminación, si la **onerosidad sobrevenida** entrara en el alea normal del contrato.

**La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.** (Énfasis agregado)

En Cuba, el artículo 80 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 80. **Procederá también la rescisión** de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan **tan onerosa** para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida. (Énfasis agregado)

En Perú, el artículo 1440 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser **excesivamente onerosa** por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, **la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación**, a fin de que cese la **excesiva onerosidad.**

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, **el juez decidirá la resolución del contrato.** La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. (Énfasis agregado)

En Colombia, el artículo 868 del Código de Comercio señala lo siguiente:

Artículo 868. Revisión del contrato por **circunstancias extraordinarias**

Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte **excesivamente onerosa**, **podrá ésta pedir su revisión.**

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado **las bases del contrato** y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, **el juez decretará la terminación del contrato**.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea. (Énfasis agregado)

El Guatemala, el artículo 1330 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 1330. Cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambien de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento **demasiado oneroso** para el deudor, **el convenio podrá ser revisado mediante reclamación judicial**. (Énfasis agregado)

Como vemos, Italia y sus seguidores (sobre todo los latinos), fueron los protagonistas en difundir legislativamente la denominación “excesiva onerosidad”. De allí que a pesar que en otras jurisdicciones civilistas se prefiera hablar de *imprévision* o *rebus sic stantibus*, en el contenido todas se refieren a la excesiva onerosidad de manera expresa.

Una excepción se encuentra en Alemania, cuyo artículo 313 del BGB no se refiere a la excesiva onerosidad al contener una técnica legislativa distinta que abarca tanto a la frustración del propósito como casos de error. A pesar de ello, es claro que la alteración de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*) puede producir excesiva onerosidad<sup>23</sup>.

Finalmente, en Francia fue recién con la reforma del 2016 que la *imprévision* consiguió un lugar en el actual artículo 1195 del Code Civil. El modelo

francés toma en cuenta la tendencia observada en los principales instrumentos de uniformización, y como tal, incluye una primera etapa de renegociación, lo cual es visto como una novedad entre las codificaciones civiles<sup>24</sup>.

Artículo 1195. Si un cambio de circunstancias que era imprevisible al momento de la celebración del contrato hace que la prestación sea **excesivamente onerosa** para una parte que no ha aceptado dicho riesgo, esta parte podrá **demandar la renegociación del contrato a la otra parte**. Ella continuará cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación.

**En caso de rechazo o fracaso en las negociaciones, las partes pueden acordar la resolución del contrato** en la fecha y en las condiciones que ellas determinen, **o solicitar de común acuerdo a un juez que proceda con la adaptación**. **A falta de acuerdo** dentro de un plazo razonable, **el juez podrá, a petición de parte, revisar el contrato o ponerle fin**, en las fechas y condiciones que fije. (Énfasis agregado)

En efecto, la novedad en los instrumentos de uniformización, sobre todo de perfil civilista, es la incorporación de un procedimiento contractual más complejo que inicia con una etapa de negociación del contrato. Esta innovación es el punto de partida que permite distinguir a los instrumentos de uniformización de los derechos nacionales. Fíjese que Argentina también regula a la renegociación en la excesiva onerosidad, sin embargo, dicha renegociación no está regulada como una etapa previa pues la norma argentina señala que la parte afectada “tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial

23 Véase Markesinis, Unberath y Johnston (2006, p. 319).

24 Sobre la imprevisión en Francia conforme a la reforma del 2016, véase Fauvarque-Cosson (2017); Pédamon (2017); Benatti (2018).

del contrato, o su adecuación”; entonces, se puede acudir directamente a las cortes. Por ello, no consideramos el modelo argentino como similar al modelo francés, sin perjuicio que en ambos casos la renegociación tenga base legal para que sea invocada en casos de *hardship* (algo que no existe en otras jurisdicciones nacionales).

Dado que el deber de renegociación no tiene base legal en las codificaciones civiles, de manera general y en específico ante la ocurrencia de excesiva onerosidad (salvo algunas excepciones como la ley civilista francesa y argentina), algunos autores nacionales consideran que la buena fe podría ser la base legal del deber de renegociación<sup>25</sup>. Sin embargo, si se parte de la premisa que existen diferentes modelos de *hardship*, se debe concluir que si la renegociación no está reconocida en el procedimiento contractual definido por ley, entonces la misma no puede ser invocada. Lo contrario significaría modificar la ley a través de otra ley: invocar a la buena fe para modificar el modelo de excesiva onerosidad adoptado por el legislador. Esto no tiene sustento legal alguno. La renegociación solo puede ser invocada si la ley lo reconoce (o si ha sido pactada, claramente). Igualmente, siempre podrá ocurrir una renegociación espontánea si las partes desean renegociar de manera voluntaria, al margen de lo que diga la ley o el contrato.

---

25 Sobre esta discusión, véase Castiñeira (2014).

26 Es pertinente diferenciar entre uniformización y armonización. El primero es más cercano a igualar o unificar, mientras que el segundo a conciliar. Por este motivo, algunos consideran correcto hablar de armonización en lugar de uniformización. En realidad, ello dependerá del instrumento en específico. Hay instrumentos internacionales que pretenden regular un verdadero derecho contractual supranacional que facilite las transacciones transfronterizas, independientemente de lo que puedan decir los derechos nacionales. En este caso se puede hablar de uniformización pues la idea es que exista un verdadero derecho contractual internacional por encima de las naciones y desvinculado de naciones domésticas. En principio, se podría pensar en la CISG y los PICC. Por el contrario, otros instrumentos no tienen ese objetivo, sino que su misión es disponer guías que permitan a los derechos nacionales apuntar hacia una misma dirección, pero no unificarlos (en otras razones, por sus diferentes culturas). La armonización puede ser vista como una melodía que se forma de diferentes instrumentos musicales pero que en conjunto suenan bien. Se considera que los OHADAC Principles y los PLDC estarían en este caso. Sin perjuicio de esta distinción que es útil, estos conceptos podrían confundirse. Por ejemplo, algunas disposiciones de la CISG parecen uniformizar mientras que otras armonizar.

27 Sobre la *hardship* en los principales instrumentos de uniformización, véase Perillo (1996); Lindström (2006); Gutierrez de Larrauri (2010); Momberg (2011); DiMatteo (2015); Kuster y Andersen (2016); Schwenzer (2009).

28 La redacción de los instrumentos de uniformización no es la misma, y como tal, si bien se menciona a la renegociación, podría discutirse sobre su naturaleza jurídica desde que la renegociación es redactada como si fuera un remedio (PICC), un deber (PECL) o un presupuesto (DCFR). Sin perjuicio de estas diferencias, entiéndase a la renegociación como un deber sobre las partes del contrato.

#### IV. *Hardship*

Partiendo de la Torre de Babel que existe en los derechos domésticos, los principales instrumentos de uniformización propusieron un modelo de *hardship* que sea uniforme<sup>26</sup>. A pesar de tal objetivo, se debe advertir que no todos los instrumentos de uniformización contienen el mismo modelo de *hardship* desde que varios de ellos son más civilistas mientras que otros más anglosajones, y como tal, tienen sentimientos distintos frente a esta institución legal<sup>27</sup>. Pero si nos limitamos a los instrumentos de uniformización de carácter civilista, podemos observar que existe un modelo de *hardship* que se propone como un modelo más complejo y deseable que aquellos que existen en las jurisdicciones nacionales del Civil Law. De esta manera, se busca uniformización en torno a la *hardship* para el Civil Law.

La estructura contractual de la *hardship*, conforme a los PICC, PECL, DCFR, CESL y los Trans-Lex Principles, es la siguiente: (1) se reconoce el deber legal de renegociación del contrato, de manera que la primera etapa es una renegociación con el objetivo de otorgar que las partes puedan llegar a un acuerdo<sup>28</sup>, (2) se reconoce la intervención de las cortes ante la falta de acuerdo, sea para adaptar o resolver el contrato (según correspon-

da), y (3) se prefiere por los efectos preservatorios del contrato.

