

FUERZA MAYOR Y TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CNUCCIM) Y EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES*

FEDERICO GASTÓN VIEYRA**

Resumen: En este trabajo se examinan los conceptos de fuerza mayor y teoría de la imprevisión en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías y en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Para ello, se expone una breve introducción, se conceptualizan las figuras y se detallan sus efectos, y se realiza un análisis comparativo entre los distintos instrumentos jurídicos a la par que se evalúa su aplicación a conflictos suscitados por la pandemia de Covid-19.

Palabras clave: fuerza mayor — teoría de la imprevisión — exoneración — responsabilidad por daños — convención de viena — compraventa internacional de mercaderías — unidroit — covid-19

Abstract: This essay examines the concepts of force majeure and hardship in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. It provides a brief introduction, conceptualizes the figures and details their effects, making a comparative analysis between the different legal instruments while assessing their application to conflicts arising from the Covid-19 pandemic.

Keywords: force majeure — hardship — exemption — liability for damages — vienna convention — international sale of goods — unidroit — covid-19

* Recepción del original: 05/02/2021. Aceptación: 30/04/2021.

** Estudiante de Derecho, UBA.

I. INTRODUCCIÓN

La Cámara de Comercio Internacional ha definido el Covid-19 como una catástrofe sanitaria que está perturbando masivamente la economía mundial.¹ Esta crisis representa una amenaza sin precedentes para las cadenas de producción y distribución en el ámbito del comercio internacional. El avance y los rebrotes del virus imponen la adopción de medidas drásticas por parte de los distintos Estados, que distan de ser uniformes y coordinadas. En este contexto, las partes de los contratos pueden verse impedidas de cumplir con sus obligaciones. La pandemia que enfrentamos nos lleva inexorablemente a volver sobre los institutos jurídicos de la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente.

Mediante el presente trabajo repasamos, en el ámbito de la contratación internacional, las figuras conducentes a la exoneración de la responsabilidad por daños consagradas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, la CISG, la CNUCCIM o la Convención) y por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, los UPICC o los Principios). Evaluamos cómo se configuran sus requisitos en relación con las situaciones derivadas de la pandemia de Covid-19 y si representan remedios adecuados para las partes afectadas.

II. FUERZA MAYOR: CONCEPTUALIZACIÓN

II.A. CNUCCIM

El art. 79.1 CNUCCIM contiene la base del sistema de exoneración de responsabilidad por daños en la Convención. Una parte no será responsable del incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar: (i) que tuviese en cuenta el impedimento al momento de la celebración del contrato; o (ii) que evitase o superase el impedimento; o (iii) que evitase o superase las consecuencias del impedimento. Surge así que el impedimento debe ser imprevisible, inevitable e insuperable.

1. ICC Digital Library, "Nota de orientación de la CCI...", 09/04/2020, párr. 1.

Se desprende, aun de una lectura rápida, que el ámbito de aplicación del art. 79.1 CNUCCIM comprende los supuestos de fuerza mayor. Cabe entonces ensayar una definición autónoma de sus rasgos, que prescindiera de elementos locales y pueda resultar uniformemente aplicada en el ámbito del comercio internacional.

II.A.1. Imprevisible, inevitable, insuperable: carácter acumulativo de los requisitos

En primer lugar, debemos preguntarnos si los requisitos de imprevisibilidad, inevitabilidad y carácter insuperable del impedimento son de naturaleza concurrente y acumulativa, o si basta con la configuración de uno de ellos para que proceda la exoneración.

Según una postura minoritaria, Garro y Zuppi señalan que para la CNUCCIM basta que el impedimento no haya podido ser razonablemente evitado o superado para que constituya causal de exoneración. Comprenden que una causa de impedimento que, a pesar de haber sido razonablemente prevista, fuera inevitable o insuperable en su producción o en sus efectos, seguirá estando dentro del ámbito de aplicación de la norma.²

La postura mayoritaria sostiene que no puede encontrarse ausente ninguna de las condiciones señaladas, ni siquiera la relativa a la imprevisibilidad, aun cuando el impedimento se presentase como inevitable e insuperable.³ Los requisitos aparecen como acumulativos y concurrentes,⁴ y constituyen un filtro sucesivo. Si una parte ha logrado prever la ocurrencia de un evento impeditivo, deberá actuar en consecuencia y redistribuir los riesgos mediante cláusula expresa; caso contrario, se entenderá que ha asumido los riesgos de su producción.

Esta diferencia de criterios resulta crucial, pues de ella depende que supuestos como los previsibles rebrotes de Covid-19 y las medidas imperativas que los acompañen puedan dar lugar a un caso de fuerza mayor. La postura minoritaria, en nuestra opinión, peca por su laxitud, al dejar de lado el requisito de imprevisibilidad que la Convención recoge. Si éste no fuera exigible, y la fuerza mayor pudiera configurarse ante situaciones

2. GARRO & ZUPPI, *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, cap. XII.I.e, párr. 4.

3. SCHWENZER, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", p. 719.

4. CHENGWEI, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 4.1.

esperables, se estaría cargando a una parte con la falta de diligencia de la otra, lo que atenta contra la seguridad jurídica que exige el comercio internacional.

II.A.2. Imprevisible: "y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato..."

En segundo lugar, debemos dilucidar cuándo es razonable esperar que se tenga en cuenta el impedimento al momento de la celebración del contrato. A fin de determinar la previsibilidad, cabe tomar como parámetro el accionar de una persona razonable ubicada en la misma situación, no sólo respecto del impedimento en sí mismo sino también sobre el momento de su producción.⁵

En relación con la pandemia de Covid-19, debe tenerse especialmente presente la fecha de celebración del contrato, el lugar en que se encuentran los establecimientos de las partes y evaluar la coyuntura en que fue negociado, a los efectos de descartar la previsibilidad de la toma inminente de medidas y sus efectos. Debe hacerse énfasis en la información disponible en cada momento, su nivel de difusión, y la diligencia que las partes deberían haber puesto para acceder a ella y comprender su real y potencial implicancia.

Entendemos que no sólo la información científica y/o especializada puede quebrar el requisito de imprevisibilidad, sino también —y hasta en mayor medida— aquella más general difundida por fuentes secundarias y medios masivos, en tanto las partes de un contrato internacional no revisan el carácter de científicos ni investigadores sino de comerciantes atentos a las especulaciones del tráfico negocial.

Asimismo, es indiscutible que los efectos del impedimento ya conocido al momento de la celebración del contrato no pueden reputarse imprevisibles.⁶ Desde principios del año 2020, los medios de comunicación divulgaron información sobre la velocidad de circulación del virus y sobre la necesidad de adoptar medidas restrictivas en cada Estado. La Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 declaró que el Covid-19

5. TALLON, "Article 79", título 2.6.3., párr. 4.

6. UNCITRAL, *Digest of Case Law on the...*, p. 377, párr. 17.

constituía una emergencia sanitaria internacional, para luego el 11 de marzo de 2020 reconocerlo como pandemia. En relación con los contratos negociados a partir de estas fechas, la posterior circulación del virus y las medidas imperativas dictadas no resultan imprevisibles, pues las alertas de que podrían acontecer eran de público conocimiento y las partes debieron considerarlas.

Además, como el comerciante se expone por propia voluntad a las vicisitudes del mercado, las finanzas y la economía, no cualquier imprevisto puede considerarse ajeno a su parte.⁷ Como el art. 79 CNUCCIM no altera las reglas generales sobre asunción y transmisión del riesgo de los arts. 66 a 70 de la Convención,⁸ debe analizarse si la parte que pretende la exoneración los había o no asumido, pues el impedimento debe siempre ser exógeno⁹ y nunca inherente a su negocio. Si un impedimento se encuentra dentro de la esfera de control de una parte, salvo pacto en contrario, se debe entender que ha asumido el riesgo y las consecuencias de su producción.

Por ejemplo, se comprende que el vendedor asume el riesgo de adquirir las mercaderías que se obligó a entregar.¹⁰ Así, en el marco de la pandemia de Covid-19, las partes vendedoras de mercaderías que no pueden acceder a ellas ante las medidas restrictivas que pesan sobre sus proveedores, no podrían fundar un caso de fuerza mayor por tratarse de un riesgo asumido. De todas maneras, cabría explorar la posibilidad de invocar un supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente si las pocas vías alternativas disponibles, ante la súbita restricción de la oferta, impusieran precios que atentasen contra la integridad económica del deudor.

Se entiende también que la incapacidad de una parte para financiar el cumplimiento de su prestación constituye un riesgo propio de la actividad que desarrolla.¹¹ La parte perjudicada difícilmente pueda invocar la afectación de las cadenas de pagos generada por la pandemia de Covid-19, pues debió razonablemente tener en cuenta tales situaciones —independientemente de su origen en la circulación de un virus— al planificar financieramente su actividad.

7. LOOKOFSKY, “The 1980 United Nations Convention on...”, sección 302, párr. 3.

8. LOOKOFSKY, “The 1980 United Nations Convention on...”, sección 301, párr. 3.

9. CHENGWEI, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 6.1.

10. Tribunal Federal de Justicia, Alemania, “Vine wax case”, pto. II.2.a.

11. UNCITRAL, *Digest of Case Law on the...*, pp. 376-377, párr. 15.

II.A.3. Inevitable e insuperable: "y si no cabía razonablemente esperar [...] que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias"

En tercer lugar, corresponde analizar cuándo es razonable esperar que se evite o supere el impedimento o sus consecuencias. Lo que es imprevisible no siempre resulta insuperable, por lo que no necesariamente constituirá fuerza mayor conforme el art. 79 CNUCCIM. Las partes tienen la obligación de reaccionar y tomar las medidas necesarias contra los eventos que puedan amenazar su aptitud para cumplir con el contrato. Ahora bien, la CNUCCIM no contempla el costo que puede implicar evitar o superar este obstáculo, lo que nos conduce a preguntarnos ¿es razonable que el deudor deba incurrir en abultados gastos para evitar o superar el impedimento?

Lo que se requiere es que la parte deudora haga todo lo que esté razonablemente a su alcance para cumplir su obligación, pero no al extremo de atentar contra su propia existencia.¹² No puede esperarse que el deudor tome precauciones o incurra en gastos desproporcionados respecto del potencial impedimento que se pretende evitar o superar. En tal caso, ya sea bajo la figura de la fuerza mayor o de la excesiva onerosidad sobreviniente, la parte afectada podrá acceder a la exoneración. La medida estará dada por la costumbre y por lo que otras personas razonables habrían realizado en la misma situación.¹³ El concepto, sin embargo, permanece indeterminado, y requiere un detenido análisis en cada caso concreto.

La jurisprudencia ha reconocido determinados supuestos que no suelen constituir eventos inevitables o insuperables. Así, se intentó sin éxito alegar el incumplimiento de un tercero proveedor —ya sea por el envío de mercadería defectuosa¹⁴ o por no llegar a producirla a tiempo—¹⁵ para justificar el propio incumplimiento y se negó la exoneración en casos en que el vendedor bien podía adquirir otros bienes en reemplazo¹⁶ o un sustituto comercialmente razonable.¹⁷

12. SOUTHERINGTON, "Impossibility of Performance and Other Excuses...", título 3.3.2.(4).

13. CHENGWEL, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 4.5.

14. Tribunal Federal de Justicia, Alemania, "Vine wax case", cons. II.2.a).

15. Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, "Metallic sodium case", cons. 5.

16. Cámara de Apelaciones de Hamburgo, Alemania, "Tomato concentrate case", párr. 12.

17. Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, "Macromex SRL. v. Globex International Inc. – interim award", título II.B.ii.

En el contexto de la pandemia de Covid-19, cobra relevancia la adopción de protocolos y la gestión de las habilitaciones necesarias para que el deudor pueda cumplir con su obligación. De haber existido la posibilidad de tramitar una excepción a las normas imperativas que impidiesen el cumplimiento, ella debió haber sido diligentemente requerida, pues de lo contrario se habría dejado pasar una valiosa oportunidad para superar sus efectos.

Asimismo, como las medidas restrictivas sobre la producción operan sobre un plano territorial, pueden superarse subcontratando la ejecución de la prestación impedida a un tercero con establecimiento en otro Estado. Para que proceda la exoneración, deberá demostrarse que ello no fue razonablemente posible, por ejemplo, por no haber subcontratistas capacitados, o por exigirse precios abusivos.

Tratándose de obligaciones de entrega de mercadería fungible, difícilmente prospere la exoneración por fuerza mayor, pues la parte afectada prácticamente siempre podría acceder a ella por vías alternativas. La falta de provisión de fondos o el quiebre en la cadena de pagos tampoco daría lugar a la exoneración, pues el dinero es un bien enteramente fungible.

II.A.4. El concepto de impedimento

Continuando con la caracterización de la fuerza mayor, nos encontramos seguidamente con el concepto de impedimento. En una decisión arbitral se lo definió como un riesgo inmanejable o un evento totalmente excepcional, tal como la fuerza mayor, la imposibilidad económica o la excesiva onerosidad.¹⁸ Si bien la Convención no hace referencia a una u otra figura, se asocian a la fuerza mayor aquellos impedimentos configurados por sucesos que tornan imposible o prácticamente imposible la prestación, y corresponden al campo de la excesiva onerosidad sobreviniente aquellos relacionados con dificultades económicas extremas.

El impedimento puede ser tanto material como jurídico. El primer supuesto se configura ante imposibilidades operativas que afectan fatalmente la posibilidad de cumplir, mientras que el segundo obedece a la ilegalidad sobreviniente del cumplimiento. Solo una norma legal con aptitud suficiente podrá fundar el impedimento jurídico.

18. Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hamburgo, "Chinese goods case, partial award of 21 March 1996", párr. 12.

Cabe destacar que el art. 79.1 *in fine* diferencia entre el "impedimento" en sí y sus consecuencias, lo que nos lleva a concebir al "impedimento" no tanto como un efecto sino más bien como una causa generadora de consecuencias impeditivas; de lo contrario, la diferencia señalada en el texto de la Convención devendría sobreabundante y superflua. De la misma diferenciación surge que lo imprevisible debe ser el impedimento y no sus consecuencias.

En relación con la pandemia de Covid-19, debe tenerse presente que en la mayoría de los casos el impedimento no será la pandemia en sí misma. En cambio, el hecho impeditivo estará constituido: (i) por las medidas que adoptan los Estados y que afectan directamente a la parte deudora del contrato; y/o (ii) por el impacto indirecto que todas esas medidas tienen sobre el comercio y la economía en general, que acaba afectando al deudor. Si bien en última instancia ambos impedimentos tienen su origen en la pandemia, se configuran grados de causalidad distintos y deberán probarse diferentes supuestos.