Entonces, a diferencia de los derechos nacionales, los instrumentos de uniformización de perfil civilista reconocen la aplicación de un deber legal de renegociar ante la ocurrencia de *hardship*, se admite abiertamente la intervención de las cortes en los contratos, sobre todo para adaptarlo (entiéndase, modificarlo), y se prefiere por la conservación del contrato, siendo la terminación la última solución.

Desde que en muchas jurisdicciones civiles existe una visión social del contrato, se prefiere por la justicia sobre la eficiencia, y como tal, se admite ampliamente conceptos como la buena fe, la equidad y la justicia contractual. Lo anterior representa un terreno fértil para los deberes de renegociación y la intervención de las cortes en los contratos. Lo anterior fue tomado en cuenta por los instrumentos de uniformización al momento de proponer su modelo de *hardship*.

El punto de referencia de los principales instrumentos de uniformización fue la CISG de 1980. Sin embargo, en relación a la *hardship*, la CISG contiene un modelo interesante de perfil anglosajón y más familiarizado con la práctica internacional, y como tal, se aparta de los modelos civilistas propuestos por los PICC, PECL, DCFR, CESL y los TransLex Principles, a pesar que la CISG haya sido el antecedente de todos ellos como proceso de uniformización.

Para empezar, y teniendo en cuenta las diversas teorías que se manejan en los derechos nacionales, el primer paso para la uniformización fue adoptar una sola denominación. Mientras los PECL, DCFR, CESL y PLDC emplean la denominación “*change of circumstances*” o “cambio de circunstancias”, los PICC y TransLex Principles usan “*hardship*”. Esto se debe a que los PICC y TransLex Principles tienen un ámbito de aplica-

ción más extenso al referirse a los contratos internacionales, frente a lo cual, deben considerar a las partes que provienen del Civil Law como del Common Law, mientras que los PECL, DCFR y CESL solo aplican a jurisdicciones civilistas de Europa y los PLCD a las de Latinoamérica, y por ello, no usan la denominación anglosajona “*hardship*”. Sin perjuicio de lo anterior, y aunque los PICC y TransLex Principles sí usan el término “*hardship*”, mantienen en su contenido su perfil civilista al reconocer la renegociación y la intervención judicial para adaptar o resolver el contrato.

Los artículos 6.2.1, 6.2.2. y 6.2.3 de los PICC señalan lo siguiente:

## Section 2: **Hardship**

### Article 6.2.1

(Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes **more onerous** for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on **hardship**.

### Article 6.2.2

(Definition of **hardship**)

There is **hardship** where the occurrence of events **fundamentally alters the equilibrium of the contract** either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

#### Article 6.2.3

(Effects of **hardship**)

(1) **In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations.** The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) **Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.**

(4) **If the court finds hardship it may,** if reasonable,

(a) **terminate the contract** at a date and on terms to be fixed, or

(b) **adapt the contract** with a view to restoring its equilibrium. (Énfasis agregado)

El artículo 6:111 de los PECL señala lo siguiente:

#### Article 6:111: **Change of Circumstances**

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become **more onerous**, whether because the cost of performan-

ce has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes **excessively onerous** because of a **change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it**, provided that:

(a) the **change of circumstances** occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a **change of circumstances** was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the **change of circumstances** is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) **If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:**

(a) **terminate the contract** at a date and on terms to be determined by the court; or

(b) **adapt the contract** in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the **change of circumstances**.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing. (Énfasis agregado)

El artículo III. – 1:110: del DCFR señala lo siguiente:

III. – 1:110: Variation or termination by court on a **change of circumstances**

(1) An obligation must be performed even if performance has become **more onerous**, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes **so onerous** because of an exceptional **change of circumstances** that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation **a court may:**

(a) **vary the obligation** in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) **terminate the obligation** at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the **change of circumstances** occurred after the time when the obligation was incurred;

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that **change of circumstances**;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that **change of circumstances**; and

(d) **the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.** (Énfasis agregado)

El artículo 89 del CESL señalaba lo siguiente:

## Article 89. Change of circumstances

1. A party must perform its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

Where performance becomes excessively onerous because of an exceptional change of circumstances, the parties have a duty to enter into negotiations with a view to adapting or terminating the contract.

2. If the parties fail to reach an agreement within a reasonable time, then, upon request by either party a court may:

(a) adapt the contract in order to bring it into accordance with what the parties would reasonably have agreed at the time of contracting if they had taken the change of circumstances into account; or

(b) terminate the contract within the meaning of Article 8 at a date and on terms to be determined by the court.

3. Paragraphs 1 and 2 apply only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the contract was concluded;

(b) the party relying on the change of circumstances did not at that time take into account, and could not be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; and

(c) the aggrieved party did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances. (Énfasis agregado)

El artículo 84 de los PLDC señala lo siguiente

Artículo 84. Cambio de circunstancias

(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. (Énfasis agregado)

El artículo No. VIII de los TransLex Principes señala lo siguiente:

No. VIII.1 - **Hardship**: Requirements

Any event of legal, economic, technical, political, financial or similar nature

i) which is beyond the typical sphere of control of the disadvantaged party, and

ii) which occurs after the conclusion of the contract and whose effects could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract, or

iii) which existed at that time but was not known by the disadvantaged party and could not have been recognized by a reasonable per-

son of the same kind as the disadvantaged party in the same circumstances, and

iv) which causes a **fundamental alteration of the equilibrium of the contractual obligations**, thereby rendering the performance of the contract **excessively onerous** for that party, and

v) for which the disadvantaged party did not assume, explicitly or implicitly, in the contract or otherwise, the risk of its existence or occurrence.

constitutes **hardship**.

No. VIII.2 - **Hardship**: Legal consequences

(a) In case of the occurrence of an event as defined in Principle VIII.1, **the disadvantaged party may claim from the other party renegotiation of the contract with a view to reaching agreement on alternative contractual terms which reasonably allow both parties the continuation of the contract.**

(b) **If the parties fail to reach agreement on these alternative terms within reasonable time, either party may apply to a court or arbitral tribunal in order to have the contract**

i) **adapted** to the changed circumstances (provided the applicable procedural law gives the court or arbitral tribunal the authority to decide on such adaptation) with a view to restoring the initial equilibrium of the contract or, if such restoration is not feasible, to distributing the losses caused by the hardship event equally between the parties, or

ii) **terminated** at a date and on terms to be determined by the court or arbitral tribunal. (Énfasis agregado)

Como vemos, estos instrumentos de uniformización de perfil civilista logran cierta uniformidad<sup>29</sup> al enunciar los requisitos generales para que se pueda invocar a la *hardship*, impone una primera etapa de renegociación del contrato, y admite la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato, con una preferencia por los efectos preservatorios.

Al tratarse de un modelo civilista que no toma en consideración la diferente y opuesta filosofía que manejan los anglosajones sobre el derecho de contratos, es que existen otros modelos de *hardship* conforme a la estandarización de las cláusulas *hardship* en los contratos internacionales entre partes que provienen de familias jurídicas distintas, principalmente del Civil Law y Common Law.

## V. Cláusula *hardship*

Los instrumentos de uniformización de perfil civilista presentaron un esquema que se considera como “moderno” y “más complejo” frente a las soluciones propuestas por los derechos nacionales del Civil Law. Sin embargo, si bien tales instrumentos demuestran cuál es la posición del Civil Law en relación a la *hardship*, en contratos internacionales la preferencia de las partes es distinta y ello se evidencia con la inclusión de las cláusulas *hardship*<sup>30</sup>.