Observamos que los casos cubiertos por la primera categoría poseen mayor potencial para fundar una exoneración, porque en ellos existe una precisa norma prohibitiva que bien podría configurar un impedimento jurídico además de uno material. En cambio, la afectación indirecta o "de rebote" comprendida en la segunda categoría no podría nunca dar lugar a un impedimento jurídico sino solo a uno material, pues aquellos fenómenos económicos no poseen fuerza jurídica para determinar la ilegalidad del cumplimiento de la obligación. En este último supuesto, la diversidad de grados y matices fácticos dificultará la prueba de la configuración del impedimento con sus requisitos y su nexo causal suficiente con el incumplimiento.

II.A.5. Ajenidad del impedimento

El impedimento debe ser ajeno a la voluntad de la parte. La versión en inglés utiliza la expresión "fuera de su control", fórmula más precisa y concreta en tanto se despega del ámbito volitivo para hacer énfasis en una faceta más bien objetiva.¹⁹ De todas maneras, la interpretación no varía: si el impedimento se encuentra dentro de la esfera de control del deudor, no podrá invocarlo como ajeno o externo, y no corresponderá la exoneración.

19. TALLON, "Article 79", título 2.6.2, párr. 1.

El requisito de ajenidad se perfila sobre dos situaciones diferentes.²⁰ Por un lado, se enfoca en la conducta de la parte incumplidora: la exoneración no tendrá lugar si el deudor no se ha comportado como el contrato requería, en lo que respecta a la buena fe y a la obligación de realizar aquellos actos que estuvieran a su alcance para evitar o superar el impedimento. Por el otro, apunta a la caracterización del impedimento como externo a la actividad de la parte que lo invoca: en caso de ser propio de su giro comercial, el deudor asume su riesgo, por lo que nunca un impedimento interno podría dar lugar a una exoneración de responsabilidad.

Reiteramos en este punto la importancia que reviste, en el marco de la pandemia de Covid-19, la pronta y diligente adopción de los protocolos necesarios para poder cumplir con las obligaciones contraídas. Si el deudor fuera renuente en adoptarlos, el impedimento dejaría de ser completamente ajeno a su conducta, y mal podría pretender exonerarse de responsabilidad alguna.

II.A.6. Nexo causal

La falta de cumplimiento tiene que ser una consecuencia del impedimento que cumpla con todas las condiciones señaladas previamente: se exige así un nexo causal suficiente. De esta manera, y a modo de ejemplo, una parte no podría invocar la imposición de prohibiciones al desarrollo de su actividad como consecuencia de la pandemia de Covid-19 luego de haberse negado por propia voluntad a cumplir el contrato.

Asimismo, a partir de una lectura integral del art. 79 CNUCCIM, se señala que el hecho impeditivo debe ser necesariamente la causa exclusiva del incumplimiento exonerado.²¹ Caso contrario, entraría en juego la propia conducta negligente de la parte y obstaría a la configuración de la exoneración por no verificarse la ajenidad del evento.

II.A.7. Carga de la prueba

Será la parte que invoque la configuración de la exoneración la que deberá probar todos los supuestos enunciados en el art. 79.1 CNUCCIM.

20. TALLON, “Article 79”, título 2.6.2, párrs. 2-3.

21. TALLON, “Article 79”, título 2.6.6, párr. 2.

Ello no solo se deduce del texto del artículo comentado, sino que surge de la regla que indica que quien alega un hecho debe probarlo, principio general en que la CNUCCIM se funda y mediante cuya aplicación deben colmarse sus lagunas (art. 7.2 CNUCCIM).

II.A.8. Duración de la exoneración

Prevé el art. 79.3 CNUCCIM que la exoneración surtirá efecto mientras dure el impedimento. Al cesar el impedimento, la parte volverá a ser responsable por el cumplimiento de sus obligaciones.

Se plantea la duda sobre el caso en que el impedimento cesase, pero las circunstancias existentes fueran radicalmente distintas a las bases sobre las cuales se contrató. Piénsese en la "nueva normalidad" en materia de comercio y consumo que se predica en relación con el Covid-19 ¿la parte podría seguir exonerada? La respuesta pareciera ser afirmativa. Si bien una propuesta para incorporar previsiones expresas en este sentido fue rechazada, se acordó como solución de compromiso eliminar la palabra "solamente" que hasta entonces precedía a "surtirá efecto mientras dure el impedimento": la intención fue dejar abierta la posibilidad para extender la exoneración más allá de la existencia del impedimento.²²

No creemos que esta interpretación sea beneficiosa. En el contexto de la pandemia de Covid-19, introducir como variable la finalidad de la celebración del contrato solo aportaría mayor incerteza al tráfico mercantil. A menos que así hubiera sido pactado, el desinterés sobreviniente de una parte no debiera fundar un impedimento que la exonere de sus obligaciones, so pena de desvirtuar la fuerza vinculante del contrato y subvertir la asunción de riesgos.

Al mismo tiempo, la redacción del art. 79.3 CNUCCIM nos parece criticable. Debió haberse hecho referencia no a la duración del impedimento en sí mismo sino a la duración de sus consecuencias impositivas, pues son ellas las que determinan la imposibilidad de cumplir. Por ejemplo, ante el levantamiento de las medidas restrictivas impuestas sobre una fábrica en el marco de la pandemia de Covid-19, la exoneración debería cubrir también el tiempo que la producción demore razonablemente en reanudarse. Ello asimismo guardaría sentido con el tratamiento diferenciado que estos conceptos

22. CHENGWEI, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 9.

reciben en el art. 79.1 *in fine* de la Convención. Entendemos que así debe interpretarse el artículo comentado, para evitar exoneraciones más breves o extensas que lo estrictamente necesario que afecten la seguridad jurídica.

II.A.9. Comunicación a la otra parte

El art. 79.4 CNUCCIM establece que la parte incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplir. Esta comunicación le servirá a la parte no afectada para tomar las medidas necesarias y superar las consecuencias que la falta de cumplimiento podría provocarle. El incumplimiento de esta carga se vería reñido con el principio de buena fe.

Enrolándose en la teoría de la recepción, prevé el art. 79.4 CNUCCIM que, si la parte no afectada no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable luego de que la parte incumplidora tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. A los efectos de determinar cuándo la comunicación ha sido recibida, cabe aplicar analógicamente el art. 24 CNUCCIM.²³ Los daños a los que se refiere este punto son solamente aquellos que se derivan por la falta de recepción de la comunicación, y no los derivados de la falta de cumplimiento de la obligación contractual de que se trate.²⁴

II.A.10. Incumplimiento provocado por la falta de cumplimiento de un tercero

El art. 79.2 CNUCCIM prevé el caso en que el impedimento se deba a la falta de cumplimiento de un tercero al que se le haya encargado la ejecución total o parcial del contrato. Para que proceda la exoneración, tanto la parte del contrato que la invoca como el tercero incumplidor deben encontrarse alcanzados por los términos del art. 79.1 CNUCCIM, aun cuando a la relación contractual con el tercero no le fuera aplicable la Convención. Debemos entonces preguntarnos ¿quiénes son esos terceros? Usualmente, surge la duda respecto a los proveedores del vendedor.

23. CHENGWEL, *Force Majeure Perspectives from the CISG...*, título 7.

24. RIMKE, "Force Majeure and Hardship: Application in...", título IV.C.4.

Se discute si debe tratarse de proveedores subcontratados en sentido estricto o si cualquier “proveedor general” quedaría incluido en el art. 79.2 CNUCCIM. Existe consenso en realizar una interpretación restrictiva y excluir a los proveedores generales,²⁵ y exigir que la tarea realizada por el tercero se refiera únicamente al cumplimiento del contrato en concreto.²⁶ Los antecedentes legislativos apoyan esta posición: del reporte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) de 1977 surge que, si bien no fue utilizado el término “subcontratista” por desconocérselo en algunos sistemas jurídicos, la intención fue excluir a los proveedores, dado que no podrían ser considerados como terceros a quienes el vendedor encargó la ejecución de parte del contrato en particular.²⁷ En este sentido, la jurisprudencia entendió que solo pueden considerarse terceros aquellas personas a quienes el vendedor, luego de la celebración del contrato, les encargó el cumplimiento de sus obligaciones existentes hacia el comprador —por ejemplo, transportistas—,²⁸ y no a productores o fabricantes genéricos.²⁹

Así las cosas, solamente tratándose de incumplimientos de subcontratistas deberá estarse al estándar agravado del art. 79.2 CNUCCIM, mientras que tratándose de proveedores generales regirá el art. 79.1 CNUCCIM. Recordamos, de todas maneras, que el vendedor asume el riesgo de la adquisición de las mercaderías que se obligó a entregar (ver punto II.A.2), y que muchos de los imprevistos relacionados con proveedores no se consideran inevitables o insuperables (ver punto II.A.3).

Entendemos que la concepción restrictiva del art. 79.2 CNUCCIM, especialmente en el marco de la pandemia de Covid-19, debe superarse. Siendo el incumplimiento generalizado de los subcontratistas una de las principales causas que impide la ejecución de los contratos, encontramos infundado restringir aún más las condiciones de procedencia del remedio. Tanto los proveedores generales como los subcontratistas son terceros cuyas prestaciones resultan igualmente necesarias para el cumplimiento del

25. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under...*, sección 434, párr. 3.

26. TALLON, “Article 79”, título 2.7.1, párr. 2.

27. UNCITRAL, “Article 50”, p. 56, ptos. 448 y 449.

28. Cámara de Apelaciones de Lugano, Cantón del Ticino, Suiza, “N... P... v. H... SA”, considerando 2.1.

29. Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hamburgo, “Chinese goods case, partial award of 21 March 1996”, párr. 12.

contrato; en ambos casos se trata de incumplimientos de terceros de los que el vendedor eligió depender. ¿Por qué la extensión de la responsabilidad de la parte afectada debiera ser mayor en un supuesto que en otro? Creemos que los requisitos de ajenidad, imprevisibilidad, inevitabilidad y carácter insuperable ya constituyen filtros suficientes, y no encontramos premisas que justifiquen la razonabilidad del distingo.

En este sentido, Garro señala que el art. 79.1 CNUCCIM resulta suficiente por sí mismo para hacerse cargo de todos los casos de fuerza mayor, incluidos aquellos relacionados con subcontratistas. Ello es así, pues, aunque el incumplimiento del subcontratista pueda exonerarse conforme el art. 79.2 CNUCCIM, la parte afectada seguirá estando obligada a evitar o superar dicho impedimento frente a su contraparte. Concluye que resulta innecesario adentrarse en el meollo de diferenciar distintos tipos de terceros, y que los propios requisitos del art. 79.1 CNUCCIM relativos a la configuración del impedimento cubren todos los supuestos a considerar.³⁰

I.B. UPICC

El art. 7.1.7 (1) UPICC posee una redacción sumamente similar a la del art. 79.1 CNUCCIM al establecer que el incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba: (i) que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control; y (ii) que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperarlo, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. Se destacan así las exigencias sobre el nexo de causalidad, la ajenidad, la imprevisibilidad, la inevitabilidad y el carácter insuperable. Por tratarse de elementos comunes, remitimos al análisis realizado al tratar la fuerza mayor bajo el régimen de la CNUCCIM.

El art. 7.1.7 (3) UPICC impone a la parte afectada la carga de la comunicación del impedimento y los efectos sobre la posibilidad de cumplir. Ante la falta de recepción, la parte incumplidora será responsable por los daños emergentes de la falta de comunicación. También posee una redacción sustancialmente parecida a la del art. 79.4 CNUCCIM. Remitimos asimismo al análisis realizado al tratar la fuerza mayor bajo el régimen de la CNUCCIM.

El art. 7.1.7 (2) UPICC prevé que cuando el impedimento sea temporal, la excusa tendrá efecto durante el período de tiempo que sea razonable

30. GARRO, *Comparison between provisions of the CISG...*, título 2, párrs. 7-8.

en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato. Esto significa que, a diferencia del art. 79.3 CNUCCIM, el plazo durante el cual surta efecto la exoneración podrá exceder (o incluso ser menor) al propio plazo del impedimento, en función de las particulares circunstancias del caso. Por ejemplo, levantadas las prohibiciones dictadas en el marco de la pandemia de Covid-19 sobre determinada actividad industrial, los procesos de producción podrían demorar semanas en reanudarse efectivamente: ese plazo adicional estaría cubierto dentro de la exoneración. Entendemos que la regulación de este punto en los Principios supera a la elaborada en la Convención, en tanto ésta sólo refiere a la duración del impedimento y no a sus efectos. Remitimos a la crítica realizada en el punto II.A.8.

Resulta notorio que los UPICC no hayan previsto el caso del incumplimiento por un tercero subcontratista, tal como lo hace el art. 79.2 CNUCCIM. ¿Qué sucedería en estos casos? Tal como lo explica Garro, resulta innecesario establecer una previsión expresa al respecto, pues el concepto de impedimento y todos los requisitos que lo rodean resultan suficientes para predicar la procedencia o improcedencia de cualquier caso de fuerza mayor, incluso relacionado con incumplimientos de terceros.³¹ Así las cosas, cumplidas todas las condiciones, bien podría invocarse el supuesto. Esta regulación supera las críticas realizadas al texto de la Convención en el punto II.A.10.

Finalmente, y en forma coincidente con el concepto amplio previsto en la Convención, no se requiere que el impedimento sobre el que se basa el art. 7.1.7 UPICC sea absoluto. Existe la posibilidad de que el mismo supuesto fáctico constituya tanto un caso de fuerza mayor como de excesiva onerosidad sobreviniente; la parte afectada debe decidir qué figura invocar, ya que bajo los Principios poseen distintos efectos.³² El impedimento podrá ser tanto físico como jurídico.

31. GARRO, *Comparison between provisions of the CISG...*, título 2, párrs. 7-8.

32. UNIDROIT Secretariat, Note of the UNIDROIT Secretariat on..., párrs. 50-51.

III. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN

III.A. CNUCCIM

En su momento, fue objeto de debate si el art. 79 CNUCCIM solamente resultaba aplicable ante imposibilidades absolutas de cumplimiento o si cabía extender su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en que, siendo la prestación material y jurídicamente posible, su cumplimiento hubiera devenido excesivamente gravoso para el deudor. Esto es, en concreto, si el art. 79 CNUCCIM incluía o no los supuestos comprendidos por la teoría de la imprevisión, también conocida como excesiva onerosidad sobreviniente o *hardship* (a los efectos de este trabajo, utilizamos los tres términos como sinónimos).