A diferencia del Civil Law, en el Common Law liderado por el derecho inglés, no se reconoce de manera general a la buena fe<sup>31</sup> o los deberes de renegociación<sup>32</sup>, como tampoco se admite la intervención de

las cortes en los contratos para modificarlos o terminarlos<sup>33</sup>. Como tal, no se reconoce una doctrina sobre *hardship*<sup>34</sup>. En el derecho inglés se prefiere por el respeto absoluto de los contratos (al estilo francés de 1804) y la responsabilidad contractual es absoluta (salvo casos de *frustration of contract*). La filosofía es que los contratos deben ser respetados en sus términos y condiciones, de manera que la labor de las cortes se limita a ejecutar lo pactado por las partes, incluso si ello llevara a situaciones injustas. Así, a diferencia del Civil Law, se prefiere a la eficiencia y certeza sobre la justicia.

Si tenemos en cuenta esta filosofía anglosajona, es evidente que las cláusulas que se negocien entre partes del Civil Law y Common Law serán distintas a aquellas que sean negociadas solo entre partes civilistas. En consecuencia, el modelo de *hardship* en la práctica internacional es distinto al modelo propuesto por los instrumentos de uniformización civilistas. Son estas cláusulas *hardship* de perfil anglosajón, estandarizadas en el comercio internacional, las que se ven como una novedad en relación a los modelos de los derechos nacionales del Civil Law y los instrumentos de uniformización de perfil civilista.

Podemos describir tres casos en donde se pacta una cláusula *hardship* en un contrato en general: (1) se puede incluir una cláusula *hardship* en un contrato bajo una ley nacional que no reconoce a la excesiva onerosidad, de manera que la cláusula *hardship* suple ese vacío, (2) se puede incluir una cláusula *hardship* en un contrato sujeto a una ley civilista que reconoce a la excesiva onerosidad, pero se incorpora un es-

29 Se dice “cierta uniformidad” porque no son totalmente uniformes. Por ejemplo, solo en relación a los presupuestos para invocar a la *hardship*, mientras que algunos instrumentos de uniformización no indican que el impedimento debe estar más allá del control de la parte afectada, otros sí lo hacen. A pesar de lo anterior, se reconoce el esfuerzo realizado para lograr uniformizar el derecho de contratos, y como tal, sin perjuicio de las diferencias que pueden identificarse, el resultado general es positivo y en favor de la uniformización.

30 Sobre las cláusulas *hardship* en el comercio internacional, véase Melis (1984); Strohbach (1984); Konarski (2003); Fontaine (2018); Erdem (2018); Momberg (2020); Benatti (2021); García Long (2021a).

31 Sobre el rechazo de la buena fe en el derecho inglés, véase Goode (1992); Teubner (1998); Bridge (2005).

32 Véase la falta de reconocimiento legal de los deberes de renegociación en el derecho inglés, véase Cartwright (2009).

33 Sobre la labor de los jueces en los contratos en el derecho inglés, véase Schmitthoff (1988).

34 Sobre la ausencia de *hardship* en el derecho inglés, véase Beale, Bishop y Furmston (2008, p. 473).

quema más complejo, con efectos preservatorios del contrato y la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato (según sea el caso), y (3) se puede incluir una cláusula *hardship*, que independientemente de cuál sea la ley aplicable al contrato, incorpora un esquema contractual privado que solo permite efectos exoneratorios o liberatorios del contrato, sin renegociación e intervención de las cortes.

El primer escenario es claro. Por ejemplo, la ley chilena no reconoce a la excesiva onerosidad<sup>35</sup>. Una solución es la incorporación de una cláusula *hardship*. El segundo escenario tampoco tiene mayor novedad. Por ejemplo, la ley italiana reconoce a la excesiva onerosidad para demandar la resolución del contrato, pero las partes podrían incorporar un esquema más complejo con una primera etapa de renegociación y la posibilidad de demandar también la adaptación<sup>36</sup>.

El escenario más interesante es el tercero. En contratos internacionales las partes desconfían de la intervención de las cortes para resolver, y sobre todo, para adaptar el contrato, lo cual significa una modificación del contrato por parte de un tercero. Por un lado, las partes internacionales saben que la *hardship* es una excusa que está reconocida en la mayoría de las jurisdicciones nacionales del Civil Law, pero por otro lado, no quieren que un tercero defina el futuro del contrato, o de manera específica, lo modifique. Muestra de ello, es la falta de reconocimiento de la *hardship* en jurisdicciones anglosajonas (Inglaterra), o en todo caso, de su aplicación limitada (Estados Unidos de América)<sup>37</sup>. Entonces, el punto medio está en negociar la incorporación de una cláusula *hardship* que solo tenga efectos exoneratorios o liberatorios, sin renegociación e intervención de las cortes. Este es el punto medio.

En consecuencia, el modelo de *hardship* que se ha estandarizado en la práctica contractual internacional es aquella (1) destinada a privatizar el procedimiento contractual para corregir la *hardship*, y (2) con preferencia por los efectos exoneratorios o liberatorios del contrato. Esto significa, como regla, la exclusión de la renegociación y la intervención de las cortes en el contrato, salvo que las partes así lo pacten. Como tal, mediante una cláusula *hardship* se puede pactar en contra de los modelos propuestos por las jurisdicciones nacionales civilistas y los instrumentos de uniformización de perfil civilista. Esta es la tendencia que se observa en la contratación internacional, como muestra de un consenso necesario entre partes civilistas acostumbradas a reconocer a la *hardship* con efectos conservatorios, y partes anglosajonas acostumbradas a rechazar a la *hardship*. Ante ello, el punto medio es que la *hardship* solo tenga efectos exoneratorios o liberatorios a través de un procedimiento privado, sin renegociación ni la intervención de las cortes. Este modelo de *hardship* presente en la contratación internacional se encuentra reconocido por la CISG, los OHADAC Principles, la ICC y la ITC.

La CISG es el proceso de uniformización de derecho de contratos más exitoso. A la fecha cuenta con 94 Estados Miembros, y entre las razones de este éxito, destaca el consenso que ha logrado entre partes del Civil Law y Common Law, sobre todo en temas esenciales y estructurales del derecho de contratos como lo es el eventual reconocimiento de la buena fe o el poder de las cortes para modificar el contrato. El objetivo era lograr un verdadero derecho de contratos supranacional, por encima de las naciones, y para ello era necesario llegar a un consenso entre jurisdicciones de familias jurídicas distintas. Como resultado, la CISG optó por un perfil anglosajón en relación a tales aspectos estructurales del derecho de

35 Sobre la ausencia de la excesiva onerosidad en el Código Civil de Chile, véase Momberg y Pino Emhart (2020).

36 Sobre esta preocupación en el derecho italiano, véase Sirena y Patti (2020).

37 En el derecho americano se reconoce a la impracticability, pero invocarla es tan difícil hasta el punto que se considera que es similar a invocar impossibility of performance. Al respecto, véase Halpern (1987); Camero (2015);

contratos, desde que se consideró que para el comercio internacional debía darse preferencia a la eficiencia y el respeto del pacto de las partes. Entonces, la CISG solo enunció una vez a la buena fe en todo su texto (artículo 7) y limitado a funcionar como criterio de interpretación de la CISG (y no como deber contractual)<sup>38</sup>, y no admite la renegociación o la intervención de las cortes ante la ocurrencia de *hardship*. Esto demuestra el perfil anglosajón de la CISG.

La CISG le dedica el artículo 79 a los *impediments* (impedimentos) o *exemptions* (exenciones)<sup>39</sup>. No usó las denominaciones “*force majeure*”, “*frustration*”, “*hardship*”, u otra de origen nacional, pues el objetivo fue y es promover la interpretación uniforme de la CISG conforme a su carácter internacional<sup>40</sup>.

#### Section IV. **Exemption**

##### Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an **impediment** beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The **exemption** provided by this article has effect for the period during which the **impediment** exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the **impediment** and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the **impediment**, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention. (Énfasis agregado)

De una lectura del artículo 79 de la CISG, la primera impresión es que regula a la *force majeure*, aunque no use dicho término. Por ello, siempre se discutió si existía un vacío en la CISG al no haber reconocido a la *hardship*. Algunos consideraban que existía tal vacío y que una solución para llenarlo sería la aplicación de los PICC para complementar a la CISG<sup>41</sup>. Esto produjo que el artículo 79 sea uno de los más debatidos y controversiales.

Al respecto, la Opinión 7 del CISG Advisory Council de octubre de 2007 señaló que, en virtud del artículo 79 de la CISG, es posible invocar tanto a la *force majeure* como a la *hardship* pues el concepto “*impediment*” es neutral y amplio.

CISG Advisory Council Opinion No. 7

38 Sobre el rol limitado de la buena fe en la CISG, véase Farnsworth (1995); Honnold (2009, p. 134-135); Bridge (2017).

39 Véase Flechtner (2007).

40 Audit (1998, p. 179); Germain (2014, p. 54).

41 Sobre la posibilidad de aplicar los PICC a la CISG, véase el debate en Garro (1995); Slater (1998); Ferrari, Gillette, Torsello y Walt (2017). También, sobre la aplicación de los PECL a la CISG, véase Flambouras (2007).

[...]

3.1 A change of circumstances that could not reasonably be expected to have been taken into account, rendering performance excessively onerous (“hardship”), may qualify as an “impediment” under Article 79(1). The language of Article 79 does not expressly equate the term “impediment” with an event that makes performance absolutely impossible. Therefore, a party that finds itself in a situation of hardship may invoke hardship as an exemption from liability under Article 79.

Lo anterior fue materializado posteriormente por la Corte Suprema de Bélgica, en el caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* (2009), en el cual se consideró que los PICC pueden complementar a la CISG y, en consecuencia, que en virtud del artículo 79 puede invocarse a la *hardship* e imponer entre las partes la renegociación del contrato<sup>42</sup>. La Corte belga señaló lo siguiente:

Changed circumstances that were not reasonably foreseeable at the time of the conclusion of the contract and that are unequivocally of a nature to increase the burden of performance of the contract in a disproportionate manner, can, under circumstances, form an impediment in the sense of this provision of the Convention.

A pesar de lo señalado por la Opinión 7 y lo resuelto por la Corte Suprema de Bélgica, quedaba pendiente la discusión sobre cuáles son las consecuencias de invocar a la *hardship* conforme a la CISG, esto es, si realmente existe un deber de renegociar y si se admite intervención de las cortes para adaptar o terminar el contrato<sup>43</sup>. Como el artículo 79 solo tiene efectos exoneratorios o liberatorios, si se usa el mismo artículo 79 para invocar a la *hardship*, la parte afectada

solo tendría derecho a excusarse del cumplimiento del contrato mientras dura la *hardship*, lo cual es distinto al modelo de *hardship* de las jurisdicciones civilistas. De hecho, lo resuelto en el caso *Scafom* fue rechazado por varios expertos de la CISG pues tal fallo consideró que la *hardship* podría ser invocada conforme al artículo 79 pero que había un vacío en torno a las consecuencias de invocar *hardship*. Por ello usó a los PICC para complementar a la CISG. El problema con lo anterior es que ello no favorece la interpretación autónoma de la CISG.

Finalmente, la Opinión 20 del CISG Advisory Council de febrero de 2020 precisó cuáles son los efectos de la ocurrencia de una *hardship* conforme al artículo 79 de la CISG. La Opinión 20 señaló que la *hardship* bajo la CISG solo tiene efectos privados, de carácter exoneratorios, y así, funciona de manera similar a la *force majeure*. No hay renegociación ni intervención de las cortes. De esta manera, la CISG fomenta la unificación de la *force majeure* y *hardship*<sup>44</sup>.

CISG Advisory Council Opinion No. 20

[...]

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

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

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

13. Under the CISG, a court or arbitral tribunal **may not bring the contract to an end** in case of hardship (Énfasis agregado).

42 Sobre el caso *Scafom*, véase Veneziano (2010); Flechtner (2011); Ahmad (2014); Dai (2016).

43 Sobre las consecuencias de invocar *hardship*, véase Dewez, Ramberg, Momberg, Cabrillac y San Miguel Pradera (2011); Schwenzer y Muñoz (2019).

44 García Long (2021b, p. 25-26).

Entonces, bajo la CISG se puede invocar a la *hardship* a través de un procedimiento privado, sin renegociación y la intervención de las cortes. La CISG parte de la premisa que las partes son adversas a la intervención de un tercero en el contrato y que la renegociación solo tiene sentido de manera espontánea y no como deber legal. Entonces, el efecto de la *hardship* es que la parte afectada queda eximida de responsabilidad mientras dura el evento que provoca la *hardship*, esto es, no procede el pago de daños (o penalidades) ni la pretensión de cumplimiento. Lo anterior no impide, como señala el artículo 79(5) de la CISG, que cualquiera de las partes pueda alegar otro derecho conforme a la CISG (por ejemplo, la resolución del contrato si el impedimento se convierte en un incumplimiento fundamental, la suspensión, la reducción de la contraprestación, entre otros)<sup>45</sup>.

De esta manera, la CISG propone un modelo de *hardship* conforme a la práctica internacional y las cláusulas *hardship* (de influencia anglosajona). Pero además, y como lo más importante es la primacía del acuerdo de las partes, la Opinión 20 señala que si las partes así lo desean, pueden incluir una cláusula *hardship* al estilo civilista, con renegociación y con pacto expreso que otorgue a las cortes el poder para intervenir en el contrato. Entonces, el artículo 79 es la norma supletoria.

Por otro lado, y sobre los OHADAC Principles<sup>46</sup>, el artículo 6.3.1 señala que una vez verificado los presupuestos de la *hardship*, la parte afectada tiene derecho a terminar el contrato. No existe ni la renegociación ni la intervención de las cortes para adaptar o terminar el contrato.

### Article 6.3.1. **Hardship**

---

45 Téngase presente que el artículo 79(5) señala expresamente que el único remedio que no podrá invocarse es el pago de daños, de manera que en teoría podría reclamarse el cumplimiento específico del contrato. Sin embargo, entiéndase que la pretensión de cumplimiento es posible una vez que el impedimento haya desaparecido y no mientras dure (por obvias razones). Véase Flechtner (2007) y la Opinión 20 del Consejo Consultivo de la CISG.

46 Véase Sánchez Lorenzo (2018).

1. A party is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance **more onerous** than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 **a party is entitled to terminate the contract where this party proves that:**

a) the performance of its contractual duties has become **excessively onerous** due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences; and that

c) it did not assume the risk of the event.

3. The party claiming an event that renders performance **excessively onerous** shall notify the other party in writing without delay, together with sufficient evidence of this event certified by a relevant body. This party is obliged to take all reasonable steps to limit the effect of the event invoked on the performance of its contractual duties.

4. Where either contracting party has, by reason of anything done by another contracting party in the performance of the contract, derived a benefit before the termination of the contract, the party deriving such a benefit shall be under a duty to pay the other party a sum of money equivalent to the value of such benefit. (Énfasis agregado)

Entonces, la regla supletoria en los OHADAC Principles es que la *hardship* solo tiene efectos liberatorios y de manera privada. Igual que en la CISG, los OHADAC Principles señalan que si así lo quisieran las partes, podrían incorporar una específica cláusula *hardship* que incluya renegociación, y/o adaptación judicial y/o resolución judicial. En efecto, los comentarios al artículo 6.3.1 de los OHADAC Principles señalan lo siguiente:

#### SPECIFIC HARDSHIP CLAUSES

Even when parties have submitted their contract to the OHADAC Principles on International Commercial Contracts and, failing that, to a domestic law, both the Principles and domestic laws recognise the priority of contractual terms in regulating cases of hardship. In international trade, there are well-known standardised hardship clauses, such as the ICC Hardship Clause 2003. The International Chamber of Commerce has drafted this model clause that can be incorporated into contract by reference. However, its wording is much more modest than the regulation proposed in the OHADAC Principles themselves.