La discusión fue zanjada en favor de la recepción de la teoría de la imprevisión. El Consejo Asesor de la CNUCCIM en su Opinión No. 7 reconoció que el concepto de impedimento no se restringe a las circunstancias que hagan al cumplimiento absolutamente imposible, ya que puede invocarse la teoría de la imprevisión bajo el art. 79 CNUCCIM.³³ Así también lo ratificó en su Opinión No. 20, al agregar que la teoría de la imprevisión puede configurarse tanto por un incremento en los costos de ejecución como por una caída en el valor de la contraprestación.³⁴ El Consejo señala que traspasado cierto límite de sacrificio no se puede esperar razonablemente el cumplimiento del obligado, en tanto se encuentra afectado por una imposibilidad económica para hacerlo.³⁵

Así las cosas, la teoría de la imprevisión se deriva del mismo art. 79.1 CNUCCIM que fuera analizado previamente para el caso de la fuerza mayor. Siendo que el articulado es el mismo y que los requisitos son idénticos, a aquel análisis remitimos, aunque dejando en claro que en este caso el impedimento consistirá en un cambio material de circunstancias que torne al cumplimiento excesivamente oneroso y no en una imposibilidad de cumplimiento.

Cabe preguntarnos entonces ¿cuándo el cumplimiento resulta excesivamente oneroso? La jurisprudencia mantiene hasta el día de hoy una postura

33. CISG Advisory Council, "Opinion No. 7", pto. 3.1.

34. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", pto. 5.1.

35. CISG Advisory Council, "Opinion No. 7", párr. 38.

sumamente restrictiva, no habiéndose establecido límites de sacrificio o topes fijos. Según una investigación del Consejo Asesor de la CNUCCIM, de ocho pronunciamientos analizados en los que resultaba de aplicación la Convención, en siete se negó la exoneración. En las cuatro decisiones en que se trató concretamente el punto del límite de sacrificio, fueron declarados insuficientes umbrales del 50 %, 100 %, 200 % y 300 % respectivamente.³⁶

Así, por ejemplo, se ha sostenido que tratándose de contratos altamente especulativos —contratos sobre materias primas— el límite de sacrificio debe ser elevado, por asumir las partes una cuota de riesgo mayor,³⁷ o que las variaciones significativas en los precios son previsibles en relaciones contractuales de largo plazo, por lo que deben las partes incluir cláusulas de estabilización o revisión para redistribuir los riesgos.³⁸

En favor de la procedencia de la exoneración, se destaca únicamente una sentencia de la Corte Suprema de Bélgica. De acuerdo con una integración conforme el art. 7.2 CNUCCIM de lo que entendió que era una laguna de la Convención, acudió a los UPICC para justificar la procedencia de la exoneración y renegociación del contrato ante un aumento del 70 % en el precio de los bienes que el vendedor se obligó a entregar.³⁹

Esta sentencia es objeto de agudas críticas. En primer lugar, se señala que no hay vacío alguno a ser colmado, pues el concepto de impedimento del art. 79.1 CNUCCIM ya comprende en su seno a la teoría de la imprevisión.⁴⁰ En segundo lugar, aun si por mera hipótesis hubiera una laguna, los UPICC no surgirían como el instrumento a consultar para colmarla. En los términos del art. 7.2 CNUCCIM, los Principios difícilmente puedan constituir “principios generales” en los que se basa la Convención, pues ellos se fundan más en el derecho continental europeo que en un sistema mixto como el de la CNUCCIM.⁴¹ Flechtner indica que la sentencia entraña una interpretación perversa y distorsiva, orientada por las ansias de justificar la facultad judicial de adaptar el contrato.⁴²

36. CISG Advisory Council, “Opinion No. 20”, párr. 4.

37. Cámara de Apelaciones de Hamburgo, Alemania, “Tomato concentrate case”, pto. 2(d).

38. Cámara de Apelaciones de Colmar, Francia, “Société Romay AG v. SARL Behr France”, párr. 40.

39. Corte Suprema, Bélgica, “Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.”, pto. IV.2.

40. CISG Advisory Council, “Opinion No. 20”, párr. 7.11.

41. FLECHTNER, “The Exemption Provisions of the Sales...”, párr. 32.

42. FLECHTNER, “The Exemption Provisions of the Sales...”, párr. 34.

En relación con la pandemia de Covid-19, la determinación del límite resulta especialmente crítica por sus efectos sistémicos. Fijar estándares bajos puede perjudicar aún más a las cadenas de producción, pues sus eslabones económicamente afectados se acogerían a la exoneración y generalizarían la parálisis. Esto incluso podría reforzar situaciones abusivas: por ejemplo, si la vendedora afectada tuviera una posición contractual dominante, y la compradora necesitase con urgencia la mercadería, la primera podría exigir condiciones de renegociación perjudiciales para la segunda, teniendo presente que la única alternativa de la compradora sería resolver el contrato en un contexto adverso o mantenerse vinculada por él, aunque no puede exigir su cumplimiento. Por su parte, fijar estándares muy altos podría desplazar del mercado a pequeños y medianos comerciantes, para quedar concentrado solo en grandes actores con enorme respaldo financiero y operaciones diversificadas. Tratándose de un verdadero dilema, la decisión cobra matices políticos que exceden el espíritu uniformador de la CNUCCIM y los argumentos jurídicos esgrimibles.

III.B. UPICC

Los UPICC se ocupan particularmente de la teoría de la imprevisión en su capítulo 6, sección 2, al regular la ejecución de los contratos. A lo largo de tres artículos se formula una definición autónoma, y se detallan los requisitos que hacen a su configuración y sus efectos sobre los derechos y obligaciones de las partes.

El art. 6.2.1 UPICC hace énfasis en el carácter excepcional de la teoría de la imprevisión, al establecer, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1.3 UPICC), que el contrato deberá ser cumplido sin perjuicio de la mayor onerosidad o grandes pérdidas con las que deba cargar una de las partes del contrato.⁴³ Esta regla no es absoluta, y cede justamente en aquellos casos de excesiva onerosidad sobreviniente.

El art. 6.2.2 UPICC se ocupa de definir qué constituye excesiva onerosidad sobreviniente. Así, debe tratarse de una alteración fundamental en el equilibrio económico del contrato como consecuencia de eventos que: (i) acontecen o llegan a ser conocidos por la parte afectada luego de la

43. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, Art. 6.2.1, pto. 1, p. 217.

celebración; (ii) no pudieron ser razonablemente previstos; (iii) escapan al control de la parte afectada; y (iv) no fueran asumidos por la parte en desventaja.

A continuación, haremos un breve análisis de cada uno de los supuestos. Aclaremos, para no resultar reiterativos, que concurren a su interpretación los principios generales vertidos al analizar la configuración de caracteres en común con la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión bajo el régimen de la CNUCCIM (por ejemplo, en lo que respecta al concepto de imprevisión, de ajenidad, de asunción de riesgos, etc.). A ellos cabe remitir para un análisis más detallado de las pautas generales que los institutos comparten.

III.B.1. Alteración fundamental

Tal como señalamos al comentar sobre la teoría de la imprevisión en el ámbito de la CNUCCIM, no pueden establecerse pautas fijas para determinar el carácter fundamental de la alteración. Si bien los comentarios a la primera edición de los UPICC sugerían un tope del 50 %, las posteriores ediciones eliminaron tal referencia.⁴⁴

La alteración puede revelarse ya como un aumento excesivo en los costos del cumplimiento, ya como una disminución excesiva en el valor de la prestación recibida. Esta última puede responder tanto a alteraciones drásticas en el mercado (p. ej., un pico de inflación que licúa los precios pactados) como a la frustración de la finalidad que determinó la celebración del contrato (p. ej., ante la imposición de medidas restrictivas que afectan la reexportación de mercadería).⁴⁵

En el marco de la pandemia de Covid-19, surgen innumerables supuestos de disminución del valor de la prestación recibida en relación con contratos sobre el uso y goce de cosas. Piénsese en una locación de un predio fabril ante las restricciones para explotarlo, o de un restaurante sito en un aeropuerto ante la enorme reducción de la actividad aerocomercial. En esos casos, el valor de ese uso y goce puede verse reducido incluso a cero, por lo que la contraprestación por él pactada devendrá desproporcionada.