This clause is clearly inspired by international texts such as the UNIDROIT Principles and PECL. However, it can be criticised in some points, because given the object of the contract or the interests at stake, parties may prefer to establish the right to terminate the contract instead of the option consisting in the obligation to renegotiate first, which may be undesirable depending on contracts involved. Moreover, when termination is considered as the main or only option or it is a subsidiary option at any event, the terms of the right to termination, the effects on restitution or the payment of benefits must be determined in the same manner as for cases of force majeure. However, the ICC hardship clause does not take such circumstances into consideration.

OHADAC therefore advises against completing the OHADAC Principles using the ICC hardship clause. To drafting a clause that complements the OHADAC Principles, parties must balance the additional utility of these clauses insofar as they contribute to correct or determine the proposed regulation in different ways.

A continuación, los OHADAC Principles proponen cuatro modelos de cláusulas *hardship* que constituyen pactos en contra de lo regulado por el artículo 6.3.1. De esta manera, a pesar de partir de un modelo de *hardship* estrictamente privado y liberatorio, se reconoce la primacía de la voluntad de las partes para incorporar el modelo de *hardship* que mejor se acomode a sus contratos.

La Cláusula A propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) el remedio es la resolución privada del contrato, y (3) no se incluye la renegociación ni la intervención de las cortes.

La Cláusula B propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) se incluye una etapa privada de renegociación (salvo que las partes pacten que la renegociación deba ser sometida a un tercero intermediador), (3) ante la falta de acuerdo en la renegociación, el remedio es la resolución privada del contrato, y (4) no se incluye la intervención de las cortes.

La Cláusula C propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) no hay renegociación, y (3) se pacta la intervención de las cortes para que proceda con la adaptación del contrato, salvo que esto no sea posible, en cuyo caso deberá terminarlo.

La Cláusula D propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) se incluye

una etapa privada de renegociación (salvo que las partes pacten que la renegociación deba ser sometida a un tercero intermediador), y (3) se pacta la intervención de las cortes para que proceda con la adaptación del contrato, salvo que esto no sea posible, en cuyo caso deberá terminarlo.

Entonces, la propuesta de los OHADAC Principles consiste en una regulación general supletoria sobre la *hardship* (artículo 6.3.1) que puede ser derogada por las partes con la inclusión de cuatro modelos específicos de cláusula *hardship*. Esta propuesta representa un esquema más adecuado y flexible que aquel propuesto por los instrumentos de uniformización de perfil civilista, los cuales pretenden corregir el problema de la *hardship* a través de una sola solución: se debe iniciar necesariamente por una renegociación y siempre intervendrán las cortes para adaptar o resolver el contrato. Por el contrario, la preferencia en la práctica internacional es mantener el procedimiento contractual como privado y con efectos liberatorios, y en todo caso, si las partes prefieren por un modelo distinto, deberán pactarlo. Entonces, entiéndase que son las partes las que deben otorgar poder a las cortes para que puedan adaptar o resolver el contrato.

Por el lado de la ICC, también se evidencia que la preferencia en la práctica internacional es el rechazo de la intervención de las cortes como solución ante la ocurrencia de una *hardship*, salvo que las partes así lo pacten. El esquema de la ICC también es más flexible que los modelos civilistas.

El ICC Hardship Clause 2003<sup>47</sup> era una combinación del modelo italiano y el modelo de los PICC. El legislador italiano propuso un modelo en donde la parte afectada tiene el derecho a demandar la resolución del contrato, no la adaptación. Por el contrario, los PICC propusieron un modelo que inicia con una etapa de renegociación, y ante la falta de acuerdo, pueden in-

tervenir las cortes para adaptar o resolver el contrato. En el 2003, el modelo de la ICC fue uno en donde ante la ocurrencia de los presupuestos de la *hardship*, las partes debían renegociar privadamente una solución, y ante la falta de acuerdo, la parte afectada podía terminar privadamente el contrato. No se permitía la intervención de las cortes. El procedimiento era estrictamente privado y con preferencia por los efectos liberatorios del contrato<sup>48</sup>.

#### ICC Hardship Clause 2003

1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance **more onerous** than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, **where a party to a contract proves that:**

a) the continued performance of its contractual duties has become **excessively onerous** due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences,

**the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.**

3. **Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the**

47 Sobre el modelo de la ICC del 2003, véase Fontaine (2018); Erdem (2018); García Long (2020).

48 Teniendo en cuenta que el antecedente del modelo de la ICC de 2003 fue el modelo italiano, éste no puede ser considerado como uno desactualizado por no permitir la adaptación judicial como sí lo hacen otras jurisdicciones nacionales civilistas. Sobre esta discusión, véase Sirena y Patti (2020).

**event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract** (Énfasis agregado).

Posteriormente, el reciente modelo de la ICC del 2020, siguiendo la experiencia de los OHADAC Principles, propone un esquema remedial más complejo pero también flexible. Mientras que los dos primeros párrafos son similares al modelo del 2003, la novedad del nuevo modelo del 2020 se encuentra en su tercer párrafo, el cual presenta tres alternativas que podrán ser elegidas por las partes según sus intereses: (1) la resolución privada (3A), (2) la adaptación o resolución judicial (3B), o (3) la resolución judicial (3C).

#### ICC Hardship Clause 2020

1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance **more onerous** than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, **where a party to a contract proves that:**

a) the continued performance of its contractual duties has become **excessively onerous** due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, **the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow to overcome the consequences of the event.**

3A	3B	3C
Party to terminate	Judge adapt or terminate	Judge to terminate
Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, <b>the party invoking this Clause is entitled to terminate the contract</b> , but cannot request adaptation by the judge or arbitrator without the agreement of the other party.	Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided for in that paragraph, <b>either party is entitled to request the judge or arbitrator to adapt the contract</b> with a view to restoring its equilibrium, <b>or to terminate the contract</b> , as appropriate.	Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, <b>either party is entitled to request the judge or arbitrator to declare the termination of the contract.</b>

(Énfasis agregado)

La ICC parte de la premisa que la mejor solución ante la ocurrencia de una *hardship* es la resolución privada del contrato, sin embargo, admite que las partes podrán acordar un modelo de *hardship* que permita la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato. Sin perjuicio que se propone tres modelos remediales, fijese que la resolución está presente en los tres esquemas. En el primero, la parte afectada puede resolver sin la intervención de las cortes. En el segundo, la parte afectada puede acudir a las cortes para solicitar la adaptación o la resolución. En el tercero, la parte afectada puede acudir a las cortes para resolver el contrato, y así, evita cualquier cuestionamiento ulterior sobre la resolución.

Dentro de este escenario pro-liberación, la renegociación tiene más sentido que cuando es incluida en un modelo que tiene preferencia por la conservación del contrato. Si hay renegociación convencional y se le otorga a la parte afectada el derecho a terminar el contrato ante la falta de acuerdo, la parte no afectada tendrá incentivos para renegociar el contrato porque la otra parte podrá resolver si la renegociación falla. Pero, incluso si no se pacta la renegociación, igual aplicará en la práctica y de manera espontánea pues la parte no afectada sabrá que la parte afectada podrá resolver sin consultarle, entonces, mejor es anticiparse y proponer una renegociación para evitar la resolución.

La renegociación solo tiene sentido cuando las partes tienen incentivos para renegociar, y estos incentivos sólo existen cuando la parte afectada tiene derecho a terminar el contrato. Si la parte afectada tiene el derecho a solicitar la adaptación judicial, desaparecen los incentivos para renegociar privadamente si esa renegociación la definirá el juez. ¿Para qué renegociar si ante la falta de acuerdo igual se acudiría a las cortes para definir la modificación del contrato? Así, la renegociación se convierte en un procedimiento ficticio y artificial si las partes no tienen incentivos para renegociar.