44. SCHWENZER, "Force Majeure And Hardship In International Sales Contracts", p. 716.

45. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.2, pto. 2.b, pp. 219-220.

III.B.2. Eventos que acontecen o llegan a ser conocidos después de la celebración del contrato

Se delimita el marco temporal: el evento debe acontecer o hacerse conocido luego de celebrado el contrato. En caso en que el evento ya hubiera acaecido, pero no hubiera llegado a ser conocido por la parte afectada, deberá prestarse especial atención a las condiciones de imprevisibilidad y ajenidad: no puede consentirse que la parte se beneficie de su falta de diligencia.

III.B.3. Imprevisibilidad del evento

Se exige que el evento sea razonablemente imprevisible, esto es, que el acontecimiento esté tan fuera de los límites de la probabilidad que incluso personas razonables y diligentes no hubieran podido preverlo.⁴⁶ En caso de haber sido previsto, se considerará que la parte lo ha asumido como riesgo propio.

Téngase presente que en lo que respecta a precios, siempre podrá establecerse un rango de tendencias: solo podrá constituir excesiva onerosidad sobreviniente un evento extraordinario que se aparte sustancialmente de la propia dinámica de los mercados. Si el cambio comenzó antes de la celebración del contrato, no se configurará excesiva onerosidad sobreviniente a menos que su ritmo aumente drásticamente durante su vigencia.⁴⁷

III.B.4. Ajenidad del evento

El evento debe resultar ajeno al ámbito de control de la parte en un doble sentido: por un lado, no puede tener su origen en los actos u omisiones de la parte afectada; por el otro, el evento debe ser externo a la actividad de la parte que lo invoca y a su giro comercial.

El concepto de control es amplio y bajo los UPICC se integra con el requisito implícito de inevitabilidad: si la parte pudo en algún momento evitar la producción del evento en sí y/o de sus consecuencias, quiere decir que se encontraba dentro de su esfera de control y actuación.

46. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the...", p. 122.

47. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.2, pto. 3.b, p. 220.

III.B.5. No asunción del riesgo de producción del evento

No puede invocarse la teoría de la imprevisión si la parte afectada había asumido el riesgo de su producción. Esta asunción podrá ser expresa o implícita según la naturaleza del contrato.⁴⁸ Así, una parte que celebre un contrato especulativo deberá soportar una cuota de riesgo mucho más amplia. Señala Momberg Uribe que, si bien las partes son libres para pactar la asunción de riesgos *ex ante*, aquella cláusula debe interpretarse restrictivamente, ya que agrava la responsabilidad del deudor.⁴⁹

La asunción implícita ha sido utilizada por la jurisprudencia para rechazar reclamos fundados en la teoría de la imprevisión. Así, en una decisión arbitral se entendió que, en el marco de un contrato en que la parte agraviada se obligaba a proveer vegetales a la otra, debía rechazarse la invocación de la teoría de la imprevisión ante eventos climáticos relacionados con "El Niño" que destruyeron la cosecha. Los árbitros sostuvieron que, por el tipo de contrato de que se trataba, el riesgo había sido implícitamente asumido por la afectada.⁵⁰ En el marco de la pandemia de Covid-19, lo mismo podría predicarse respecto al vendedor de mercadería que se obliga a producirla en una zona con circulación comunitaria del virus: luego no podrá invocar como impedimento la falta de mano de obra disponible para producirla o la imposición de medidas restrictivas.

II.B.6. Nexo causal

Se exige que el evento que cumpla con todos los requisitos anteriores sea la causa de la alteración económica fundamental. El hecho en cuestión deberá ser la única causa, pues en caso de concurrir otras conductas u omisiones de la parte afectada, el requisito de ajenidad se vería quebrado por ellas.

48. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, Art. 6.2.2, pto. 3.d, p. 221.

49. MOMBERG URIBE, "Change of circumstances in international instruments...", p. 255.

50. Centro de Arbitraje de México, "30/11/2006", considerandos 244-247.

III.B.7. Comunicación

Finalmente, la parte que se encuentre afectada por excesiva onerosidad sobreviniente deberá comunicarlo sin demora a la otra, en la oportunidad establecida por el art. 6.2.3 (1) UPICC.

IV. EFECTOS

Una vez detectada la configuración de un supuesto de fuerza mayor o de teoría de la imprevisión, ya sea bajo el régimen de la CNUCCIM o conforme los UPICC, debemos preguntarnos por sus efectos sobre el contrato y los derechos y obligaciones de las partes. A continuación, analizaremos en cada instrumento qué consecuencias se le reconocen a los distintos institutos en cuestión.

IV.A. CNUCCIM

Como fue descripto anteriormente, el art. 79 CNUCCIM comprende en su seno tanto los casos de fuerza mayor como a los de excesiva onerosidad sobreviniente. La regulación es idéntica para ambos, por lo que sus efectos no han de diferir y serán tratados conjuntamente.

El art. 79.1 CNUCCIM prevé que la parte exonerada no será responsable por su incumplimiento mientras dure el impedimento. A su vez, el art. 79.5 CNUCCIM establece que nada impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por falta de cumplimiento. Así, la parte afectada se haya exonerada únicamente de la responsabilidad por daños que estén relacionados con su imposibilidad para cumplir, incluidos daños tarifados y cláusulas penales.⁵¹

La parte no incumplidora podrá ejercer todos sus otros derechos y remedios, entre los que cabe destacar: (i) el derecho a reducir el precio (art. 50 CNUCCIM); (ii) el derecho a diferir su cumplimiento (art. 71 CNUCCIM); (iii) el derecho a resolver el contrato (arts. 49 y 64 CNUCCIM); y (iv) el derecho a reclamar intereses independientemente de los daños (art.

51. SCHWENZER, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", p. 719.

78 CNUCCIM). De todas maneras, a partir de una interpretación armónica, se reconoce la imposibilidad de ejercer el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación.⁵²

En el marco de la pandemia de Covid-19, el reconocimiento del derecho a resolver el contrato deviene crucial, al permitir a las partes no afectadas desligarse de sus aquejadas contrapartes y agilizar la normalización del tráfico mercantil.

En ciertas disposiciones domésticas y en los UPICC, un efecto de la teoría de la imprevisión es la renegociación del contrato. Bajo el régimen de la CNUCCIM, esta alternativa resulta inviable. Ni los antecedentes legislativos ni el texto de la CNUCCIM indican la existencia de principio general alguno que permita la renegociación o adaptación judicial.⁵³ El Consejo Asesor de la CNUCCIM en su Opinión No. 20 destaca que la obligación de renegociar resulta ineficiente por carecer de medios de ejecución⁵⁴ y por ser lenta y tediosa en el contexto dinámico del comercio internacional.⁵⁵ Schwenger indica que, si bien no existe en la Convención deber alguno de renegociar, sí hay una carga de mitigar daños (art. 77 CNUCCIM) que bien podría exigir llegar a un acuerdo con la parte incumplidora.⁵⁶ Téngase presente que siempre podrán las partes renegociar entre ellas si así ambas lo quieren, pero no sobre la base de algún efecto implícito sino con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación.

IV.B. UPICC

En los UPICC la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión poseen regulaciones independientes y sus efectos difieren. Se impone por lo tanto la necesidad de un análisis particularizado.

IV.B.1. Fuerza mayor

El principal efecto de la figura es liberar a la parte afectada de la responsabilidad por incumplimiento mientras duren las consecuencias del

52. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 9.3.

53. FLAMBOURAS, "The Doctrines of Impossibility of Performance...", título V.C., párr. 1.

54. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 11.6.

55. CISG Advisory Council, "Opinion No. 20", párr. 11.7.

56. SCHWENZER, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", p. 725.

impedimento. No se prevé la renegociación o la adaptación por un tribunal como remedio, como sí sucede en el caso de la teoría de la imprevisión bajo los UPICC. Así, su regulación resulta coincidente con la de la CNUCCIM.

Conforme el art. 7.1.7 (4) UPICC, la otra parte no verá restringidos sus derechos a: (i) resolver el contrato; (ii) suspender su cumplimiento; o (iii) reclamar intereses por el dinero debido. Se plantea, sin embargo, la duda acerca del alcance sobre los demás derechos de la otra parte que no se encuentran listados en el art. 7.1.7 (4) UPICC ¿La regla es su prohibición o su operatividad?

De una lectura literal, podría llegar a interpretarse que los derechos no enumerados estarían restringidos. Sin embargo, el comentario oficial al artículo señala que lo único que se excusa es la responsabilidad por daños de la parte incumplidora,⁵⁷ por lo que no cabría restringir las demás acciones a las que tuviera derecho la otra parte. Debe prevalecer una interpretación que reconozca a la otra parte el ejercicio de los derechos no señalados, en el entendimiento de que la enumeración del art. 7.1.7 (4) UPICC es simplemente ejemplificativa.

IV.B.2. Teoría de la imprevisión

El art. 6.2.3 UPICC regula los efectos de la teoría de la imprevisión sobre la base troncal de la renegociación del contenido del contrato. A diferencia de la fuerza mayor, la teoría de la imprevisión por sí sola nunca exonera el incumplimiento, sino que compele la renegociación y autoriza a los tribunales a adaptar y revisar el contrato a los efectos de paliar las alteraciones fundamentales.⁵⁸

Según el art. 6.2.3 (1) UPICC, la parte afectada deberá comunicar sin demora a la otra su voluntad de renegociar el contrato. El plazo comenzará a correr desde el momento en que se alegue que la excesiva onerosidad sobreviniente ha ocurrido. De todas maneras, la parte afectada no pierde su derecho a requerir la renegociación simplemente por haber fallado en comunicarlo a tiempo,⁵⁹ aunque podría la otra parte tomar esa demora

57. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 7.1.7, pto. 2, p. 241.

58. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the...", p. 127.

59. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 2, p. 224.

como argumento para discutir la efectiva configuración del desequilibrio económico, o encontrarla reñida con la buena fe (art. 1.7 UPICC) y con la doctrina de los propios actos (art. 1.8 UPICC). La comunicación deberá contener los fundamentos sobre los que se pretende renegociar, y permitir a la otra parte determinar si el requerimiento se encuentra o no justificado; de lo contrario, se la considerará como no presentada a tiempo.

Conforme el art. 6.2.3 (2) el reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento, sino que se requieren circunstancias extraordinarias que lo justifiquen.⁶⁰ No queda del todo claro, sin embargo, qué circunstancias extraordinarias resultan exigibles, que vayan aún más allá de la excepcionalidad propia de la excesiva onerosidad sobreviniente.⁶¹

A todo esto, debemos preguntarnos ¿la otra parte se encuentra realmente obligada a renegociar? Momberg Uribe entiende que sí: observa que el art. 6.2.3 (1) establece que la parte puede reclamar la renegociación, reconociéndole así un auténtico derecho que como contracara representa un deber para la otra parte.⁶² La Corte de Arbitraje de la CCI asimismo señaló que el "deber" de renegociar se encuentra presente en los Principios.⁶³ Los comentarios a los UPICC también se refieren al "derecho" a requerir la renegociación. El contenido de este deber será la negociación entre las partes en un marco de buena fe (art. 1.8 UPICC) y cooperación (art. 5.1.3 UPICC), y no puede de ninguna manera interpretarse que las partes tengan la obligación a llegar a un acuerdo. Por nuestra parte, entendemos que más que un deber se trata de una carga, pues para la parte no incumplidora ello representa solamente un imperativo del propio interés: su cumplimiento no resulta exigible por ningún medio, aunque su inobservancia la pondrá en una situación desventajosa ante los tribunales.

Creemos que la obligación de renegociar es insustancial y problemática. Imagínense, por ejemplo, en las dificultades que importaría una renegociación obligatoria en el marco de la pandemia de Covid-19. Es sabido que los precios incorporan en mayor o menor medida la información que circula en el mercado. Ahora bien, en un contexto cambiante donde no se conoce

60. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 4, p. 225.

61. PERILLO, "Force Majeure and Hardship under the...", p. 131.

62. MOMBERG URIBE, "Change of circumstances in international instruments...", p. 259.

63. Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, "9994", párr. 1 *in fine*.

hasta cuándo durarán las restricciones al comercio o si devendrá una “nueva normalidad” que cambie la dinámica del tráfico internacional y los hábitos de consumo, ¿sobre qué base podría negociarse razonablemente? Aunque las partes acuerden una solución de compromiso, probablemente al cesar los eventos extraordinarios aquella devenga inadecuada, y tendrán que adaptarla nuevamente con los costos y demoras que ello implica. Aún más, si las partes no hubieran pactado en esta instancia la obligación de renegociar nuevamente, correrían el riesgo de permanecer vinculadas por términos atípicos que, en un contexto ordinario, beneficiarían a una y perjudicarían a la otra.

Alertamos también que, ante una renegociación obligatoria, una parte podría aprovechar la contingente situación de dependencia de la otra para concluir modificaciones abusivas. Piénsese, por ejemplo, en un vendedor de mercaderías afectado por excesiva onerosidad sobreviniente, pero que, por encontrarse sus competidores paralizados por medidas restrictivas relacionadas con la pandemia de Covid-19, y ante la necesidad del comprador de contar con los bienes, logra imponer sus términos. Mantener la renegociación en el ámbito de la libertad de contratación, tal como lo hace la Convención, evitaría a la parte débil transitar aquel camino, y podrá optar por permanecer vinculada según el contrato original o resolverlo.

Creemos que bajo los UPICC los incentivos aparecen distorsionados, ya que las partes acabarían renegociando más para evitar la adaptación del contrato por un tribunal en caso de falta de acuerdo que para recomponer la relación que las vincula.

Los arts. 6.2.3 (3) y 6.2.3 (4) UPICC prevén que, en caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal —judicial o arbitral—, el cual determinará si concurre una situación de excesiva onerosidad y podrá tanto resolver el contrato como adaptarlo para reestablecer su equilibrio.

La adecuación judicial aparece como un remedio fundado en el principio de conservación del contrato. El juez o el árbitro no necesariamente deberá modificar el monto de las prestaciones dinerarias, y está dotado de la flexibilidad suficiente para readecuar el contrato a su criterio, y distribuir las pérdidas. Así, se advierte que la adaptación no necesariamente reflejará en su totalidad los perjuicios provocados por el cambio de circunstancias.⁶⁴

64. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 7, p. 226.