Finalmente, tenemos a las cláusulas *hardship* de los Model Contracts for Small Firms 2010 del ITC. Por ejemplo, la cláusula *hardship* del ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods (Standard Version) es la siguiente:

#### 16. Change of circumstances (hardship)

*[Comment: The Parties should be free to consult each other in the event of a major change in circumstances – particularly one creating hardship for a particular party. However, an SME should only include the option at the end of Article 16.3 (right to refer to the courts/arbitral*

*tribunal to make a revision or to terminate the contract) if (i) the SME considers that it is not likely to be used against that party's interests by a party in a stronger tactical position or (ii) the right to refer to a court/tribunal is already an existing right under the applicable governing law in the event of hardship.]*

16.1 Where the performance of this contract becomes more onerous for one of the Parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on change of circumstances (hardship).

16.2 If, however, after the time of conclusion of this contract, events occur which have not been contemplated by the Parties and which fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the Parties in the performance of its contractual obligations (hardship), that party shall be entitled to request revision of this contract provided that:

16.2.1 The events could not reasonably have been taken into account by the affected party at the time of conclusion of this contract;

16.2.2 The events are beyond the control of the affected party;

16.2.3 The risk of the events is not one which, according to this contract, the Party affected should be required to bear;

16.2.4 Each party shall in good faith consider any proposed revision seriously put forward by the other party in the interests of the relationship between the Parties.

[Option [add if wished: Otherwise delete if not applicable or not enforceable under the law governing the contract.

“16.3 *If the Parties fail to reach agreement on the requested revision within [specify time limit if appropriate], a party may resort to the dispute resolution procedure provided in Article 22. The [court/arbitral tribunal] shall have the power to make any revision to this contract that it finds just and equitable in the circumstances, or to terminate this contract at a date and on terms to be fixed.*”.]. (Énfasis agregado)

El modelo del ITC también demuestra el sentimiento que se encuentra en los contratos internacionales: el procedimiento contractual de la *hardship* es privado y no se admite la intervención de las cortes, salvo que las partes así lo pacten. Por ello, la cláusula *hardship* de la ITC señala que si ocurre *hardship*, la parte afectada podrá solicitar a la otra –de manera privada– la revisión del contrato y que las partes deberán negociar de buena fe cualquier propuesta de manera seria (en otras palabras, se incluye una primera etapa de renegociación). Pero la cláusula no indica qué ocurre ante la falta de acuerdo en la renegociación. Ante ello, propone un párrafo final (16.3) cuya incorporación dependerá del acuerdo de las partes, quienes decidirán si otorgan o no a las cortes el poder para adaptar o terminar el contrato.

Nuevamente, modelos como el de la ITC otorgan mayor flexibilidad a las partes para que sean ellas las que definan el mejor modelo de *hardship* para su contrato, en lugar de encasillar el procedimiento por un solo camino como lo hacen los modelos civilistas.

Teniendo en cuenta este panorama, vemos que en la práctica internacional se prefiere por la cláusula *hardship* que tenga un procedimiento privado y con efectos exoneratorios o liberatorios, por encima del modelo civilista que tiene renegociación,

que admite la intervención de las cortes (para adaptar y resolver) y que tiene preferencia por la conservación del contrato. En otras palabras, la historia es distinta en la práctica contractual internacional: el modelo de *hardship* en el comercio internacional puede ser un pacto en contra del modelo de *hardship* de los instrumentos de uniformización de perfil civilista.

Fíjese que acá se ha hecho énfasis en la cláusula *hardship* de perfil anglosajón para resaltar los otros modelos de *hardship* que existen en la práctica, y así, contraponerlos a los modelos civilistas. Como tal, es perfectamente posible, y de hecho ocurre en la práctica, que se pacten cláusulas *hardship* civilistas, con renegociación e intervención judicial. El punto es no olvidar que hay modelos de *hardship* anglosajones que se pactan incluso entre partes del Civil Law, y que estos son distintos a los modelos civilistas.

## VI. La pandemia

Con el brote de la pandemia del Covid-19 se publicaron diversos trabajos sobre el impacto de la crisis sanitaria en los contratos<sup>49</sup>. Con ocasión de estos trabajos se hizo énfasis en la *force majeure* y la *hardship*, y con ello se puso en evidencia que tales excusas contractuales eran comprendidas solo en parte. En el Perú, esto se explica en el hecho de publicar por publicar, por intentar ser parte de la novedad, de la primicia. Si antes de la pandemia existían cinco trabajos sobre la *hardship*, con la pandemia se publicaron veinte. Este brote de trabajos demostró el lado feo de la doctrina peruana: el oportunismo. El resultado fue una serie de trabajos con interpretaciones erradas y contradictorias. Por ejemplo, se confundía entre *hardship* y cláusula *hardship*, se consideraba que la

49 Véase los trabajos publicados en Derecho de los Desastres: Covid-19. Tomo I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020; Covid-19: su impacto en las relaciones jurídico privadas. Gaceta, 2020, y Coronavirus and the Law in Europe. Intersentia, 2021.

renegociación siempre puede invocarse (aunque no tenga base legal), se indicaba que la excesiva onerosidad en el Perú permite resolver el contrato, y sobre todo, se omitía la perspectiva anglosajona sobre la *hardship*. En resumen, no se tenía en cuenta que la *hardship* tiene diferentes modelos conforme a las leyes nacionales, los instrumentos de uniformización y la práctica internacional, y que es necesario conocerlas todas para verificar cuál es el modelo adoptado en el contrato.

En virtud de lo anterior, más que discutir si la pandemia podría generar *hardship* (lo cual es un segundo paso), lo primero que se debe hacer es prestar atención a cuál es el modelo de *hardship* aplicable. Si el contrato está sometido al derecho peruano, entonces aplicará la excesiva onerosidad conforme al artículo 1440 del Código Civil, el cual regula un procedimiento judicial y para adaptar el contrato, lo cual significa que se debe acudir a las cortes. No se puede demandar la resolución del contrato. Incluso, fíjese que el legislador peruano no regula una adaptación amplia como lo hacen otras codificaciones pues señala expresamente que la parte afectada puede demandar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación (la adaptación podría consistir, además, en ampliación de plazos, distribución equitativa de pérdidas, exoneración de responsabilidad, entre otros). Además, dentro del modelo peruano no se reconoce a la renegociación. También téngase presente que la parte demandada puede oponerse a la adaptación solicitando la resolución del contrato, algo que le resta utilidad práctica a la excesiva onerosidad pues para qué le sirve a la parte afectada demandar la reducción de la prestación (que busca la preservación del contrato), si la otra parte podrá oponerse la resolución para extinguirlo.

Por otro lado, podría ocurrir que el contrato sea negociado en Perú pero se someta a los PICC, PECL o PLDC. En estos casos, el modelo aplicable será uno también judicial para que las cor-

tes puedan resolver o adaptar el contrato según sea solicitado, pero además tendrá renegociación como primera etapa para corregir a la *hardship*. Además, acá las cortes tendrán mayores poderes para adaptar el contrato pues los instrumentos de uniformización no se limitan a la reducción de la prestación o aumento de la contraprestación.

Finalmente, podría ser que el contrato esté sometido a ley peruana pero que el contrato sea sometido a estándares internacionales (piénsese en un contrato petrolero), y como tal, se pacta una cláusula *hardship* anglosajona. En este caso, no habría renegociación ni intervención de las cortes. La parte afectada solo podría invocar *hardship* para exonerarse de responsabilidad por incumplimiento mientras dure el impedimento o para terminar el contrato. También podría ocurrir que la específica cláusula *hardship* incorpore en el contrato un modelo que combine renegociación y/o resolución judicial y/o adaptación judicial. Si bien la cláusula *hardship* anglosajona puede ser preferida en ciertos casos, también puede pactarse un modelo civilista.