No opinamos que la adaptación por un tribunal configure un remedio adecuado. Las partes son las más calificadas para modificar y enmendar los desequilibrios sobrevinientes; si ellas no han tenido el interés o la iniciativa suficiente para alcanzar un acuerdo, no vemos por qué éste deba serles impuesto ante el pedido unilateral de una de ellas. La seguridad jurídica puede verse gravemente amenazada si cada vez que ocurre un evento desequilibrante la parte no afectada corre el riesgo de ver alterados los términos del contrato y permanecer vinculada por ellos. Piénsese tan solo en las consecuencias que ello acarrearía en el marco de la pandemia de Covid-19: en nombre del principio de conservación del contrato, se estaría dificultando a las partes no afectadas desligarse de las cadenas de producción o de pagos perjudicadas, lo que obstaculiza la reanudación general de los flujos comerciales, solo para acabar imponiendo modificaciones que no las conformarán y que, cesados los efectos del impedimento, las partes habrán de renegociar.

Creemos que un enfoque como el de la Convención, que parte de la modificación contractual voluntaria y de la posibilidad de resolver inmediatamente el contrato en caso de incumplimiento esencial, otorga mucho más margen para superar los escollos de la pandemia de Covid-19.

En caso de resolución, las partes deberán restituirse las prestaciones recibidas. No podrán reclamarse daños por el incumplimiento,⁶⁵ al no ser la extinción imputable a ninguna de las partes.⁶⁶ Efectivamente, se configura un caso en que el incumplimiento es excusable (art. 7.4.1 UPICC). De nuevo, el juez o el árbitro estará dotado de flexibilidad para fijar la fecha y las condiciones de resolución, por lo que podría matizar la regulación genérica sobre los efectos de la resolución contractual. Entendemos, a la luz del art. 7.3.1 UPICC, que la resolución no podría ser decidida en caso de no encontrarse que el incumplimiento fuera esencial, caso en que correspondería adecuar el contrato.

65. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 7.4.1, pto. 1, p. 276.

66. UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3, pto. 7, p. 226.

V. CONCLUSIONES

Luego de este análisis, podemos afirmar que los institutos analizados no brindan remedios adecuados para todos los impedimentos derivados de la pandemia de Covid-19. El criterio excesivamente restrictivo de la Convención para tratar los casos que involucran subcontratistas, los deficientes efectos previstos por los UPICC en casos de teoría de la imprevisión, y la imposibilidad de fijar límites de sacrificio previsible que eviten tanto desplazar del mercado a los actores con menor espalda financiera como generalizar las crisis en las cadenas de producción, son parte de sus elementos perfectibles.

De todas maneras, tampoco sería justo esperar que ellos lo solucionasen todo. Ninguno de estos institutos fue diseñado para proteger negocios frágiles ni para liberar a las partes de sus malas decisiones comerciales. De lo que se trata es de preservar la seguridad jurídica que requiere el tráfico mercantil.

Lo cierto es que, aun con sus falencias, los institutos analizados parten del consenso internacional en la materia, ubicándose por delante de cualquier solución de derecho local. Es lógico que ante un verdadero cisne negro surjan problemas interpretativos, mas ninguno de ellos resulta insuperable.

Así las cosas, aún queda mucho camino por andar. Esperamos que estos clásicos institutos puedan servir para proyectar un mejor futuro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Cámara de Apelaciones de Colmar, Francia, “Société Romay AG v. SARL Behr France”, 12/06/2001.
- Cámara de Apelaciones de Hamburgo, Alemania, “Tomato concentrate case”, “1 U 143/95 and 410 O 21/95”, 04/07/1997.
- , “Iron molybdenum case”, “1 U 167/95”, 28/02/1997.
- Cámara de Apelaciones de Lugano, Cantón del Ticino, Suiza, “Modular wall partitions case”, “N... P... v. H... SA”, 29/10/2003.
- Centro de Arbitraje de México (CAM), 30/11/2006, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> consultado 05/02/2021.
- Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, “Macromex SRL. v. Globex International Inc. – interim award”, 23/10/2007.

- CHENGWEI, Liu, *Force Majeure Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2ª ed., Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2005.
- CISG Advisory Council, "Opinion No. 7: Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG", 12/10/2007.
- , "Annex 1 CISG AC Opinion No. 20 Case Law on the CISG and Hardship", 05/02/2020, URL http://cisgac.com/file/repository/Annex_1_Opinion_No_20_Case_Law_CISG_on_Hardship.pdf consultado: 05/02/2021.
- , "Opinion No. 20: Hardship under the CISG", 05/02/2020, URL http://cisgac.com/file/repository/Opinion_No_20_CISG_and_Hardship_Official_.pdf consultado 05/02/2021. URL <https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no1-copy/> consultado 01/05/2023
- Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, "9994", 12/2001, URL <http://www.unilex.info/principles/case/1062> consultado 05/02/2021.
- Tribunal Federal de Justicia, Alemania, "Vine wax case", "VIII ZR 121/98", 24/03/1999.
- Corte Suprema, Bélgica, "Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.", 19/06/2009.
- Corte de Casación, Francia, "Société Romay AG v. SARL Behr France", 30/06/2004.
- FLAMBOURAS, Dionysios P., "The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula re sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis" en *Pace International Law Review*, Vol. 13, 09/2001, pp. 261-293.
- FLECHTNER, Harry M., "The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on Hardship Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court" en *Belgrade Law Review*, Año LIX, N° 3, 2011, pp. 84-101.
- GARRO, Alejandro M. & ZUPPI, Alberto L., *Compraventa Internacional de Mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo Perrot, 2012, Buenos Aires.
- GARRO, Alejandro M., Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7), Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2005.
- HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., Kluwer Law International, 1999.

- ICC Digital Library, "Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del Covid-19", 09/04/2020, URL <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/05/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-spanish.pdf> consultado 05/02/2021.
- LOOKOFSKY, Joseph, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" en *International Encyclopaedia of Laws – Contracts*, Suplemento N° 29, 12/2000, pp. 1-192.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, "Change of circumstances in international instruments of contract law. The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR" en *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2011, 15(2), pp. 233-266.
- PERILLO, Joseph M., "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" en *Contratación internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, 1998, Serie H, N° 27, pp. 111-133, URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/138/9.pdf> consultado 05/02/2021.
- SCHWENZER, Ingeborg, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts" en *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, Vol. 39, N° 4, pp. 709-725, URL <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUW-LawRw/2008/39.html> consultado 05/02/2021.
- SOUTHERINGTON, Tom, "Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade" en *Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private law publication, series B:55*, 2001.
- RIMKE, Joern, "Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" en *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2001, 1999-2000, pp. 197-243.
- TALLON, Denis, "Article 79", en BIANCA, Cesare M. & BONELL, Michael J., *Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, Milán.
- Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, "Metallic sodium case", "155/1994", 16/03/1995.
- Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Hamburgo, "Chinese goods case", "Partial award of 21 March 1996", 21/03/1996.
- UNCITRAL, A/CN.9/SER.A/1977, YEARBOOK, VOLUME VIII, 1977.

—, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Naciones Unidas, 2016.

UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, International Institute for the Unification of Private Law, 2016, URL <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> consultado 11/06/2023.

UNIDROIT Secretariat, Note of the UNIDROIT Secretariat on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 health crisis, 15/07/2020, URL <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf> consultado 05/02/2021.