En relación al derecho peruano, debe prestarse atención al artículo 1444 del Código Civil, el cual es una norma rara y extraña desde una perspectiva comparada pues señala que es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad. Por el contrario, la regla en el derecho comparado es que las leyes civiles regulen a la excesiva onerosidad de manera dispositiva, para que las partes puedan incorporar específicas cláusulas *hardship* con modelos distintos al regulado de manera supletoria. Entonces, uno podría considerar que el artículo 1444 del Código Civil haría nula cualquier cláusula *hardship* bajo derecho peruano. Sin embargo, la correcta interpretación es concluir que las cláusulas *hardship* sometidas a ley peruana no son nulas, ya que regularían un procedimiento adicional y paralelo al regulado por ley de manera imperativa. Esto significa que siempre se podrá invocar el artículo 1440 aunque se pacte una cláusula *hardship*.

En otras palabras, se tendría dos procedimientos para corregir a la excesiva onerosidad, lo cual no es deseable y desincentiva el pacto de cláusulas *hardship* en el Perú. Fíjese que esto también ocurre con las cláusulas MAC/MAE en operaciones corporativas y financieras, las cuales están destinadas a regular de manera particular al riesgo económico y otras circunstancias. Estas cláusulas son válidas y eficaces, sin perjuicio que también pueda invocarse excesiva onerosidad conforme al artículo 1440 del Código Civil<sup>50</sup>. Sin embargo, lo deseable sería que solo sea procedente una sola acción. Claramente, es urgente derogar el artículo 1444 del Código Civil pues es contradictoria con la práctica contractual actual. Lamentablemente, el último Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2019) no se percató de ello.

Lo anterior demuestra que no se puede encasillar a la *hardship* en un solo modelo ni explicarla bajo una sola perspectiva. El fenómeno es más amplio y debe ser analizado caso por caso, teniendo en cuenta los diferentes modelos de *hardship* que podría aplicarse. Una vez que se ha revisado cuál es el modelo aplicable, recién se podrá concluir si hay *hardship* o no en el caso concreto, lo cual dependerá del ámbito de aplicación y los presupuestos según del modelo de *hardship*.

No es la oportunidad para analizar este punto a profundidad, pero de manera ilustrativa, el derecho peruano señala que la excesiva onerosidad debe ser un evento sobrevenido extraordinario e imprevisible, los PECL indican que debe tratarse de un evento sobrevenido que no haya podido ser tomado en cuenta a la firma del contrato y cuyo riesgo no haya sido asumido, los PICC señalan que puede tratarse de un evento originario (pero conocido después) o sobrevenido que no pudo ser tomado en cuenta a la firma del contrato, cuyo riesgo no fue asumido y que está fuera del control de la parte afectada, mientras que la CISG (con-

forme a la Opinión 20 del Consejo Consultivo) señala que el evento puede ser originario (pero conocido después) o sobrevenido que no pudo ser tomado en cuenta a la firma del contrato, que está fuera del control de la parte afectada y que no pudo ser evitado o superado. Como vemos de las diferentes formas cómo se regulan los presupuestos de la *hardship*, no corresponde analizar en abstracto si hay *hardship* o no, sino que es necesario partir de cuál es el modelo aplicable, y una vez verificado esto, recién se puede concluir si puede o no invocarse *hardship*.

## VII. Reflexiones finales

No hay abogado más peligroso que aquél que solo ve las cosas desde una sola jurisdicción nacional, sobre todo en el derecho de contratos. Desde que la premisa en los contratos es que todo está permitido salvo que esté prohibido, las partes pueden pactar libremente el contenido de los contratos mientras no vulneren norma de carácter imperativo. Como tal, lo dispuesto por el legislador en materia de contratos es solo la primera impresión, la norma supletoria. Si las partes no están de acuerdo con lo que señala la ley, podrán pactar algo distinto. Pero para pactar algo distinto, en primer lugar, deben identificar alguna deficiencia en la ley que justifique derogarla por pacto y, en segundo lugar, deben tener alguna idea de cuál sería el pacto alternativo. Al respecto, el conocimiento del derecho comparado y transnacional es esencial para conocer las diversas soluciones que se proponen frente a un mismo problema.

Para la *hardship*, se han propuesto diversos esquemas contractuales en las codificaciones civiles, instrumentos de uniformización y práctica contractual internacional. Por un lado, esto demuestra que existen diferentes modelos para corregir a la *hardship* y, por otro lado, que si uno no está de

50 Sobre la cláusula MAC/MAE en operaciones corporativas y financieras, véase García Long (2016 y 2019).

acuerdo con el modelo aplicable de manera supletoria, siempre podrá pactar otro modelo alternativo. Es en el derecho comparado y transnacional donde se puede observar la interacción de estos modelos.

En un primer nivel están las codificaciones civiles, que regulan un modelo judicial que permite la intervención de las cortes para resolver, o adaptar o, resolver o adaptar el contrato según corresponda. Usualmente se prefiere el término “excesiva onerosidad”. En un segundo nivel están los instrumentos internacionales de derecho uniforme en materia contractual, que proponen un modelo que empieza con una renegociación, y ante la falta de acuerdo la parte afectada podrá acudir a las cortes para solicitar la resolución o adaptación. Aquí se habla de *hardship* (o cambio de circunstancias). Finalmente, en un tercer nivel, está la práctica internacional que prefiere por un modelo de influencia anglosajona que regule un procedimiento privado sin intervención de las partes ni renegociación. La parte afectada solo puede exonerarse o liberarse del contrato. Esto se logra con la incorporación de una cláusula *hardship* (sin perjuicio de que las partes puedan incluir un modelo civilista si así lo desean).

Esta amplia perspectiva es esencial para los abogados transaccionales, sobre todo frente a transacciones transfronterizas pero también para las nacionales. Aunque uno sea un abogado peruano, revisará contratos sujetos a leyes de otras jurisdicciones o contratos sometidos a ley peruana pero con cláusulas extranjeras. Como tal, la práctica profesional exige a los abogados conocer cómo interactúan los diversos modelos contractuales. En su momento, tal vez bastaba con mirar al derecho nacional. Pero ahora, en un mundo cada vez más plano por la globalización, es esencial prestar atención a los desarrollos del derecho contractual comparado y transnacional. La *hardship* es un buen ejemplo de lo anterior.

## Bibliografía

- Ahmad Tajudin, A. (2014). Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S: a case review of changing circumstances under the United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG) of 1980. En *Juridical Tribune*, 4 (2), 211-224.
- Audit, B. (1998). The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria. En Carbonneau, Thomas E. (ed). *Lex mercatoria and arbitration* (pp, 173-194). Kluwer Law International.
- Beale, H. G.; Bishop, W. y Furmston, M. P. (2008). *Contract. Cases and materials*. Fifth edition. Oxford University Press.
- Benatti, F. (2018). L'imprévision nel code civil riformato. En *Giurisprudenza Italiana* (pp. 1302-1309),1302-1309.
- Benatti, F. (2021). Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales. En Vásquez Rebaza, W. (Ed.), *Cláusulas de la Contratación Privada Contemporánea* (pp. 87-98). Ius et Veritas.
- Bridge, M. G. (2005). Doubting good faith. *New Zealand Business Law Quarterly*, 11, 430-450.
- Bridge, M.I G. (2017). Good faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, 22 (1), 98-115.
- Camero, J. (2015). Mission impracticable: the impossibility of commercial impracticability. *The University of New Hampshire Law Review*, 13 (1), 1-34.
- Carrasco Perera, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina “rebus sic stantibus”. *Revista Cuadernos Civitas de Ju-*

*risprudencia Civil*, No. 98, mayo-agosto, 175-206.

- Cartwright, J. (2009). Negotiation and renegotiation: An English perspective. En Cartwright, J.; Vogenauer, S. y Whittaker, S. (eds). *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')* (pp. 51-70). Hart Publishing.
- Castiñeira Jerez, J. (2014). ¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos? En Abel Lluch, X. (ed). *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables* (pp. 821-8219). Bosch Editor.
- Dai, T. (2016). A case analysis of *Scafom International BV v Lorraine Tubes S.A.S.*: the application of article 79 of the United Nations Convention on International Sale of Goods. *Perth International Law Journal*, 1, 131-146.
- Dewez, J.; Ramberg, C.; Momberg, R.; Cabril-lac, R. y San Miguel Pradera, L. P. (2011). The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles. *European Review of Private Law*, 19 (1), 101-154.
- De Vries, Gerard J.P. (2001). Are the Principles of European Contract Law Better Than Dutch Contract Law? En Hesselink, Martijn W. y De Vries, Gerard J.P. (ed). *Principles of European Contract Law* (pp. 105-186). Kluwer.
- DiMatteo, L. A. (2015). Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines. *Pace International Law Review*, 27 (1), 258-305.
- Erdem, E. (2018). Chapter 5. Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause. En Bortolotti, F. y Ufot, D. (eds). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. ICC Dossier (pp. 123 – 136). ICC Publishing.
- Farnsworth, E. A. (1995). Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, (3), 47-64.
- Fauvarque-Cosson, B. (2017). Does review on the ground of *imprévision* breach the principle of the binding force of contracts? En Cartwright, J. y Whittaker, S. (eds). *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms* (pp. 187-205). Hart Publishing.
- Ferrari, F.; Gillete, C. P.; Torsello, M. y Walt, S. D. (2017). The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG. *Internationales Handelsrecht*, 17 (3), 97-102.
- Flambouras, D. P. (2007). Exemption and hardship: remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law (Articles 6:111 and 8:108) may be used to interpret or supplement Article 79 CISG. En Felemegas, J. (ed). *An international approach to the interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (pp. 499-505). Cambridge University Press.

- Flechtner, H. (2007). Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods. *Pace International Law Review*, 19 (1), 29-51.
- Flechtner, H. (2011). The exemption provisions of the Sales Convention, including comments on “hardship” doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*, 2011, 84-101.
- Fontaine, M. (2018). Chapter 1. The evolution of the rules on hardship. From the first study on hardship clauses to the enactment of specific rules. En Bortolotti, F. y Ufot, D.(eds). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World. ICC Dossier*. ICC Publishing, 11-40.
- Gabrielli, E. (2012). *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*. G. Giappichelli Editore.
- Gallo, Pa. (2019). Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione. En *Digesto delle Discipline Privatistiche, diretto da Rodolfo Sacco*. UTET Giuridica, 439-470.
- García Long, S. (2016). *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en operaciones de fusiones y adquisiciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Long, S. (2019). La estructura contractual de los financiamientos bancarios. En García Long, S. (ed). *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Normas Jurídicas y PUCP.
- García Long, S. (2020). Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias. En *Derecho de los Desastres: Covid-19*, (Tomo I, pp. 151-187). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Long, S. (2021a). La cláusula *hardship*. En *Dimensión Mercantil*, 8 de marzo.
- García Long, S. (2021b). Por qué no debemos distinguir entre “caso fortuito” y “fuerza mayor”. Reflexiones desde el derecho contractual transnacional. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (93), marzo, 21-48.
- Garro, A. (1995). The gap-filling role of the UNIDROIT Principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG. *Tulane Law Review*, 69 (5), 1149-1190.
- Germain, C. (2014). Reducing legal babelism: CISG translation issues. En DiMatteo, L.A. (ed). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge University Press, 51-62.
- Goode, R. (1992). The concept of “good faith” in English law. En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 2. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1-12.
- Gordley, J. (2006). Foundations of private law: Property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford University Press.
- Gutiérrez de Larrauri, N. (2010). La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del *hardship* en los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales. *Revis-*

- ta de Derecho Privado*, (44), julio – diciembre, 1-40.
- Halpern, S. W. (1987). Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for the wisdom of Solomon. *University of Pennsylvania Law Review*, 135 (5), 1123-1178.
- Hartkamp, A. S. (1992). Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands. *American Journal of Comparative Law*, 40 (3), 551-572.
- Honnold, J. O. (2009). Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer.
- Horn, N. (1985). Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in some European Laws and in International Law. En Horn, N. (ed). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (pp. 15-29). Kluwer Law International.
- Konarski, H. (2003). Force majeure and hardship clauses in international contractual practice. *International Business Law Journal*, (4), 405-428.
- Kuster, D. y Andersen, C. B. (2016). Hardly room for hardship – A functional review of article 79 of the CISG. *Journal of Law & Commerce*, 35 (1), 1-20.
- Legrand, P. Jr. (1989). The case for judicial revision of contracts in French law (and beyond). *McGill Law Journal*, 34 (4), 908-951.
- Lindström, N. (2006). Changed circumstances and hardship in the International Sale of Goods. *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, p. 1-29.
- Macario, F. (2006). III. Le sopravvenienze. En Roppo, V. (ed). *Trattato del Contratto. V. Rimedi – 2* (pp. 494-658). Giuffrè.
- Markesinis, B.; Unberath, H. y Johnston, A. (2006). *The German Law of Contract*. (3rd Edition). Hart Publishing.
- Melis, W. (1984). Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 1 (3), 213-221.
- Momberg, R. (2011). 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*, 15 (2), 233-266.
- Momberg, R. (2020). Las cláusulas hardship como mecanismo de adaptación del contrato. En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (pp. 463-493). Thomson Reuters.
- Momberg Uribe, R. y Pino Emhart, A. (2020). The impact of Covid-19 in Chilean Contract Law. En *Opinio Juris in Comparative Law. Studies in Comparative and National Law. Special Issue: Impact of Coronavirus Emergency on Contract Law* (pp. 1-12).
- Muñoz, E. (2010). Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law. *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 14, 175-192.
- Pédamon, C. (2017). The paradoxes of the theory of *imprévision* in the new French law of

- contract: a judicial deterrent? *Amicus Curiae*, (112), 10-17.
- Perillo, J. M. (1996). Hardship and its impact on contractual obligations: a comparative analysis. En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 20. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1-14.
- Salvador Coderch, P. (2009). 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*, (4), 1-60.
- Sánchez González, M. P. (1990). Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus. Tecnos.
- Sánchez Lorenzo, S. (2018). UNIDROIT principles and OHADAC Principles on International Commercial Contracts. Convergences and Divergences. En Leible, S. y Miquel Sala, R. (eds). *Legal integration in Europe and America. International contract law and ADR* (pp. 69-106). JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.
- Schmitthoff, C. M. (1988). Hardship and intervenor clauses. En Cheng, C.(ed). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law* (pp. 415-423). Martinus Nijhoff Publishers.
- Schwenzer, I. (2009). Force majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, 39 (4), 709-726.
- Schwenzer, I. y Muñoz, E. (2019). Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. *Uniform Law Review*, 24 (1), 149-174.
- Sirena, P. y Patti, F. P. (2020). Hardship and renegotiation of contracts. In the prospective recodification of Italian civil law. *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, No. 3706159, 1-24.
- Slater, S. D. (1998). Overcome by hardship: the inapplicability of the UNIDROIT Principles' hardship provisions to CISG. *Florida Journal of International Law*, 12, 231-262.
- Strohbach, H. (1984). Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts and arbitration. *Journal of International Arbitration*, 1 (1), 39-52.
- Tallon, D. (1994). Le concept de bonne foi en droit français du contrat. En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 15. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Ups in New Divergences. *The Modern Law Review*, 61 (1), 11-32.
- Veneziano, A. (2010). UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*, 15 (1), 137-149.
- Zimmermann, R. (2004). Lecture 2: The transition from Civil Law to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era? En Zimmermann, R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today* (pp. 53-105). Oxford University Press.